REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XC • Marzo-Abril 2014 • Núm. 742

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

ABAD ARENAS, Encarnación: «La promesa de matrimonio en el Código Civil español: revisión del régimen jurídico y de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de los esponsales» / *The promise of marriage in the spanish Civil Code: review from legal regime and patrimonial consequences of breach of betrothal* 307

BERNAD MAINAR, Rafael: «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato» / *On the legal status of the preliminary contract* 353

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria» / *A new perspective on spousal support* 383

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación» / *The obligation breach of paying the price in the sphere of buying & selling properties due to the inability to obtain financing* 413

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

ALONSO MAS, María José: «Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada tras la Ley 2/2013» / *Public and private property in spanish littoral after 2/2013 Act* 463

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Sobre el acceso al Registro de la Propiedad del contrato del representante sin poder (con ocasión de la Resolución

Págs.

de la DGRN de 28 de mayo de 2013)» / *On the eligibility for registration of an agreement appointing a representative without power of attorney (on the occasion of the Directorate-General of Registries and Notarial Affair's decision of 28 may 2013)*..... 523

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 555

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *favor testamenti*» / *General principle of the law of conservation of legal acts and transactions and realization on the principle of* favor testamenti, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 603

1.2. Derecho de familia:

— «La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias» / *The reduction of the food for substancial alteration of the circumstances,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT..... 620

— «Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos» / *Reduced maintenance allowance for the birth of new children,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 645

1.3. Derechos reales:

— «Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo» / *The consequences of an extension of term of loan mortgage: the rechargeable mortgage and term,* por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 660

Págs.

1.4. Sucesiones:

— «Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos» / *Quantitative intangibility of forced shares and testamentary preterition, its types and effects,* por Inmaculada Vivas-Tesón 679

1.5. Obligaciones y contratos:

— «Análisis jurisprudencial del contrato de alimentos: su constitución, régimen jurídico y efectos» / *Analysis set in case-law of lifetime support contract: its creation, system of rules and effects,* por Rosana Pérez Gurrea 700

1.6. Responsabilidad Civil:

— «Información contractual y características de los bienes y productos farmacéuticos: responsabilidad civil por daños a consumidores y usuarios y modificación del contenido de un prospecto en ciertas áreas de distribución comercial» / *Contractual information and properties of pharmaceutical products: pharmaceutical liability and modification of the product information in some distributional areas,* por Araceli Donado Vara..... 715

1.7. Concursal Civil:

— «La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti-desahucios» / *The tacit repeal of Royal Decree Law 27/2012 of 15 November, on urgent measures to increase the protection of mortgagors, by Chapter I (Suspension of evictions) of the Anti-eviction Law,* por Teresa Asunción Jiménez París 748

2. DERECHO MERCANTIL

— «La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera» / *The consequence of violation of the prohibition against lending financial assistance,* por Francisco Redondo Trigo 765

Págs.

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

— «La inscripción de sentencia judicial firme frente a titulares registrales no emplazados y la posición de la Dirección General y del Tribunal Supremo» / *Registration of Final Judicial Decisions Vis-à-Vis Holders of Registered Title Not Summonsed to the Proceedings and the Position of the Directorate-General and the Supreme Court,* por Vicente LASO BAEZA 785

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información legislativa y de actividades 797

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Fiscalidad y energías renovables», de M. LUCAS DURÁN (dir.), por María CRESPO GARRIDO..... 857
«El impacto de las Nuevas Tecnologías en la Publicidad Registral», de M.ª Elena SÁNCHEZ JORDÁN (dir.), por Gabriel GARCÍA CANTERO.... 858
«Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz», de Ángel CARRASCO PERERA (dir.), por María del Carmen GARCÍA GARNICA 864

ESTUDIOS

La promesa de matrimonio en el Código Civil español: revisión del régimen jurídico y de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de los esponsales

The promise of marriage in the spanish Civil Code: review from legal regime and patrimonial consequences of breach of betrothal

por

ENCARNACIÓN ABAD ARENAS

Personal de Investigación en Formación[1]

UNED. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil

RESUMEN: En el presente estudio analizamos la regulación de la promesa de matrimonio [arts. 42 y 43 CC] y las implicaciones que comporta para los promitentes. En el texto nos detenemos en el estudio del artículo 42 del Código Civil desde su precedente mediato hasta la redacción definitiva dada tras el proceso de tramitación parlamentaria de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Tras la descripción de la evolución jurídica de la medida, nos ocupamos del valor jurídico que presenta la promesa, enfatizando que el precepto sigue negándole el carácter de fuente de la obligación para contraer el matrimonio, ya que esta

comporta únicamente un compromiso de contraer nupcias con una persona, pero desde la perspectiva jurídica no supone obligación alguna de contraerlo.

Como innovación señalamos la adición de la falta de efectos de la estipulación prevista para el supuesto de no celebración de las nupcias y hacemos referencia a la inadmisión a trámite de la demanda sobre el cumplimiento de la promesa.

Asimismo, nos detenemos en las modificaciones de detalle que presenta el artículo 43 del Código Civil respecto de la anterior regulación de la figura; analizamos las diversas posturas doctrinales asumidas a lo largo del tiempo en orden a la naturaleza que presenta la medida y al fundamento de la obligación resarcitoria; a la reforma acaecida por los requisitos y al alcance de la obligación de reembolso.

Finalmente, analizamos la imposibilidad del reembolso del lucro cesante y de los daños morales derivados de la ruptura sin causa de la promesa.

ABSTRACT: In the present study we analyze the promise of marriage regulation [*arts. 42-43 CC]* *and the implications that this act brings to the promisors. In the text we focus on the study of article 42 CC from its mediate precedent until the definitive legal text given after parliamentary processing of the Law no. 30/1981.*

After the description of the juridical evolution of the extent, we take care of the juridical value of the obligation, underlining that the provision still denies its character as source of duty of marriage, since it implies solely a marriage agreement with another person, but from a legal perspective it does not imply any obligation of getting married.

This work also points out, as an innovation, the lack of effects of legal standards in case of promisors don't get married , and also study the non admittance of procedure of the lawsuit about the promise compliance.

Additionally, we look carefully at punctual modifications on article 43 CC regarding the regulation of this legal entity; we analyze various doctrines adopted since long time ago referred to the nature of the extent, and to the basis of indemnity responsibility, and finally to the amendment due to requirements and to the scope of monetary compensation.

Finally, we take a look to the impossibility of reimbursement of loss of earnings and moral damages coming from breach of promise without a cause.

PALABRAS CLAVE: Promesa de matrimonio, Daños morales, Libertad de Forma, Compromiso, Causa, Esponsales.

KEY WORDS: Promise of Marriage, Moral Damages, Choose of Content, Engagement, Cause, Betrothal.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA PROMESA DE MATRIMONIO Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE MATRIMONIO: 1. EL VALOR JURÍDICO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO: A) *Negación del valor jurídico de la promesa de matrimonio tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio*. B) *Valoración de la promesa de matrimonio como negocio nulo.* C) *El principio de libertad de matrimonio.* 2. ESTIPULACIONES EN EL SUPUESTO DE NO CELEBRACIÓN DE NUPCIAS. 3. LA PRECEPTIVA INADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUS CONSECUENCIAS SEGÚN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA PROMESA DE MATRIMONIO: CALIFICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA: 1. NATURALEZA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO. 2. FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA. 3. CARÁCTER RECÍPROCO O UNILATERAL DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.—IV. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: PRESUPUESTOS Y REEMBOLSO DE LA OBLIGACIÓN: 1. PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Capacidad.* B) *Certeza de la promesa.* C) *Ausencia de causa.* D) *Libertad de forma.* 2. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO CONFORME AL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Concreción del* quantum *reembolsable: a)* Gastos y obligaciones susceptibles de reembolso: a') Especial alusión a las donaciones por razón de matrimonio. B) *Los daños patrimoniales indirectos y los daños morales derivados de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio.*—V. CUESTIONES PROCESALES A LA LUZ DEL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. LEGITIMACIÓN DE LA ACCIÓN. 2. PLAZO DE LA ACCIÓN Y LA CONCRECIÓN DEL *DIES A QUO*. 3. LA CARGA DE LA PRUEBA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De conformidad a la ordenación sistemática del Código Civil español de 1889, las previsiones dedicadas a la promesa futura de matrimonio se integraban en el Libro I, Título *Del matrimonio*, sección segunda, *Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio.* En esta segunda sección se incluían los artículos 43 y 44, dedicados como decimos, a los «Esponsales de futuro» y no, en puridad, al matrimonio en sí[2]. Esta ordenación sistemática y la redacción de la figura pervive pese a la reforma del año 1958 dedicada, fundamentalmente, al régimen del matrimonio. Con todo, las rúbricas de las secciones se retocan y los artículos 43 y 44 pasan a encabezar la sección denominada Disposiciones comunes a las dos «clases» de matrimonios[3].

La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pondría fin a esta equívoca ubicación y los esponsales o promesa de matrimonio se aíslan de las Disposiciones Ge-

nerales, con la adición de un nuevo primer capítulo intitulado «De la promesa de matrimonio».

De modo que, en la actualidad, la promesa de matrimonio se encuentra recogida en los artículos 42[4] y 43[5], de conformidad a la redacción dada por la Ley 30/1981. Como se ha dicho, estos preceptos se encuentran ubicados en un capítulo propio «De la promesa de matrimonio», incluido en el Título IV del Libro I. En definitiva, con esta nueva ordenación se evita la confusión normativa con el matrimonio y se configura como una institución distinta aunque, evidentemente, relacionada con él.

Sin embargo, y pese a la distinta redacción de estos preceptos, las soluciones jurídicas son básicamente coincidentes con las que hasta ahora estaban en vigor. Por otra parte, las modificaciones no suponen un cambio sustancial, si bien hay que subrayar que introducen ciertas novedades de detalle, tanto en relación con la irrelevancia de la promesa de matrimonio, como en la trascendencia de su incumplimiento en el plano patrimonial.

Por tanto, la nueva redacción no implica tanto una profunda transformación del régimen precedente, como una sistemática más idónea de los preceptos, el abandono de la terminología «esponsales de futuro» por el término «promesa de matrimonio» y la aclaración de algunos extremos en la forma ya admitidos por la doctrina.

En síntesis, los cambios y modificaciones mencionadas no afectan al fondo de la institución y se conserva la opción básica de nuestro Derecho sobre la negación de toda fuerza vinculante a la promesa de matrimonio y la previsión de una limitada indemnización en ciertos supuestos.

II. LA PROMESA DE MATRIMONIO Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE MATRIMONIO

1. El valor jurídico de la promesa de matrimonio

A) *Negación del valor jurídico de la promesa de matrimonio tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio*

Con la ya mencionada reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, persiste la negación a la promesa del carácter de fuente de obligación para contraer matrimonio. La promesa comporta el compromiso de contraer matrimonio con una persona, en el entendido que, jurídicamente, no hay obligación de contraer nupcias, sino tan solo de indemnizar, caso de que se dé un incumplimiento sin causa. En concordancia a la ausencia de obligación no se reconoce acción judicial mediante la que se pueda pretender la exigencia de su cumplimiento[6].

Por tanto, con el artículo 42 del Código Civil se niega toda trascendencia jurídica a un fenómeno de la vida social, reforzada la negativa al prohibir en su párrafo segundo la admisión «a trámite»[7] de la demanda que se persiga su cumplimiento. Este precepto que recoge la vieja tradición codificada consistente en que la promesa de matrimonio no es un negocio jurídico, se encuentra afirmada tanto en el ámbito civil, al negarle efectos jurídicos, como en el ámbito procesal, al prohibir la admisión a trámite de la demanda, lo que cierra el paso a su ejercicio en juicio[8]. De modo que la promesa de matrimonio, aunque queda fuera del ámbito del Derecho —sin que suponga la prohibición de su celebración—, se mantiene como acto humano de la vida social[9].

Esta absoluta ineficacia, con independencia del régimen jurídico según el cual se haya celebrado la forma, no implica ninguna valoración de carácter negativo por parte del Derecho respecto de quien promete contraer nupcias. A la promesa no se le atribuye un juicio negativo, puesto que no se rechaza ni su contenido ni su finalidad. Antes bien, el ordenamiento jurídico asume su existencia social, pero ajeno a lo jurídico, por lo que se trata de una figura cuya esencia es extrajurídica[10]. Esencia extrajurídica, empero, que requiere del análisis de los determinados presupuestos configuradores de una obligación de indemnizar.

Por su parte, la mejor doctrina[11] entiende que con esta negación de efectos jurídicos, se hace referencia a cualquier tipo de promesa —unilateral o, recíproca—, cualesquiera que sea su forma, lo que permite diferenciar entre la promesa a que hace referencia el artículo 42, de aquella a la que alude el artículo 43 del Código Civil.

Es decir, el artículo 42 menciona cualquier tipo de promesa de matrimonio, mientras que la promesa inserta del artículo 43 alude a la que se da en presencia de determinadas circunstancias que acarrean la obligación de indemnizar ciertos gastos. Se trata de una promesa al margen del Derecho, reducida a un acto de la vida social, sin efecto jurídico alguno, ya que de esta no nace ninguna obligación.

En definitiva, a la promesa de matrimonio no le será de aplicación la calificación de contrato o negocio jurídico, debido tanto a la repetida irrelevancia jurídica que presenta la figura, como al hecho de no generar obligación alguna respecto de la celebración del matrimonio. Se trata de un acto jurídico: hecho humano producido por una voluntad consciente y generalizada en la vida social, pero ajeno al campo de los negocios jurídicos, si bien podrá originar obligación de indemnizar, de conformidad a lo previsto en el artículo 43 del Código Civil[12].

B) *Valoración de la promesa de matrimonio como negocio nulo*

Otra cuestión de interés se concreta en establecer si la promesa de matrimonio es o no constitutiva de negocio nulo. Cuestión que se debe responder

—posiblemente— de forma negativa, debido a la imposibilidad de partir de un juicio negativo por parte del Derecho respecto de la promesa, ya que ni su contenido ni su finalidad son rechazados por este[13]. Asimismo, de dichos preceptos se desprende que el Ordenamiento asume la existencia social de la promesa, pero la considera en todo momento ajena a lo jurídico, lo que no impide que, en determinadas circunstancias, su incumplimiento se contemple como configurador de un supuesto de hecho determinante de la obligación de indemnizar una serie de gastos[14].

En este sentido, mientras que el artículo 42 del Código Civil sigue considerando la promesa como un acto ineficaz jurídicamente, por su parte, el 43 establece su reconocimiento por el Derecho como una institución socialmente vigente y a la que no se pretende excluir de la práctica, por lo que el 42 se encarga de valorar la promesa, excluyéndola del ámbito de los negocios jurídicos, pero sin oponerse a su existencia[15]. De modo que si se establece su reconocimiento por el Derecho, esto comporta que no le sea de aplicación lo previsto en el artículo 6.3[16] del Código Civil y, por tanto, su régimen no será la nulidad ni su consideración legal la contradicción de la norma[17].

En particular, llama la atención que el Derecho no prohíba la celebración del matrimonio por las partes, sino que únicamente se limite a negar fuerza vinculante al acuerdo establecido para llevar a efectos el matrimonio[18].

En este sentido, y al tratarse de un ámbito como es el del Derecho de familia en el que la posibilidad de vinculación entre las partes se concreta a los negocios predispuestos por el legislador, lógico es pensar que los no acogidos, como sería el caso de la promesa de matrimonio, son simplemente irrelevantes para el Derecho[19]. Por lo que esta irrelevancia, basada en la inexigibilidad de su cumplimiento, no comporta la expulsión o eliminación de la figura, debido a la valía social que esta presenta en cuanto fenómeno social.

En resumen, la promesa de matrimonio no se debe enfocar como un acto vulnerador de una prohibición legal, cuya ineficacia se deba reconducir al ámbito de la nulidad[20], por lo que no deberá tener la calificación de negocio nulo, sino de negocio indiferente o irrelevante para el Derecho —pero lícito, por no prohibido—, salvo las consecuencias previstas en el artículo 43 del Código Civil.

C) *El principio de libertad de matrimonio*

La negación —por parte del legislador español— de la obligación de contraer matrimonio por razón de haberlo prometido, responde al principio de libertad de matrimonio[21]. Principio reconocido en España, en el artículo 45[22] del Código Civil y que enlaza con el artículo 32.1[23] CE.

Esta disposición concretada en que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, es coherente con el concepto de matrimonio y con el

principio de libertad de matrimonio —el matrimonio ha de ser fruto de la libre decisión de los contrayentes—, por lo que se trata de una norma fundada en el derecho absoluto de las partes a contraer matrimonio y en el carácter incoercible del consentimiento matrimonial.

Asimismo, con este principio el legislador español rechaza la posibilidad de utilizar mecanismos coactivos para emitir consentimiento matrimonial dirigido a forzar el cumplimiento de la promesa dada, debido a que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio no admite su cumplimiento forzoso[24], al excluir la libertad.

Por otra parte, la libertad de matrimonio se protege con solo la ineficacia del negocio de esponsales —sin llegar a la nulidad de la que no habla el art. 42 CC—. Esto se justifica en el reconocimiento que hace el artículo 43 de su vigencia social[25]. Reconocimiento que indudablemente impide su calificación de negocio prohibido[26].

En síntesis, la redacción del artículo 42 del Código Civil, concretada en que no hay obligación de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de la no celebración del matrimonio proyectado, se justifica en que el consentimiento al matrimonio es incoercible y se debe producir con entera libertad y espontaneidad. De modo que responde al principio de libertad matrimonial. Principio con el que se atiende a una exigencia ética que el matrimonio comporta, así como al principio que impide vincularse contractualmente a la adquisición o pérdida del estado civil[27].

En definitiva, este principio de libertad de celebración del matrimonio es un principio de orden público interno e internacional —no consagrado constitucionalmente— que limita la autonomía de los particulares, los cuales no podrán establecer ninguna forma de coacción —directa o indirecta al matrimonio—, lo que explica la nulidad de toda pena convencional[28].

2. Estipulaciones en el supuesto de no celebración de nupcias

Dice el párrafo primero del artículo 42 del Código Civil: «[…] no produce obligación […] ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración».

Innovación con la que el legislador español ha pretendido aclarar, expresamente, que tampoco hay obligación de cumplir lo estipulado para el supuesto de que no se lleve a cabo la celebración del matrimonio[29]. Por tanto, la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se aproxima a lo ya establecido por el artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870[30].

Aproximación que aunque no tenía lugar, debido a que el derogado artículo 43 del Código Civil de 1889 no hacía alusión alguna a tal extremo, la doctrina ya tendía a estimar ineficaz toda estipulación accesoria cuyo objeto primordial

consistiera en reforzar la promesa de matrimonio, ya fuese mediante penas convencionales o arras arrendaticias[31]. Esta consecuencia exigida por el tono enérgico que presentaba la fórmula legal del derogado precepto, obedecía a la imposición establecida por el principio de libertad matrimonial y al hecho de que se trataba de obligaciones accesorias que debían seguir la suerte de la principal[32]. En buena lógica, ausente la obligación principal —es decir, la de contraer matrimonio—, tampoco podrían pervivir sus accesorias.

En síntesis, esta disposición se configura como novedad concretada en la ineficacia de los medios indirectos, con la intención de extender la ineficacia de la promesa a todo pacto que tuviese como finalidad sancionar su falta de cumplimiento[33].

En principio, si el tratamiento de tales estipulaciones parece que es la sancionada ineficacia de la promesa de matrimonio, su auténtico régimen jurídico es el de nulidad absoluta establecida por el artículo 6. 3 del Código Civil[34]. Apréciese que se pretende dar eficacia coactiva indirecta a los esponsales, frente a la norma imperativa del artículo 42 del Código Civil que establece su ineficacia directa.

De modo que la ineficacia de las estipulaciones prevista por el precepto se debe situar en un plano distinto al de la promesa de matrimonio, ya que la ineficacia de la promesa es consecuencia del mantenimiento de esta en un plano extrajurídico y no de un juicio negativo por parte del Derecho, mientras que la ineficacia de las estipulaciones sí es el resultado del rechazo a su finalidad o efectos, por lo que es reconducible al ámbito de la nulidad[35].

3. La preceptiva inadmisión de la demanda y sus consecuencias según la redacción del artículo 42 del Código Civil

Por lo que a la inadmisión de la demanda se refiere, conviene precisar que se trata de una norma exclusiva del Derecho español cuyos precedentes mediatos residen en la Pragmática de 28, dictada por Carlos IV en Aranjuez por Real Decreto de 10 de abril de 1803. Por otra parte, durante la vigencia del derogado artículo 43 del Código Civil de 1889, todo apuntaba a que no se hubiera pretendido ante ningún Tribunal español el cumplimiento estricto de los esponsales, ya que el precepto decía que: «Ningún Tribunal admitirá demanda que pretenda su cumplimiento»[36]. Precepto que tras la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, ha sido reiterado en el párrafo segundo del artículo 42 del Código Civil, y que se presenta con una fórmula parecida a la establecida por aquel, pero cuya particularidad radica en que la nueva redacción suprime la referencia a *ningún Tribunal* contenida en la redacción anterior.

Con esta supresión, el legislador español elimina cualquier duda que pudiese surgir sobre la vinculación de los órganos judiciales competentes y salva la posibilidad de que se puedan suscitar problemas de pronunciamientos sobre

competencias de los tribunales de otros órdenes judiciales. Dudas suscitadas en el régimen anterior, debido a que esta referencia que vinculaba a los órganos jurisdiccionales civiles, planteaba si también era extensible a los eclesiásticos, conforme a la recepción de las normas canónicas en la versión originaria del Código Civil[37].

Por otra parte, de la nueva redacción —a diferencia de la establecida en el derogado precepto limitado a la mera inadmisibilidad— se desprende que el vigente artículo 42 la resalta, debido a que establece de forma expresa que no se admitirá *a trámite*.

De lo dicho, dos son las peculiaridades que presenta el nuevo texto, de una parte, se trata de una norma de carácter procesal, cuyo objeto es inadmitir la demanda en que se pretenda que el demandado contraiga matrimonio en cumplimiento de su promesa de matrimonio y, de otra, prevé una regla similar a la establecida con carácter general en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[38]. En ella se rechaza la demanda que entrañe fraude de Ley o procesal, sin necesidad de tramitación del procedimiento correspondiente. En definitiva, se sitúa en el mismo origen del procedimiento la ineficacia procesal[39].

Otra cuestión se concreta en determinar si la inadmisión a trámite de la demanda se refiere a los dos supuestos que prevé el párrafo primero del artículo 42 del Código Civil, es decir, el cumplimiento de la promesa de matrimonio y las estipulaciones para el supuesto de no celebración. Cuestión salvada de forma positiva por la mejor doctrina[40], al sostener que la inadmisión a trámite de la demanda deberá proceder en ambos casos, debido a que ninguna estipulación de carácter accesorio puede ser admitida a trámite, puesto que esta debe correr la misma suerte que la principal, es decir, su inadmisibilidad.

En suma, la no obligatoriedad de cumplimiento de la promesa de matrimonio lo que comporta es que no se admita a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento, pero como consecuencia de lo establecido en el párrafo primero del artículo 43 en relación con el párrafo segundo del artículo 42 del Código Civil, se desprende, de una parte, el rechazo absoluto de las demandas en las que se pretenda única y exclusivamente exigir el cumplimiento del pacto o de la promesa de matrimonio y, de otra, la admisión de aquellas demandas que se encuentren dirigidas a obtener el resarcimiento de los gastos y obligaciones contraídas a que se refiere el párrafo primero del artículo 43 del Código Civil. Por tanto, la única consecuencia que plantea incumplimiento de la promesa se concreta en el ejercicio de la acción de resarcimiento de los daños originados o sufridos en virtud de la futura celebración del matrimonio proyectado —acción regulada por el art. 43 CC—.

II. LA PROMESA DE MATRIMONIO: CALIFICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA

1. Naturaleza de la promesa de matrimonio

En la actualidad, la adaptación pretendida de integrar la promesa de matrimonio en alguna de las categorías tradicionales existentes ha dado origen a numerosas controversias doctrinales en torno a la naturaleza jurídica que debe presentar la figura. Esto ha permitido considerarla —aunque con grandes salvedades— como una mera relación de puro hecho[41], como un contrato de Derecho familiar, e incluso como una institución de naturaleza mixta[42] […].

En este sentido, la doctrina[43] mayoritaria, desde antaño, ha sido partidaria de la teoría del contrato, al sostener que la promesa de matrimonio encerraba un propio vínculo de naturaleza contractual. Esta teoría sumamente criticada —al igual que en el caso italiano— es difícilmente sostenible, dada la imposibilidad de calificar como negocio un acto que no produce el efecto de obligar a las partes a contraer matrimonio, puesto que el artículo 42 del Código Civil establece de forma expresa que la promesa no obliga a los prometidos a contraer el matrimonio prometido. Esto demuestra la imposibilidad de configurar en términos contractuales la naturaleza de la figura, ya que para que así fuese no sería suficiente con la manifestación de voluntad de las partes, sino que necesariamente debería obligar, debido a la relación jurídica establecida. Obligación última que, de forma expresa, está excluida por el precepto.

Por otra parte, no han faltado autores[44] que, partiendo de la premisa de que las diferencias son mínimas, se han inclinado por calificar la naturaleza de la promesa de matrimonio como negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas, con capacidad matrimonial, se comprometen a celebrarlo en el futuro. Esta interpretación era compartida por la doctrina italiana de principios de siglo[45], debido a que consideraba la promesa como negocio jurídico-familiar con consecuencias patrimoniales, pero del que no surgía la obligación de contraer matrimonio. Encuadramiento en el que se mueve tanto la legislación portuguesa[46] como últimamente la doctrina francesa.

(De Verda y Beamonte, 2006, 26) —con acierto— sostiene que en el caso español esta sistemática presenta un problema de coordinación entre la norma contenida en el artículo 43 y la del 42 del Código Civil, que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio. Debido a que el precepto dispone que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico, ni obligan a contraer el matrimonio prometido, ni a cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su no celebración, produce que no puedan tener tal consideración, toda vez que la negativa de cumplir la promesa del promitente impide la perfección del negocio jurídico.

Otro sector doctrinal entiende que se trata de un «negocio de vida privada» o «negocio social» no jurídico que genera una obligación *ex lege*[47].

Adicionalmente a las anteriores corrientes doctrinales, también está presente la que es partidaria de su naturaleza precontractual. Esta teoría sostiene que, en la medida en que el matrimonio tuviese la consideración de contrato, los esponsales se configurarían como un contrato cuya finalidad sería la celebración de un futuro contrato de carácter obligatorio. Sin embargo, se encuentra con un obstáculo difícilmente superable, toda vez que en la promesa el resarcimiento no es sustitutorio del cumplimiento específico incoercible, sino independiente de él. En suma, calificar la figura en esta categoría no es completamente acertado, ya que de esta no surge la obligación de celebrar el contrato.

De lo dicho se sigue que aunque ninguno de los intentos de calificación mencionados en líneas precedentes han sido abandonados por doctrina y jurisprudencia de forma definitiva[48], dado que la calificación de la promesa de matrimonio como *negocio jurídico* sigue —aunque de forma minoritaria— presente en la jurisprudencia[49] española, lo cierto es que resultan más numerosas aquellas sentencias que abordan de forma directa la problemática de la promesa sin reparar en su naturaleza[50].

En síntesis, dos han sido fundamentalmente las causas que han originado el abandono por gran parte de la doctrina de la teoría contractual o negocial. Son, de una parte, la creencia —con acierto— de que la obligatoriedad del contrato de esponsales es meramente hipotética[51] y, de otra, que la disciplina positiva de esta institución no es conciliable con una autorregulación de intereses obligatoria entre las partes que permita de forma real calificar la declaración de voluntad matrimonial como un verdadero negocio jurídico, debido a que con el artículo 42 del Código Civil la obligatoriedad de contraer matrimonio, ha sido eliminada.

La imposibilidad de encuadrar la figura en alguna de las teorías enunciadas ha planteado el interrogante de la auténtica naturaleza de la promesa de matrimonio.

Aunque lógico es pensar que se trata de una simple obligación natural[52] susceptible de cumplimiento voluntario, pero no de coacción por los medios legales, lo cierto es que tras analizar el concepto de obligación natural[53], esta no puede ser de aplicación a la promesa de matrimonio. Esto se justifica en que se trata de una obligación jurídica —obligación que no produce la figura— que se encuentra desprovista de responsabilidad. Responsabilidad que sí tendrá lugar cuando se produzcan las situaciones contempladas por el artículo 43 del Código Civil[54].

Por tanto, se rechaza la teoría del contrato, porque este es fuente de obligaciones y la promesa de matrimonio no; la del precontrato, porque el matrimonio no es un contrato y no existe obligación de contraer matrimonio y, finalmente, la de la obligación natural, porque esta es causa de obligaciones jurídicas —aunque sin responsabilidad— y la promesa no produce obligación jurídica, pero sí es susceptible de responsabilidad, debido a que produce una obligación de resarcimiento para el supuesto de ruptura sin causa.

Las razones que justifican las consideraciones precedentes, han originado, por parte de la doctrina[55] que, para explicar la naturaleza de la promesa de matrimonio, se haya recurrido a su calificación como *acto jurídico* y, dentro de este él, como *acto jurídico en sentido estricto,* en el que los efectos de la promesa se originarían *ex lege* y no *ex voluntate*. Esta calificación se ha encontrado con un obstáculo difícil de superar, debido a la dificultad que plantea determinar cuáles serían los efectos *ex lege* a que se hace referencia. Indeterminación que ha comportado que este *nomen iuris* no sea del todo satisfactorio[56].

Adicionalmente a las anteriores consideraciones doctrinales, surge otra partidaria de calificar la promesa de matrimonio como *elemento de un hecho jurídico complejo*[57]. Teoría que también quiebra, debido a que se agota más en la descripción de la figura que en la cuestión de qué es aquella.

En la actualidad, los numerosos intentos explicativos de la naturaleza de la promesa de matrimonio y las dificultades suscitadas para ubicar la figura en alguna de las categorías tradicionales, ha originado que la doctrina esté imponiendo —de forma paulatina— la teoría que sostiene que su naturaleza debe ser incardinada en el *ámbito de la confianza*[58]. Calificación que aunque todavía no es totalmente satisfactoria, ofrece una explicación lógica de la figura.

Esta teoría es partidaria de que la promesa de matrimonio se encuentra generalizada como acto de la vida social, teniendo su naturaleza la consideración de acto jurídico —que no negocio jurídico—, por lo que se trata de un acto humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada que genera una confianza en su ejecución, que puede originar la realización de gastos, que de no ser por aquella no se habrían ocasionado[59].

2. Fundamento de la obligación resarcitoria

La ubicación de la naturaleza de la promesa de matrimonio en el ámbito de la confianza plantea en doctrina y jurisprudencia la cuestión sobre la apreciación técnica de la potencial defraudación ulterior de la confianza.

En este sentido, algunos autores[60] han tratado de explicar las consecuencias patrimoniales subsiguientes al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*.

Así, a través de la negativa a cumplir la promesa (De Verda y Beamonte, 2006, 26), entiende que el promitente impide la perfección del negocio matrimonial, por lo que provoca un daño *in contrahendo* del que debe responder ante el promisario. De modo que la obligación resarcitoria del artículo 43 se debe explicar mediante el recurso a la *culpa in contrahendo,* es decir, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple una promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario[61] y, en consecuencia, el promitente responde por la legítima confianza

que la promesa ha creado sobre la inminente celebración del matrimonio y no por haberla incumplido[62].

Sin embargo, situar estas consecuencias en el ámbito de la defraudación de la confianza no debería llevar de modo necesario a calificar el supuesto de *culpa in contrahendo,* debido a que no lo es en puridad[63].

Por su parte (DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, 49) apoyándose en la relación fáctica que se produce entre prometidos, entiende que, precisamente, dicha proximidad e intimidad originada entre las partes, da lugar a una relación de confianza y a unos intereses que son más fácilmente lesionables por su conducta.

Por tanto, si uno de los promitentes incurriera en gastos que no habría realizado de no haber confiado en que el matrimonio se llevaría a cabo, y esta es defraudada de forma desconsiderada por el otro, el Derecho sí imputa a quien defraudó la confianza la indemnización de los gastos, por lo que existe un elemento de ilicitud. Elemento que no reside en la negativa de celebrar el matrimonio, sino en hacer inútiles y dañosas unas expensas que el promitente únicamente realizó porque confiaba en que la promesa no sería rota de forma arbitraria.

En este sentido (DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, 49) sostiene que, sin ser este propiamente un caso de *culpa in contrahendo,* debido a que no son idénticos sus presupuestos, uno y otro responden a idéntico principio de responsabilidad por la confianza defraudada.

Por su parte, también (BADOSA COLL, 1984, 111) sin hacer en ningún momento referencia alguna a la *culpa in contrahendo,* entiende que el reconocimiento de su valor social se centra en la cuestión de la confianza generable, la cual se eleva a la categoría jurídica de expectativa jurídicamente protegida.

Para (BADOSA COLL, 1984, 111) la ineficacia negocial de la promesa de matrimonio impide que tal protección se pueda realizar por la vía de la exigibilidad del cumplimiento de la promesa o, por la de la obligación de la indemnización de daños, debido a que esta es una obligación secundaria que nace de la infracción de una obligación principal, inexistente por definición. Por tanto, no duda de que: «Privada de la primera de las dos protecciones enumeradas, la protección de la expectativa matrimonial, solo puede ser operativa en el supuesto de frustración de la confianza».

De modo que la «protección de la expectativa, centrada en la frustración de la confianza, de una parte, y excluida de la otra toda vía indemnizatoria, solo se puede lograr por la del derecho al *reembolso de gastos»,* por lo que no se trata de una indemnización en sentido técnico, ya que «no hay ilicitud, puesto que ni hay culpa ni daños, debido a que se habla de *gastos»,* pero lo que sí hay es un «pasivo generado a una persona por una finalidad que interesa a otra que le debe ser compensado por esta —en cuanto— causante con su negativa a contraer matrimonio de la inutilidad de los gastos para quien los ha realizado»[64].

En este sentido, la doctrina reciente sostiene que este es el criterio para desplazar el gasto al legitimado pasivo de la acción, por lo que las consecuen-

cias del incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio parecen venir determinadas por la del negocio que se promete, de modo que será la tutela de la libertad de matrimonio la que eliminará de toda sospecha la ilicitud del incumplimiento de la promesa y, por tanto, si no hay ilicitud en el incumplimiento, el encaje de sus consecuencias será aquellas otras que subsiguen a actos o comportamientos respecto de los que no cabe aplicarles reproche alguno y no las patrimoniales subsiguientes a un comportamiento ilícito[65].

En síntesis, el fundamento de la obligación resarcitoria del artículo 43 del Código Civil se debe situar en el empobrecimiento injusto, definido como el que es repercutible en persona diferente de quien lo sufre. Injusticia que se fundamenta en que ha sido asumido por el promitente destinatario de la promesa en consideración del matrimonio proyectado. Constatación última sobre la que también se ha pronunciado la jurisprudencia menor[66].

3. Carácter recíproco o unilateral de la promesa de matrimonio

En la actualidad, la discusión sobre el carácter unilateral o recíproco de la promesa de matrimonio, aunque presenta escaso sentido debido a que el artículo 42 del Código Civil subraya su unilateralidad, sigue suscitando cierto grado de inseguridad, ya que pese a no estar tratada frecuentemente por la doctrina se encuentran posiciones contrapuestas.

En este sentido, la doctrina se ha planteado, de una parte, si la promesa de matrimonio debe ser necesariamente bilateral y recíproca y, de otra, si es factible su existencia en el supuesto de que fuera unilateral —siempre que sea aceptada por el otro promitente—.

Frente a dichas cuestiones tras analizar la incidencia que tuvo la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la figura (Badosa Coll, 1984, 114), entiende que en la actualidad se sigue tratando de una promesa de carácter recíproco, aunque esta reciprocidad no esté reflejada ni en la terminología ni en el régimen jurídico.

Por el contrario (Delgado Echeverría, 1994, 41) apoyándose en que lo decisivo es la valoración que haga el Derecho de tal aceptación, excluye de forma expresa y a diferencia del común de la doctrina española anterior que la promesa deba ser recíproca, ya que obedece al principio contractualista de la tradición de los antiguos esponsales y no a la disciplina legal.

Planteamiento que aunque resulta lógico, debido a que de considerarse la promesa de matrimonio necesariamente recíproca, no sería necesario que ambos promitentes cumpliesen el requisito de capacidad establecido para resultar el promitente incumplidor obligado a resarcir al otro, lo cierto es que aunque quien haya realizado los gastos no reúna el requisito de capacidad, si lo reúne el incumplidor se estará dentro del supuesto previsto del artículo 43 del Código Civil, por lo que será necesario que ese menor se encuentre en

una situación[67] en la que resulte razonable haber confiado en la celebración del matrimonio[68].

Por otra parte, en la jurisprudencia menor española, dicho extremo dista de ser enfocado desde un único criterio. Por una parte, un sector jurisprudencial[69], en la descripción que realiza de la figura, se refiere de forma expresa al carácter unilateral o bilateral de esta. Por el contrario, otra dirección jurisprudencial[70], la describe como una doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa.

En suma, intentar establecer diferencias entre *promesa unilateral,* aceptada por uno de los promitentes, y *promesa recíproca o mutua,* no tiene demasiado sentido, máxime si se entiende que solo cuando la promesa sea recíproca cabrá que, en su caso, se produzcan los efectos previstos por el legislador en los artículos 42 y 43 del Código Civil, debido a que se trata de la misma figura —promesa de matrimonio—.

A mayor abundamiento, la mera aceptación de la promesa supone la manifestación de la propia disposición a casarse, por lo que quien la acepta evidencia a su vez su propósito de contraer matrimonio, ya que de otra forma no se podría confiar de forma razonable en que quien se promete mantuviese la palabra dada[71].

III. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS: PRESUPUESTOS Y REEMBOLSO DE LA OBLIGACIÓN

1. Presupuestos del artículo 43 del Código Civil

A) *Capacidad*

Del texto contenido en el artículo 43[72] del Código Civil se desprende que solo podrán celebrar la promesa de matrimonio aquellas personas que tengan capacidad para contraer nupcias[73], debido a que se hace referencia a la promesa realizada por *persona mayor de edad o menor emancipado*. Esta exigencia, de una parte, salva las dudas —originadas durante la vigencia del régimen anterior— referidas a los supuestos de menores emancipados, ya que ahora se alude de forma expresa y, de otra, conforme al paralelismo que presenta esta exigencia con lo establecido en el artículo 46.1 del Código Civil, la pretensión del legislador ha sido la de que únicamente los sujetos que tengan capacidad para contraer matrimonio sin dispensa y, no otros, sean los que queden obligados al resarcimiento de los gastos[74].

Las anteriores afirmaciones podrían parecer en sintonía con la exigencia de seriedad o certeza que debe presentar la promesa para que sea cierta, debido a que solo cabría confiar razonablemente y, considerar *seria* la promesa dada por quien tuviese capacidad para contraer nupcias sin recabar dispensa[75]. Sin embar-

go, lógico habría sido poder valorar, en cada caso concreto, cuándo se considera la confianza razonable y fundada, por lo que si ello de ordinario debería pasar por la mayoría de edad o la emancipación, en el caso del promitente obligado a resarcir el daño no debería ser así[76].

No obstante, parte de la doctrina[77] —con acierto— sostiene que la conexión de la exigencia prevista por el párrafo primero del artículo 43 sobre el requisito de edad para contraer matrimonio contenido en el artículo 46.1 del Código Civil no parece ponerse en duda, sin que baste para cambiar la circunstancia de que también pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años con dispensa judicial, conforme a lo previsto en el artículo 48.2[78] del Código Civil —aunque queden fuera de la literalidad, que presenta el art. 43—. Lo que no significa que los menores no emancipados tengan cerrada de forma absoluta el paso a la celebración de la promesa[79], debido a que si los menores no emancipados mayores de catorce años con dispensa judicial, pueden contraer matrimonio, lógico es que también puedan celebrar la promesa[80]. Dispensa que tendrá la eficacia convalidante que contempla el artículo 48.3[81] del Código Civil.

Por tanto, las promesas de matrimonio realizadas por menores no emancipados serán ineficaces, debido a que el deber de resarcimiento —únicamente— surge en los supuestos en que estas hayan sido realizadas por los sujetos a los que alude de forma expresa el precepto. Esta ineficacia se justifica en que dicha condición no concurre en el supuesto de un dispensado de edad, ya que este no ha contraído matrimonio[82]. Condición que sí concurrirá en aquellos supuestos en los que este haya contraído matrimonio con dispensa, debido a que se encontrará emancipado por matrimonio y, por tanto, su promesa tendrá la consideración de eficaz, quedando sujeto al deber de resarcimiento.

En particular, llama la atención que el artículo 43 del Código Civil no haga alusión alguna a los incapacitados, pese a que, en principio, las personas declaradas incapaces pueden contraer matrimonio, cuando en el momento de la prestación del consentimiento tengan la capacidad necesaria para otorgar este. Consentimiento que no podrá ser prestado por las incapacitadas por sentencia judicial conforme a lo previsto en el artículo 200 del Código Civil.

En este sentido, en los supuestos de promesa de matrimonio dada o recibida por incapacitado por anomalía o deficiencia psíquica, la otorgación y posterior ruptura sin causa de la promesa por la parte capaz a quien padezca anomalía o deficiencia psíquica, no le exime de su responsabilidad en los términos previstos por el artículo 43 del Código Civil, cuando su promesa sea *seria* —es decir, cuando atendidas las circunstancias, se pueda confiar razonablemente en aquella—.

No obstante, el desconocimiento y descubrimiento con posterioridad de dichas anomalías o deficiencias psíquicas —cuando estas se puedan considerar de suficiente entidad— tendrán la consideración de causa suficiente de ruptura y, a diferencia del supuesto anterior, en este caso no será imputable a la parte

capaz la no celebración del matrimonio, cuando la otra parte resulte no tener la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial[83]. Mientras que si la promesa fue otorgada por incapacitado por deficiencia o anomalía psíquica y, si aún a pesar de sus deficiencias es capaz para el matrimonio, si esta fue tenida por *seria* por la otra parte, su ruptura sin causa podrá dar origen a su responsabilidad.

B) *Certeza de la promesa*

El vigente artículo 43 del Código Civil, exige que la promesa de matrimonio sea *cierta*. Esta certeza aunque ha sustituido los requisitos de forma o publicación de las proclamas establecidas en el régimen anterior, lo cierto es que ha suscitado controversias doctrinales y jurisprudenciales, respecto de la *certeza* que, en la actualidad, debe presentar la promesa.

En este sentido, parte de la doctrina, sostiene que el requisito de la certeza apunta a la posibilidad de prueba en la promesa de matrimonio, por lo que sería *cierta* toda promesa respecto de la que fuera posible probar su existencia[84] quedando su apreciación sujeta a las reglas generales, conforme a la inexigibilidad de prueba singular[85].

Por otra parte, al operar el principio de libertad de prueba, la promesa se podrá realizar de cualquier forma —expresa o tácita—. En este sentido, se han admitido como medios de prueba, entre otros, el certificado del cura párroco, las declaraciones de amigos de las partes que conocían las intenciones de estos o, las obras realizadas por parientes de uno de los contrayentes en la vivienda del otro[86].

Por el contrario, otro sector doctrinal[87] y jurisprudencial[88] —con acierto— entiende que la existencia de la certeza tiene que ver en lo fundamental con la seriedad misma de la promesa de matrimonio, es decir, que se trate de una verdadera promesa, configurada como una manifestación de la voluntad de celebrar el futuro matrimonio con su destinatario. Se reconduce al contenido de la promesa la *certeza* de esta.

Este pronunciamiento que permite distinguir entre la promesa de matrimonio en sentido técnico de otras manifestaciones —las cuales quedarán excluidas— que no fueran la voluntad de contraer matrimonio, permite excluir de dicho ámbito las meras relaciones ante-matrimoniales de hecho, por duraderas que hubieran sido, debido a que *cierta* equivale a *seria*[89].

En suma, la promesa de matrimonio realizada por uno de los promitentes deberá suscitar en el otro la confianza razonable de que el matrimonio se llevará a cabo, por lo que consideradas las circunstancias y suscitada dicha confianza *razonable,* lógico será entender prudente el realizar desembolsos para preparar el futuro matrimonio proyectado[90].

En la actualidad, esta es la acertada perspectiva predominante entre doctrina y jurisprudencia: entender la exigencia de la certeza referida a la prueba misma de la existencia de la promesa de matrimonio, conduce a una obviedad consistente en que en cualquier caso será preciso probar su existencia para que se puedan llevar a cabo los limitados efectos que el legislador prevé para el caso de incumplimiento sin causa de la promesa[91], sin que ello sea impedimento para que la promesa no requiera de forma alguna[92]. De modo que la configuración de la promesa es matrimonial en cuanto a su contenido, pero en relación a sus requisitos es meramente consensual[93].

En este sentido, la doctrina[94] entiende que se debe tener en cuenta que lo que se está analizando es la concurrencia o no de un presupuesto de una obligación de indemnizar y no una condición de validez de la promesa de matrimonio, y hacerlo en estos términos sería partir de un esquema contractualista que no procede en el ordenamiento español, puesto que la promesa se mantiene en un plano extrajurídico. En definitiva, se trata de establecer, de una parte, si la promesa es o no *cierta* en el sentido de *seria* y, de otra, si es susceptible de generar una confianza razonable.

C) *Ausencia de la causa*

Con la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se suprime el requisito de que la causa del incumplimiento sea justa. Esta eliminación que fue inicialmente entendida por la doctrina como un propósito razonable y fundado por el legislador español, lo cierto es que con posterioridad ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, debido a las dificultades que puede plantear su apreciación, dada la ambigüedad que de forma implícita comporta el término *sin causa*[95].

Con esta innovación se pone de relieve la doble valoración de la conducta de quien rehúsa contraer nupcias, perfectamente lícita y legítima en cuanto a libertad matrimonial, pero incorrecta en cuanto a las consecuencias patrimoniales que puede originar en la otra parte. Amén, de que no se trata de una causa que excusa el cumplimiento de una obligación —la cual conforme al art. 42 no existe—[96].

En este sentido (Badosa Coll, 1984, 117) entiende que una negativa *sin causa* se configura como aquella que únicamente se puede justificar en el propio principio de la libertad de matrimonio. Por tanto, toda referencia a que la causa sea justa, será superflua y, en definitiva, el término *sin causa* lo que pretende decir es que dicha negativa lo que comporta es una actitud irrespetuosa para las expectativas o intereses patrimoniales del otro promitente, es decir, los *gastos hechos* u *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido que devienen inútiles.

Por su parte, otros autores[97], entienden que el legislador con la sustitución de *justa causa* por *causa* lo que ha pretendido es ser respetuoso con el *principio de libertad matrimonial,* lo que se justifica en la pretensión de eliminar el adjetivo que pudiera evocar la idea de que únicamente tiene cabida no contraer matrimonio cuando haya justa causa. Supresión que resulta innecesaria, ya que no se trata de establecer razones para no contraer nupcias, sino en fijar un presupuesto de responsabilidad, que se debe valorar con el mismo contenido con independencia de que se hable de *causa* o de *justa causa*.

En síntesis, el incumplimiento de la promesa de matrimonio es totalmente legítimo, pero ello no se opone a que en el supuesto de que se realice *sin causa,* el legislador obligue al reembolso de los gastos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido realizados por la parte que confió en la celebración del futuro matrimonio proyectado. Por otra parte, si la *causa* concurre, el promitente incumplidor no tendrá que reembolsar nada a la otra parte.

Otra cuestión es qué se debe entender por *causa,* en el contexto del artículo 43. La doctrina ha planteado como posible solución la de establecer una línea delimitadora entre lo que se debe entender por *práctica discrecionalidad* y qué otras situaciones no equivalen a ella por quedar integradas en el *principio de tutela de libertad matrimonial,* ya que este es el verdadero problema de la causa a que se refiere el precepto. Esta solución se justifica, de una parte, en que las dificultades actuales para precisar qué se entiende por *causa* siguen siendo las mismas que tras la reforma se vislumbraban en sede doctrinal y, de otra, que surge de la necesidad de conciliar la *discrecionalidad absoluta de la negativa a contraer el matrimonio proyectado* con el *principio de tutela de la libertad matrimonial*[98].

Por su parte, la jurisprudencia menor aunque no de forma unánime, ha solventado la cuestión al estimar como criterio más plausible el que aprecia inexistencia de causa cuando el demandante rompe la promesa por no encontrarse preparado para asumir el estado de casado[99]. Criterio que ha planteado si no estará presente, igualmente, una negativa directa a contraer nupcias, escollo salvado de forma afirmativa por la jurisprudencia[100], apoyándose en que con el mantenimiento de la expresión *sin causa* lo que se pretende es que la protección de la libertad de matrimonio no lleve a la práctica discrecionalidad en la decisión de romper la promesa contraída. De modo que niega de forma expresa que la mera discrecionalidad de parte sea equiparable a la categoría de causa exonerativa de responsabilidad en el marco del artículo 43 del Código Civil.

Asimismo se plantea si, presupuesta la ausencia de culpa en cualquier supuesto en el que uno de los promitentes rompe la promesa, se genera o no el reembolso, argumentado en el empobrecimiento repercutible que contempla el precepto[101]. En este sentido, parte de la doctrina[102] sostiene que la cuestión relevante es la de si alguien que prometió matrimonio libremente y, con posterioridad, decide también, voluntariamente, no formalizar el matrimonio, tiene

cabida en la causa exonerativa de responsabilidad a que dicho artículo se refiere, supuesto en que la otra parte haya confiado en dicha promesa y, contraído gastos u obligaciones, inútiles si aquel no se celebra.

En suma, la imposibilidad de introducir reproches culpabilísticos es del todo lógico[103], pero la exoneración del reembolso al sujeto que así actúa, resulta cuando menos cuestionable[104]. Por otra parte, la libre decisión de no contraer nupcias sin otro fundamento que la decisión misma, se configura como *causa* y, por tanto, es exonerativa de las consecuencias a que alude el artículo 43 y que lleva, a hacer inútil por superflua la exigencia misma de causa a la que el precepto se refiere[105].

Esta cuestión que posiblemente encuentra su solución en diferenciar entre la pura discrecionalidad del sujeto —constitutiva de causa— y su decisión de no contraer matrimonio —no constitutiva de la causa— ocultando bajo la apariencia de esa libre decisión de no contraer nupcias la pura discrecionalidad, pero invocando esta, con la finalidad de que el promitente que rompa la promesa quede exonerado de las consecuencias patrimoniales referidas en el precepto, deja como bien argumenta (Carrión Olmos, 2006, 139) desprotegidos los intereses del promitente que confió en la promesa y contrajo gastos u obligaciones en consideración al matrimonio proyectado. Y, en consecuencia —con acierto— entiende que sería del todo inadmisible el reconocimiento de causa, en el supuesto de promesa recíproca de matrimonio o con aceptación de la otra parte, la cual asume gastos u obligaciones en consideración al matrimonio prometido y, con posterioridad, se procede a la ruptura de la promesa, alegando el promitente incumplidor que tras un periodo de reflexión no se encuentra preparado para la vida matrimonial. Supuestos en los que no cabe el reconocimiento de causa, por lo que el promitente incumplidor deberá reembolsar al otro lo invertido en dichos conceptos.

D) *Libertad de forma*

El Código Civil en su versión originaria, imponía una forma determinada a la promesa de matrimonio —es decir, que se celebrase en documento público o privado[106], forma que podía ser suplida por otra a la que el texto legal le atribuía iguales efectos y, que se concretaba en la resultante de la publicación de las proclamas—, mientras que, en la actualidad, el artículo 43 no establece ni modalidades ni solemnidades a este respecto. De modo que con este silencio sobre la forma, el legislador ha autorizado *sensu contrario* cualquier forma de celebración de la promesa de matrimonio, por lo que se puede realizar de forma expresa o tácita[107].

En definitiva, el legislador introduce en esta institución el principio de libertad de forma[108], lo que comporta su equiparación con la mayoría de Códigos

europeos, facilita la configuración del supuesto de la obligación y rige un criterio más abierto y simple.

2. Alcance de la obligación de reembolso conforme al artículo 43 del Código Civil

Con el vigente artículo 43 del Código Civil el legislador ha aclarado la cuestión sobre el alcance de la obligación de reembolso, ya que con el adverbio solo[109] se hace referencia a los *gastos hechos* y a las *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido. Esta cuestión, suscitada al amparo de la redacción anterior ya que el derogado artículo 44 del Código Civil de 1889 únicamente mencionaba los gastos hechos, ya estaba resuelta por la doctrina[110] común que a los gastos se equipararan las obligaciones contraídas.

En suma, se establece un régimen limitado y básico, debido a que del tenor literal del precepto, se deduce que el propósito del legislador se concreta en limitar a las consecuencias —patrimoniales directas— derivadas del incumplimiento y, no a otras, el alcance de la obligación del reembolso, por lo que se prescinde de la culpa y erige indudablemente como criterio determinante para atribuir dicha obligación, la existencia o no de causa. De modo que estas consecuencias se caracterizan por el carácter *cerrado* y *taxativo* que señala el propio legislador sobre aquellas.

Por otra parte, la formulación de estas consecuencias aunque es cerrada lo que imposibilita su extensión a otras, lo cierto es que resulta obvia su extensión cuando se pretende dar cabida a la indemnización del daño moral o se intenta hacer entrar en juego el artículo 1902[111] del Código Civil[112].

Por tanto, se trata de conjugar el principio de tutela de la libertad matrimonial y el de protección a la confianza que suscita en el destinatario de la promesa de matrimonio la formulación de aquella. Conjugación que acarrea una cierta prevalencia de uno de ellos sobre el otro y que indudablemente se inclina del lado del principio de la tutela de la libertad matrimonial, por lo que las cortapisas a ese principio deberán ser mínimas. Esto justifica que no se pueda aludir a ilicitud respecto del promitente que se niega a dar cumplimiento de la promesa, aunque este sea sin causa.

Asimismo, aunque no tiene cabida la referencia por sentencia alguna a la obligación de resarcir daños y perjuicios derivados de la conducta originada de la ruptura unilateral por parte del demandado de la promesa de matrimonio sin que conste justa causa para ello[113], lo cierto es que se impone la protección de la confianza originada por la formulación de la promesa, conectándose dicha protección con la idea del empobrecimiento injusto[114].

En este sentido, la jurisprudencia menor[115] sostiene que el fundamento de esta pretensión no se encuentra en la necesidad de indemnizar los daños cau-

sados, sino en evitar el empobrecimiento injusto que sufre el destinatario de la promesa de matrimonio.

En definitiva, se trata de una norma de carácter restrictivo que, en aras de la protección de la tutela de la libertad matrimonial, limita de forma drástica la obligación de reembolso. Obligación que se encuentra concretada a los gastos y obligaciones contraídas por razón del matrimonio prometido, por lo que se establece una limitación de responsabilidad patrimonial[116]. Por ello, la necesidad de que *gastos hechos* y *obligaciones contraídas* deban guardar una relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio[117].

A) *Concreción del* quantum *reembolsable*

Por cuanto atañe a la determinación del *quantum reembolsable,* este se encuentra limitado al atribuir el artículo 43 del Código Civil relevancia únicamente a las consecuencias directas derivadas del incumplimiento de la promesa de matrimonio —con exclusión de otras—. Por tanto, se trata de una limitación que abarcará dos conceptos: los *gastos hechos* y las *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido[118]. Por tanto, de la cantidad resultante de la suma de ambas partidas (Badosa Coll, 1991, 261) se deberá restar —siempre que exista— el equivalente a la potencial utilidad que estos gastos y obligaciones reembolsables puedan originar al demandante en el futuro.

En particular, llama la atención que el Código Civil español, a diferencia de otros códigos extranjeros, no establezca de forma expresa criterio alguno con vistas a establecer límites razonables al *quantum reembolsable*[119]. Cuestión que se podría haber zanjado con la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, al modo previsto por otras legislaciones extranjeras. En particular, parte de la doctrina[120] se ha apoyado en el artículo 1594[121] del Código Civil portugués de 1966, al objeto de ratificar que, en relación a esta norma, es necesario que el gasto sea real —ya que han de mostrarse razonables según las circunstancias del caso y la condición de los contratantes—, debiendo evitarse la especulación y el enriquecimiento indebido. Por tanto, cuando se trate de gastos total o parcialmente recuperables, la cuantía del reembolso será la diferencia entre los gastos hechos y lo que se obtenga de su venta.

Por lo que se refiere a la exigencia de adecuación y proporcionalidad de los *gastos hechos* y de las *obligaciones contraídas* en consideración del matrimonio proyectado, aún a pesar del silencio que presenta el artículo 43 del Código Civil a este respecto, ya era doctrina predominante[122] que los gastos y obligaciones para ser indemnizables debían ser adecuados a las circunstancias, en particular, proporcionales a la fortuna de ambos prometidos.

De modo que el contenido del reembolso se concreta a dichas partidas, las cuales se deberán haber realizado en consideración al matrimonio proyectado,

e indudablemente, después de haber mediado la promesa de matrimonio —y no con anterioridad—, debido a que su justificación únicamente se encuentra en el matrimonio prometido[123]. Reembolso que tendrá lugar en la medida en que, efectivamente, estos conceptos devengan inútiles o estériles, por lo que será necesario tener en cuenta si la parte que los ha realizado ha obtenido alguna utilidad eventual de estos diferente de la matrimonial inicialmente prevista, utilidad que se deberá deducir del pasivo a reembolsar[124].

En resumen, la reglamentación del artículo 43 del Código Civil solo entrará en juego cuando existan circunstancias que sean constatables jurídicamente, es decir, que los *gastos hechos* u *obligaciones contraídas* se hayan realizado en consideración al matrimonio prometido. Por otra parte, únicamente serán reembolsables cuando, frustrado el proyecto matrimonial, devengan inútiles, por lo que si de alguna forma, estos fueran aprovechables o útiles al margen de dicho matrimonio, tampoco a ellos se extenderá la obligación de reembolso.

a) Gastos y obligaciones susceptibles de reembolso

Otra cuestión directamente relacionada con la figura en estudio, se concreta en establecer desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial qué gastos y obligaciones se integran en el artículo 43 del Código Civil y, por tanto, son susceptibles de reembolso —que no resarcimiento—[125].

La mejor doctrina[126] entiende por *gastos realizados* todos aquellos que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado y que efectivamente han sido realizados, después de la promesa de matrimonio; por *obligaciones contraídas,* otros gastos no incluidos en la partida anterior, pero necesarios para cumplir las prestaciones futuras a las que se haya obligado el demandante, en función del matrimonio prometido.

En síntesis, tendrán la consideración de *gastos hechos* los desembolsos ya realizados por estar consumados y de *obligaciones contraídas,* las deudas todavía no satisfechas, debido a que la prestación está pendiente de ser satisfecha por quien contrajo esa deuda. Por otra parte, se deberán haber realizado en consideración al matrimonio prometido, encontrando su justificación en este, por lo que su realización necesariamente se deberá haber realizado después de haber efectuado la promesa.

Por tanto, serán excluidos y, en consecuencia, del ámbito reembolsable, todos aquellos gastos relacionados con una convivencia previa —cuando no hayan sido realizados en función del matrimonio— y, cuya celebración se haya prometido y, de otra, las obligaciones que se condicionaron a la existencia del matrimonio o, que se puedan resolver sin perjuicio para el promitente que las asumió[127].

a') Especial referencia a las donaciones por razón de matrimonio

Por lo que a las donaciones realizadas entre los promitentes, la correspondencia cruzada, las fotografías y retratos intercambiables por razón de la promesa de matrimonio se refiere, conviene precisar que son cuestiones no resueltas tras la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Esta falta de precisión por parte del legislador español ha sido criticada, entre otros, por (García Cantero, 1982, 32), quien ha propuesto como posible solución la de incluir en el futuro, dentro de la sección de la promesa de matrimonio, un régimen específico de las donaciones, regalos u obsequios cruzados entre los promitentes e, incluso los realizados por terceros a favor de aquellos en consideración al matrimonio proyectado.

Dos son las razones fundamentales que —con acierto— han motivado esta propuesta, de una parte, las numerosas sugerencias formuladas por la doctrina; de otra, y con la finalidad de equiparar esta medida a lo establecido por otros Códigos europeos, se alude a la minuciosa y detallada reglamentación de la legislación portuguesa[128]. Legislación en la que se regula tanto la devolución de las donaciones realizadas por la promesa o expectativa del matrimonio en el caso de que este no tenga lugar, ya sea por la discapacidad o, retirada de cualquiera de los promitentes, conforme a los términos establecidos de nulidad o anulación de la transacción, como la devolución de las cartas y retratos, a excepción de las cosas que hayan sido consumidas con anterioridad a la discapacidad o retirada de la promesa.

Además de las anteriores, surge la existencia de una tercera concretada —con acierto— en la sustantividad propia que presenta este tipo de donaciones frente a las realizadas por razón de matrimonio y la necesidad de someter la acción de restitución a un plazo corto de caducidad que podría ser el mismo que prevé el vigente artículo 43 del Código Civil[129]. Así, como la conveniencia de indicar que la restitución debería tener lugar con independencia de que la promesa reuniera o no los requisitos previstos por el precepto y, que no debería hacer ninguna distinción en atención a la causa por la que el matrimonio no se contrae[130].

Otra cuestión que queda pendiente en la legislación española, debido a su falta de regulación por el Código Civil, se concreta en el destino de las cartas y fotografías que se hayan podido intercambiar los promitentes[131].

B) *Los daños patrimoniales indirectos y los daños morales derivados de la ruptura sin causa de la promesa de matrimonio*

Como se ha dicho, el artículo 43 del Código Civil únicamente contempla el reembolso de los *gastos hechos* y de las *obligaciones contraídas,* siendo necesario que exista una relación de causalidad directa entre estos y la promesa de

matrimonio[132], por lo que excluye de su ámbito de aplicación el reembolso del lucro cesante, es decir, de otros daños patrimoniales indirectos no son reconducibles a la partida de *gastos hechos* u *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido.

En este sentido, tanto la doctrina[133] como la jurisprudencia menor reciente[134] son unánimes en que el reembolso se limita al *interés negativo,* es decir, a los gastos consumados en contemplación del matrimonio proyectado, con exclusión del lucro cesante. Por tanto, conforme al precepto esta exclusión resulta técnicamente correcta[135].

Sin embargo, distinto es que tal conclusión sea adecuada con los denominados *criterios de justicia material,* ya que desde la perspectiva de la relación de causalidad —que es la que el legislador español tiene presente en el precepto «en consideración»—, no se comprende por qué se debe excluir del ámbito indemnizable el lucro cesante cuando este se haya dejado de percibir en consideración al matrimonio prometido, por lo que una cosa será que la protección de la confianza deba limitarse en tema de promesa de matrimonio y, otra distinta limitar de forma arbitraria el ámbito económico del resarcimiento cuando lo gastado o dejado de percibir responda a un mismo fundamento, es decir, la ruptura sin causa de la promesa con posterioridad[136].

En el ordenamiento español (Carrión Olmos, 2006, 146) posiblemente esta solución dependerá de que se puedan entender incluidos en un concepto amplio de gastos, debido a que fuera de estos la ruptura de los esponsales no obliga a ninguna otra indemnización. Esto se justifica en la inclusión por el legislador en el precepto del adverbio solo —de finalidad limitativa—. Por tanto, únicamente, una concepción amplia de aquellos será congruente con criterios de justicia material, ya que lo que importa es la apreciación de la relación de causalidad directa entre la existencia de la promesa de matrimonio y la cesación en la percepción de los ingresos.

Por cuanto atañe la indemnización de los daños morales, gran parte de la doctrina[137] y la jurisprudencia[138] han sido unánimes en que del tenor literal del artículo 43 del Código Civil, resulta evidente que la acción que de él se deriva no incluye la indemnización de los daños morales que se pudieran derivar de la ruptura de la promesa de matrimonio para el promitente dispuesto a contraer el matrimonio prometido. Los términos *gastos hechos* y *obligaciones contraídas,* contenidos en el precepto resultan terminantes al respecto.

Sin embargo, un sector doctrinal[139] sostiene que aunque estos daños quedan fuera del ámbito del artículo 43 del Código Civil, esto no significa que no puedan ser reparados al amparo del artículo 1902 del Código Civil, cuando el comportamiento pueda ser catalogado como culpable[140], por lo que la culpa no debe consistir en el incumplimiento de la promesa de matrimonio o, en la circunstancia de dar motivo al otro promitente para su incumplimiento —culpa de la que indudablemente prescinde el art. 43—, sino en la causación —entre

los prometidos— de los daños a indemnizar conforme a las reglas generales fundados en otros hechos distintos del incumplimiento. A lo que se podría admitir que siendo la promesa no seria, sino un mero engaño con una finalidad lesiva, al estar fuera de los supuestos de la norma especial del artículo 43, jugara libremente el artículo 1902 del Código Civil .

Otra cuestión que queda pendiente en la legislación española, se centra en la falta de concreción por el legislador español de que toda ruptura no justificada se pueda reputar como culposa, puesto que en el Código Civil no resulta evidente tal extremo[141].

En síntesis, el legislador español —al igual que el italiano— con la redacción del artículo 43 del Código Civil refuerza el alcance limitado de la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio, por lo que, de modo directo, una ruptura *sin causa* no dará origen a responsabilidad alguna, ni por los daños patrimoniales indirectos, ni por los morales, ya que ha previsto, de forma expresa, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la promesa y las ha circunscrito al reembolso de los *gastos hechos* y *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido, por lo que aquellos otros daños quedan fuera del ámbito del precepto. Esta previsión se justifica en que —indudablemente— el legislador ha pretendido que estas consecuencias sean únicamente las que se deriven de dicho hecho[142].

No obstante, distinto será que los hechos sean susceptibles de ser calificados como presupuestos fácticos de la aplicación de una norma distinta y que esta también prevea consecuencias diversas. Es decir, cuando se esté ante un supuesto de incumplimiento de la promesa en la que concurran, además, los requisitos específicos requeridos por el artículo 1902 del Código Civil y existan daños no reparados a través de la acción prevista del artículo 43. A mayor abundamiento, caso de que se den los requisitos para el ejercicio de dicha acción, podrá tener lugar el resarcimiento de los daños patrimoniales indirectos o morales, toda vez que si concursan los presupuestos para el ejercicio de la acción del artículo 1902 del Código Civil, en principio, no existe obstáculo jurídico alguno para negar su resarcimiento.

IV. CUESTIONES PROCESALES SEGÚN EL ARTÍCULO 43 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Legitimación de la acción

Por lo que atañe a la legitimación pasiva, esta compete al promitente que operó la ruptura o rehusó cumplir la promesa de matrimonio, es decir, bien sobre el prometido que se niega sin causa o, sobre aquel otro que con su propia culpa ha dado causa a la negativa de la contraparte a celebrar el matrimonio[143].

En cuanto a la legitimación activa, corresponderá *a la otra parte,* es decir, al promitente que no hubiese roto la promesa de matrimonio o, a quien la otra parte le niegue el matrimonio sin causa[144].

Una de las cuestiones más debatidas sobre la legitimación activa ha sido la referida al alcance de esta. Esta se concreta en determinar si la legitimación, de conformidad a la imprecisa redacción del precepto, alcanza únicamente al prometido abandonado o si también se puede ampliar a otras personas distintas de los prometidos que hubiesen efectuado gastos o contraído obligaciones en consideración al matrimonio proyectado.

En este sentido, la expresión *a la otra parte* podría estar referida exclusivamente al destinatario de la promesa de matrimonio o, en sentido amplio, comprender a quien hubiese realizado gastos o asumido obligaciones en consideración al matrimonio prometido. Lo cierto es que el precepto no prohíbe de forma expresa el ejercicio de la acción por persona distinta del promitente, por lo que si se tiene en cuenta que el derecho a obtener tutela judicial es un derecho fundamental, lógico sería extender esta legitimación activa a estas personas —padres, familiares o incluso terceros—, debido a que, frecuentemente, dichos gastos son efectuados por estas. Por tanto, su ampliación a terceros —al socaire de la tutela efectiva— podría tener lugar al amparo de las obligaciones solidarias, siendo necesario para ello admitir que el hecho de haber contribuido a los gastos de un futuro matrimonio podría otorgarles —en los supuestos del art. 43— la legitimación activa para el ejercicio de las acciones[145].

En este punto, la doctrina está dividida. En particular, algunos autores[146], sostienen que esta legitimación no corresponde ni a los padres —que aun habiendo prestado su asentimiento a los esponsales, ciertamente no habían sido parte en ellos— ni a los parientes, ni a terceros que hubiesen constituido la dote. Por el contrario, otro sector doctrinal[147], haciendo bascular el tema en una cuestión de confianza, dicen que el que interpone la acción no debe ser necesariamente el destinatario de la promesa, sino que puede incluir a todos aquellos que se encuentran con el prometido en estrecha relación a causa de su promesa, por lo que su confianza en que el matrimonio se habrá de celebrar es digna igualmente de protección[148].

Por otra parte, en los supuestos de menores emancipados por haber contraído anteriormente matrimonio —ya disuelto con dispensa de edad a partir de los catorce años de edad—, se plantea quién ostenta la legitimación activa. Cuestión en la que al tratarse de un menor emancipado por matrimonio, el derecho al reembolso de los *gastos hechos* y *obligaciones contraídas,* tampoco será extensible a los padres o tutor del menor, por lo que la ostentará únicamente aquel[149].

En definitiva, la legislación española —a diferencia de otras— no contempla la posibilidad de que personas distintas de los promitentes ostenten la legitimación activa para ejercitar la acción de reembolso de los *gastos hechos* u *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio proyectado, lo que

resulta ilógico, ya que en la mayoría de los casos estos son realizados por sus padres o parientes más próximos. Sin embargo, esto no es óbice para que estos sujetos que no son titulares de una posición jurídica equiparable al prometido abandonado [art. 43 CC] y que hubiesen desembolsado sumas económicas de forma voluntaria, no puedan actuar, debido a que podrán hacer valer la ineficacia de las donaciones efectuadas a los promitentes por razón del matrimonio prometido y no celebrado por la vía del artículo 1342[150] del Código Civil, o acudir a la acción de enriquecimiento, cuando se den los requisitos a los que la jurisprudencia subordina su ejercicio[151] e, incluso, exigir los perjuicios fundándose en la obligación de indemnizar nacida de acto ilícito[152].

2. El plazo de la acción y la concreción del *dies a quo*

El derogado párrafo segundo del artículo 44 del Código Civil de 1889 hasta la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, fue objeto de numerosas controversias doctrinales, en las que se debatía si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto, era de prescripción o de caducidad.

En la actualidad, con la redacción del artículo 43 del Código Civil, el legislador español ha puesto fin a dichas controversias, ya que el precepto contiene un pronunciamiento expreso de caducidad, por lo que no le serán de aplicación, ni las normas sobre interrupción legal, ni las de suspensión de la prescripción y, por tanto, el acto de conciliación no interrumpirá la acción, sino que su interrupción será consecuencia de la presentación de la demanda[153]. En síntesis, con la introducción del término *la acción caducará,* se consigue una mayor precisión técnica que con el genérico solo *podrá ejercitarse*.

Con todo, se ha de reseñar que no reina un completo consenso, así un sector doctrinal[154] es partidarios de que la verdadera naturaleza del plazo establecido debería ser la prescripción, como cualquier otra acción indemnizatoria. Pese a ello, lo cierto es que en la mayoría de la doctrina científica[155], prevalece la calificación del legislador, tanto por la relevancia que presentan los esponsales, como por la inexistencia de precepto alguno que imponga que las acciones indemnizatorias quedan sometidas en exclusiva a la prescripción[156].

Desde una perspectiva práctica, la caducidad o la prescripción de la acción parecen carecer de interés, debido a que no hay jurisprudencia —ni del Supremo ni en la menor— en la que se plantee dicha cuestión, lo que justifica que las circunstancias del supuesto de hecho determinan como —con acierto— sostiene (Lasarte Álvarez, 2011, 38) «ora una inmediata reclamación», «ora el definitivo olvido de la cuestión».

Por otra parte, y por lo concerniente al ejercicio de la acción, conviene precisar que al contener la acción un plazo de caducidad —que no de prescripción—, el no ejercicio de esta en dicho plazo lo que comportará será su extinción.

Por cuanto atañe a la determinación del *dies a quo,* el artículo 43 del Código Civil establece que comenzará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, es decir, desde el día que tuvo lugar el incumplimiento[157]. Incumplimiento que deberá tener la consideración de *acto recepticio* perfectamente identificable, cuyo contenido queda concretado a una declaración de voluntad —ya por iniciativa propia o, como respuesta a la reclamación del cumplimiento[158]—.

Por otra parte, la imprecisión que presenta el momento inicial de su cálculo, se debe a que se trata de un hecho de carácter negativo que puede presentar serias dudas de hecho sobre el momento en que dicha negativa queda acreditada, por lo que al objeto de evitar fraudes de Ley[159], esta negativa debe ser definitiva y, por tanto, si en la promesa se ha señalado fecha (García Cantero, 1959, 61), a ella se deberá atender en principio, salvo que la conducta contraria a la promesa haya sido positiva[160]. Este sería el caso, por ejemplo, de contraer matrimonio con tercera persona.

En virtud de lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, para la fijación del *dies a quo* podría ser útil el requerimiento hecho por la parte inocente a la parte que realiza el incumplimiento[161]. Por lo que si faltase al compromiso de la fijación de una fecha para contraer el matrimonio, sería aconsejable un requerimiento de carácter formal, a fin de determinar claramente la postura de la otra parte, debiendo interpretarse el silencio realizado después de haberse formulado dicho requerimiento como una negativa de carácter tácito[162].

Por último, en el supuesto de que la acción encuentre su fundamento en haber dado a la otra parte un motivo justificado para llevar a cabo la ruptura, el plazo de un año previsto por el precepto deberá comenzar a contar a partir del momento en que el demandante tuvo conocimiento de ese motivo[163].

3. La carga de la prueba

Por lo que a la carga de la prueba se refiere, conviene precisar que al actor le corresponde demostrar la existencia de los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al demandado le incumbe probar los hechos impeditivos o extintivos de aquella pretensión[164].

En este sentido, al actor —es decir, al sujeto que ejercita la acción de reembolso— le corresponderá demostrar los siguientes extremos: la existencia de la promesa de matrimonio, el incumplimiento consistente en la negativa de la otra parte a contraer dicho matrimonio, la existencia y la cuantía de los gastos efectuados y de las obligaciones contraídas, así como la finalidad por la que fueron realizados. Mientras que al demandado le incumbirá probar: que el consentimiento prestado para la promesa estaba viciado o que la promesa no era cierta, que ha habido —en su caso— causa de ruptura o que él no ha dado

causa alguna a la ruptura del actor, que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido por el precepto o, finalmente, que concurre alguna de las causas que dan origen a la extinción de la promesa de matrimonio.

Por otra parte, se sostiene que la carga de la prueba de la causa depende de la naturaleza contractual o no de la acción, por lo que en el primer caso incumbirá al demandado, mientras que en el segundo corresponderá al demandante probar la falta de causa. No obstante, la dificultad que presenta la prueba de un hecho negativo por el actor también ha sido advertida por los partidarios de la teoría de la naturaleza no contractual, los cuales sostienen más adecuado entender que la presencia de una causa suficiente se configura como un hecho de carácter impeditivo y, por tanto, su prueba corresponde al demandado[165].

V. CONCLUSIONES

I. Con la reforma del Código Civil por Ley 30/1981, de 7 de julio, se modifica el sistema de la promesa de matrimonio, convirtiendo los antiguos artículos 43 y 44 del Código Civil de 1889 en los vigentes 42 y 43, así como se abandona la antigua terminología, se altera su redacción y, se introducen algunos cambios que aclaran determinados extremos de la figura. No obstante, conviene precisar que persisten ciertos aspectos controvertidos necesitados de aclaración y análisis.

Por lo que se refiere al estudio de la renovación institucional de la promesa de matrimonio abordada en el presente trabajo, ha de tenerse presente que esta línea de investigación sigue abierta y continuamos su estudio y análisis, por lo que no podemos sino aventurar las siguientes conclusiones provisionales.

II. El vigente artículo 42 del Código Civil español, aunque ofrece ciertas semejanzas con su regulación precedente, lo cierto es que se diferencia, además de por su distinta redacción en sentido gramatical, por la modificación terminológica sufrida por la institución, ya que *la promesa de matrimonio* es la nomenclatura que modifica la tradicional de *esponsales de futuro* a que se refería el derogado precepto. Por otra parte, incorpora expresamente que no obliga tampoco a «cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración». Disposición que ha divido la norma en dos párrafos, en cuya virtud y por razones de sistemática legislativa, el anterior inciso segundo del derogado artículo 43, se ha convertido con ligeras modificaciones de redacción, en el párrafo segundo del actual 42 del Código Civil.

III. Por su parte, el vigente artículo 43 del Código Civil, presenta una innovación sustancial en la determinación de los requisitos de la promesa de matrimonio. Entre ellos, conviene destacar los siguientes: *a)* Se suprime la antigua exigencia de constancia documental —documentos o proclamas— la cual se encontraba acompañada de un requisito de edad o asistencia, por la de promesa

cierta de matrimonio —circunscrita esta a la realizada por mayores de edad o menores emancipados—, lo que da a la institución un mayor alcance práctico, ya que su campo de aplicación es más extenso que el derogado artículo 44, al facilitar la configuración del supuesto constitutivo de la obligación; *b)* La *justa causa* es sustituida por *causa* y se añade al precepto el adverbio *solo,* lo que refuerza el sentido de la norma y subraya la excepcionalidad del precepto en cuestión; *c)* Se adiciona a la mención de los *gastos hechos,* la aclaración de la obligación de la carga de resarcir las *obligaciones contraídas* en consideración al matrimonio prometido, por lo que quedan definitivamente incluidos en los gastos, no solo los desembolsos efectivamente realizados, sino también las obligaciones que hayan sido contraídas a causa del matrimonio proyectado; *d)* Se indica de forma expresa que la acción para exigir el resarcimiento de los *gastos hechos* y las *obligaciones contraídas* está sujeta a caducidad, lo que elimina las controversias doctrinales suscitadas durante la vigencia anterior sobre si el carácter del plazo de un año al que aludía el precepto era de prescripción o de caducidad; *e)* Se sustituye la asistencia que correspondía al menor, por la referencia al *menor emancipado,* lo que homologa el requisito con la capacidad para contraer matrimonio y, finalmente, se introduce el principio de libertad de forma, lo que permite su equiparación con la mayoría de Códigos europeos, facilitándose la configuración del supuesto de la obligación y, rigiendo un criterio más abierto y simple.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Tribunal Supremo

- STS de 13 de enero de 1879.
- STS de 6 de abril de 1929.
- STS de 16 de diciembre de 1996.

Audiencias Provinciales

Sentencias

- SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2001.
- SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994.
- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007.
- SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000.
- SAP de Barcelona, de 8 de octubre de 2004.
- SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de junio de 2008.

- SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000.
- SAP de Cantabria, de 19 de abril de 2005.
- SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005.
- SAP de Granada, Sección 3.ª, de 11 de diciembre de 2003.
- SAP de Huelva, de 14 de enero de 1998.
- SAP de Madrid, de 24 de marzo de 2004.
- SAP de Navarra, de 2 de abril de 2001.
- SAP de Teruel, de 21 de diciembre de 2000.
- SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000.
- SAP de Zaragoza, de 11 de febrero de 1994.
- SAP de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de marzo de 1999.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. y MORETÓN SANZ, M.ª F. (2013): «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: acción de resarcimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3496-3521.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1958): *El negocio jurídico*. Barcelona, Librería Bosch.

— (1975): *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones*. Tomo II, 2.ª ed., Barcelona, Librería Bosch.

— (2006): *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, 10.ª ed., Madrid, Edisofer.

ALONSO PÉREZ, M. (1971): «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, págs. 859-922.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en J. RAMS ALBESA y R. M.ª MORENO FLÓREZ (coord.): *Comentarios al Código Civil,* Barcelona, Bosch, págs. 467-481.

BADOSA COLL, F. (1984): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia.* Madrid, Tecnos, págs. 99-117.

— (1991): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil.* Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 256-261.

BENITO GOLMAYO, P. (1874): *Instituciones de Derecho Canónico*. Tomo II. Madrid, Librería Sánchez. Imprenta Peñuelas.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (2001): *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, Aranzadi.

BUSTO LAGO, J M. (1998): «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de la promesa de matrimonio», en *Revista de Derecho Privado,* núm. 82, págs. 259-285.

CANDIAN, A. (1951): «Gli sponsali come fonte negoziale di aspettativa. Le lettere dei fidamzati», en *Temi,* págs. 457-485.

CARRIÓN OLMOS, S. (2006): «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia.* Navarra, Aranzadi, págs. 117-146.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987): *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia*, *Relaciones Conyugales*, Tomo V, vol. 1.º, undécima edición revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid, Editorial Reus.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo II. Madrid, Civitas.

DE CUPIS, A. (1975): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducido de la segunda edición italiana por Á. MARTÍNEZ SARRIÓN. Barcelona, Bosch.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2007): «Los esponsales en la actualidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 809-816.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1977): *El error en el matrimonio*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.

— (1998): «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, págs. 683-736.

— (2006): «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de Familia,* Valencia, Retro-Exprés, págs. 25-34.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil,* 2.ª ed., Madrid, Civitas, págs. 39-59.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007): *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid, Ceura.

DÍEZ-PICAZO, L. (1980): *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, Madrid, Estudios de Derecho Privado, Civitas.

— (1993): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Tomo I, Madrid, Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006): *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS (coords.), Tomo IV, vol. 4.º, Madrid, Tecnos.

ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLF, M. (1953): «Derecho de Familia», en L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLF, *Tratado de Derecho Civil. El Matrimonio,* Tomo IV, vol. I, 2.ª ed. Traducido de la 20.ª ed. alemana (sexta revisión) por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS. Barcelona, Bosch.

ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1982): *Manual de Derecho Civil español. Familia,* Tomo IV, 7.ª ed. Premio J. González 1957, edición según la Constitución y leyes de reforma del Código Civil (13 de mayo y 7 de julio de 1981 y 13 de julio de 1982). Madrid, Revista de Derecho Privado.

— (1984): *Manual de Derecho Civil español*. *Familia*, Tomo IV. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

GARCÍA CANTERO, G. (1959): *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. XI. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Delegación de Roma. Con una presentación de A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, Roma-Madrid.

— (1982): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo II, edi-

ción de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, págs. 22-44.

García Varela, R. (2000): «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en I. Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil.* Barcelona, Bosch.

Gubern Salisachs, S. (1947): *La ruptura de la promesa matrimonial y la reducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*. Barcelona, Bosch.

Lacruz Berdejo, J. L. y Albaladejo García, M. (1963): *Derecho de Familia: El matrimonio y su economía. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Civil,* Tomo IV, vol. 1.º, redactado por J. L. Lacruz con la colaboración en los capítulos II a IV, de F. de A. Sancho Rebullida. Barcelona, Bosch.

Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Rivera Hernández, F. y Rams Albesa, J. (1990): *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo IV, vol. 1.º Barcelona, Bosch.

Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F.; Luna Serrano, A.; Delgado Echeverría, J. y Rivera Hernández, F. (1982): *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y Divorcio*. Tomo I, Madrid, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.

Lasarte Álvarez, C. (2011): *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo IV, 10.ª ed., Madrid, Marcial Pons.

— (2011): *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Tomo I, 17.ª ed., Madrid, Marcial Pons.

LLedo Yagüe, F. (2005): «La promesa de matrimonio», en O. Monje Balmaseda (coord.), *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia.* Tomo IV, 2.ª ed., corregida y adaptada a las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio. Madrid, Dykinson, págs. 34-35.

Martín Granizo, M. y Albacar López, J. L. (1991): *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, Trivium.

O'Callaghan Muñoz, X. (2001): *Código Civil: Comentado y con jurisprudencia*. Madrid, La Ley.

Ortega Pardo, G. (1945): «La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año 8, Tomo IX (177 de la colección), págs. 611-633.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1989): *Derecho de Familia*. Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Puig Brutau, J. (1990): *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, Bosch.

Puig Peña, F. (1947): *Tratado de Derecho Civil español. Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio*, Tomo II, vol. 1.º, Madrid, Revista de Derecho Privado.

— (1976): *Compendio de Derecho Civil español. Familia y Sucesiones*, Tomo V, 3.ª ed., revisada y puesta al día. Madrid, Pirámide.

Ravà, A. (1935): *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*. Italia, Padova.

Reales Espina (2000): *La obligación natural en el Código Civil*. Granada, Comares.

Reina, V. y Martinell, J. M.ª (1995): *Curso de Derecho Matrimonial*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.

Sánchez Román, F. (1912): *Estudios de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo V, vol. 2.º, 2.ª ed., reformada, corregida y ampliada. Madrid.

SANCHO REBULLIDA, F. A. (1978): «Comentario a los artículos 43 y 44 del Código Civil», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo II. Madrid, Edersa.

SERRANO ALONSO, E. (2005): *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*. Con la colaboración de C. SERRANO GÓMEZ y E. SERRANO GÓMEZ. Madrid, Edisofer.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1999): *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. Barcelona, Bosch.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2007): *Derecho de Familia y de la Persona*. Barcelona, Bosch.

NOTAS

[1] Este trabajo es uno de los resultados del Programa de promoción de la investigación de la UNED en calidad de Personal de Investigación del Departamento de Derecho Civil de la UNED dirigido por el Catedrático Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, siendo la Directora de dicha Beca la Profesora M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, a quienes agradezco su apoyo constante.

[2] Literalmente era: Título IV Del matrimonio, Capítulo Primero Disposiciones generales, *Sección primera. De las formas del matrimonio:* Artículo 42. «La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código»; *Sección segunda. Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio:* Artículo 43. «Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento». Artículo 44. «Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, solo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

[3] Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil *(BOE* 99, de 25 de abril de 1958).

[4] «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

[5] «El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

[6] Vid., GARCÍA VARELA, R. (2000), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en I. GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil.* Barcelona, Bosch, pág. 609; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001), *Código Civil: Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, La Ley, pág. 100.

[7] Vid., las aportaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil,* 2.ª ed., Madrid, Civitas, pág. 40.

[8] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil,* Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 257.

[9] Vid., en este sentido, LLEDO YAGÜE, F. (2005), «La promesa de matrimonio», en O. MONJE BALMASEDA (coord.), *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia.* Tomo IV, 2.ª ed., corregida y adaptada a las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio. Madrid, Dykinson, pág. 34.

[10] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en J. RAMS ALBESA y R M.ª MORENO FLÓREZ (coord.), *Comentarios al Código Civil.* Barcelona, Bosch, pág. 468; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., págs. 41 y sigs.

[11] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 469; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 41.

[12] En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011), *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la persona*, Tomo I, 17.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pág. 382, dice que: «en caso de que la voluntad humana sea la causa genética de una determinada forma de proceder por parte de cualquiera, se deja de hablar de hecho, para pasarse a hablar de acto». Por otra parte, afirma que «cuando dichos actos tengan consecuencias jurídicas, se deberá recurrir a la expresión de acto jurídico. Por lo que en dicha línea tendrían la consideración de actos jurídicos las conductas o actuaciones humanas, que sean realizadas de forma consciente y voluntaria. Conductas a las que el Ordenamiento jurídico atribuye cualquier tipo de efectos o consecuencias», y vid., LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA J. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1982), *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*. Tomo I, Madrid, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, pág. 53.

[13] En este punto, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 468, sostiene que «no podría ser de otra forma respecto de una actuación no solo generalizada, sino que además se encuentra requerida por la lógica de las cosas en cualquiera de sus variantes».

[14] Vid., *ibídem.*

[15] Vid., BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia.* Madrid, Tecnos, págs. 110-111.

[16] «3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

[17] En este sentido, vid., BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 111.

[18] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 43.

[19] Vid., en los mismos términos, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA J. y RIVERA HERNÁNDEZ, F. (1982), *op. cit*., pág. 53.

[20] Vid., entre otros, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (2001), *Comentarios al Código Civil,* Pamplona, Aranzadi, pág. 144.

[21] Este principio, que ha sido reconocido por los tratados internacionales como un verdadero y propio Derecho de la persona, en la actualidad se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948; en el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España, por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —Nueva York, 19 de diciembre de 1966—, cuyo instrumento de ratificación por España se firmó en Madrid el 13 de abril de 1977, y en el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España, por Instrumento de 16 de diciembre de 1983 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 69, el 21 de marzo de 1984. También este principio se lee en las fuentes romanas: *Libera matrimonia esse placet* [C. 8. 38]; [D. 45, 1, 134 pr. (PAULUS, *libro XV, Responsorum*)].

[22] «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta».

[23] «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

[24] Vid., SERRANO ALONSO, E. (2005), *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil. Con formularios*. Con la colaboración de C. SERRANO GÓMEZ y E. SERRANO GÓMEZ. Madrid, Edisofer, pág. 46; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 468.

[25] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 257.

[26] Cfr. Artículo 6.3 del Código Civil.

[27] Vid., en este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas derivadas del incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio», en *Curso sobre daños en el Derecho de Familia,* Valencia, Retro-Exprés, pág. 25.

[28] En la misma línea, vid., GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos 42 y 43 del Código Civil», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo II, edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, pág. 32.

[29] Esta cláusula, no contenida en el Proyecto, fue introducida por el informe de la Ponencia, en el Congreso, al aceptarse una enmienda del Grupo Socialista (vid., Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley de 6 de diciembre de 1980, núm. 123, I, 1).

[30] Sobre esta materia, ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1982), *Manual de Derecho Civil español. Familia,* Tomo IV, 7.ª ed. Premio J. González 1957, edición según la Constitución y leyes de reforma del Código Civil (13 de mayo y 7 de julio de 1981 y 13 de julio de 1982). Madrid, Revista de Derecho Privado, pág. 13, mantiene que «con el nuevo texto se añade la falta de efectos de la estipulación prevista para el caso de no celebración, así incorpora de modo expreso una antigua norma que impedía la eficacia de la cláusula penal». Por otra parte, sostiene que «sus mismos efectos negativos se alcanzaban a través de otras normas más generales, como es la ineficacia de cualquier estipulación contraria a la moral».

[31] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 43.

[32] Vid., sobre esta materia, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (1990), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo IV, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, pág. 99; GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 33; GARCÍA VARELA, R. (2000), *op. cit*., pág. 610.

[33] En jurisprudencia, vid., la SAP de Cantabria, de 19 de abril de 2005 [*AC* 2005/2833].

[34] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 257.

[35] En este sentido, vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 469; BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 111.

[36] Así, GARCÍA CANTERO, G. (1959), *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. XI. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Con una presentación de A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, Roma-Madrid, pág. 42, sostiene que «con la prohibición *Ningún Tribunal,* singularmente enérgica, dada su generalidad, se refería a toda clase de órganos jurisdiccionales del Estado. Por lo que esta prohibición es más fuerte que decir que los esponsales no producen acción, debido a que se rechaza *ab origine* la demanda presentada con ese objeto».

[37] Vid., ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1982), «Manual de Derecho Civil…», *op. cit*., pág. 13. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 42.

[38] «2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

[39] Vid., GARCÍA VARELA, R. (2000), *op. cit*., pág. 611; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001), *op. cit*., pág. 100.

[40] En este sentido, BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 259, dice que «la inadmisibilidad procesal es una consecuencia de la ineficacia civil, por lo que la inadmisión deberá extenderse a los dos supuestos», y vid., en idéntica línea, entre otros, MARTÍN GRANIZO, M. y ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1991), *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, Trivium, pág. 500; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1999),

Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. Barcelona, Bosch, pág. 97. Por el contrario, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (2001), *op. cit*., pág. 144, sostiene que «tal inadmisión solo se procede cuando se solicita el cumplimiento de la promesa, pero no cuando se pretende el cumplimiento de los pactos establecidos para el caso de no celebración del matrimonio».

[41] Vid., referencias en ENNECCERUS, L, KIPP, T. y WOLF, M. (1953), «Derecho de Familia», en L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLF, *Tratado de Derecho Civil. El matrimonio,* Tomo IV, vol. I, 2.ª ed., traducido de la 20.ª ed. alemana (sexta revisión) por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS. Barcelona, Bosch, pág. 30; BENITO GOLMAYO, P. (1874), *Instituciones de Derecho Canónico*. Tomo II. Madrid, Librería Sánchez. Imprenta Peñuelas, pág. 39. Por el contrario, vid., GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 65.

[42] En esta línea, PUIG PEÑA, F. (1976), *Compendio de Derecho Civil español. Familia y Sucesiones*, Tomo V, 3.ª ed., revisada y puesta al día. Madrid, Pirámide, pág. 51, dice que «los esponsales tienen en realidad una naturaleza mixta, pues, de una parte, son ciertamente un contrato de Derecho de Obligaciones, pero, por otra, aparecen con discutible influencia en el Derecho de Familia».

[43] Un resumen de argumentos en pro y en contra de la tesis contractualista, puede verse en ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1984), *Manual de Derecho Civil español*. *Familia*, Tomo IV. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 15-16, y vid., las aportaciones en esta materia de CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987), *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia*, *Relaciones Conyugales*, Tomo V, vol. 1.º, undécima edición revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y, J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid, Editorial Reus, pág. 163, quien influido por la obra de KIPP y WOLFF, reproduce la teoría contractualista de los esponsales. En jurisprudencia, este carácter contractual se declara, entre otras, por las SSTS de 13 de enero de 1879 y de 6 de abril de 1929, conforme a las cuales se debían tener en cuenta los principios generales que presiden la formación y los efectos de estos negocios jurídicos. Por el contrario, es excluida su naturaleza contractual por DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., págs. 47-48.

[44] En este sentido, GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 63 y (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 43, entendía con anterioridad a la reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, y también, en la actualidad, que «los esponsales civiles son un negocio jurídico familiar, de carácter preparatorio, mediante el cual los prometidos se obligan a celebrar matrimonio civil», por lo que la obligación de indemnizar se funda en la violación de este negocio jurídico, «si bien a este no se le reconoce eficacia jurídica en cuanto a su fin principal». En idéntico sentido, con anterioridad a la reforma, vid., DÍEZ-PICAZO, L. (1980), *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, Madrid, Estudios de Derecho Privado, Civitas, pág. 35.

[45] En la doctrina italiana, vid., según el Código Civil italiano de 1865, esta teoría era sostenida, entre otros, por RAVÀ, A. (1935), *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*. Italia, Padova, pág. 188. Entre los autores posteriores al Código Civil italiano de 1942, la defienden, entre otros: CANDIAN, A. (1951), «Gli sponsali come fonte negoziale di aspettativa. Le lettere dei fidamzati», en *Temi*, pág. 478.

[46] Vid., Artigo 1.591 del Código Civil Portugués de 1966.

[47] En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (1990), *op. cit*., págs. 98-99, sostienen que «los esponsales no son un negocio jurídico, sino un negocio social o privado, por lo que la obligación nacida de la ruptura inmotivada del acuerdo de esponsales o de la promesa unilateral de matrimonio deberá ser calificada de obligación *ex lege*». Por el contrario, vid., las aportaciones de PUIG BRUTAU, J. (1990), *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, pág. 98.

[48] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia.* Navarra, Aranzadi, págs. 122-123.

[49] En jurisprudencia, entre otras, vid., las SSAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [*AC* 1994/2380]; de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [*JUR* 2001/66878], y de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [LA LEY, 2005/97741].

[50] Vid*.,* en este sentido, las SSAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [*AC* 2000/4476]; de Granada, Sección 3.ª, de 11 de diciembre de 2003 [LA LEY, 2003/207274]; de Barcelona, de 8 de octubre de 2004 [*JUR* 2004/303882], y de Madrid, de 24 de marzo de 2004 [*JUR* 2004/248652].

[51] Vid*.,* SANCHO REBULLIDA, F. A. (1978), «Comentario a los artículos 43 y 44 del Código Civil», en M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo II. Madrid, Edersa, págs. 31-32.

[52] Esta posición es apoyada, entre otros, por GUBERN SALISACHS, S. (1947), *La ruptura de la promesa matrimonial y la reducción de la mujer ante el Derecho y la Ley*. Barcelona, Bosch, pág. 15; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912), *Estudios de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo V, vol. 2.º, 2.ª ed., reformada, corregida y ampliada. Madrid, pág. 34.

[53] La obligación natural se define como un débito sin responsabilidad, como una obligación moral de carácter patrimonial o como una obligación civil desprovista de cobertura (vid., REALES ESPINA (2000), *La obligación natural en el Código Civil*. Granada, Comares).

[54] Vid., MARTÍN GRANIZO, M. y ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1991), *op. cit*., pág. 499; PUIG BRUTAU, J. (1990), *op. cit*., págs. 99 y sigs.

[55] Vid., en este sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.ª T., *Responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares*. *Apud cit*. CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 121.

[56] Vid., las aportaciones de CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., págs. 124-125. Por cuanto atañe a los actos jurídicos en sentido estricto, vid., ALBALADEJO GARCÍA, M. (1958), *El negocio jurídico*. Barcelona, Librería Bosch, pág. 29.

[57] En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989), *Derecho de Familia*. Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, págs. 28-29, sostiene que «se trata simplemente del elemento de un hecho jurídico complejo cuyo efecto jurídico se concreta en la imputación del detrimento causado por ciertos gastos y obligaciones». Desde el punto de vista jurisprudencial, vid., la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000 [LA LEY, 2000/150535].

[58] Vid., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid, Ceura, pág. 92; CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., págs. 125-126; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 49.

[59] CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., págs. 125-126, sostiene que «en el campo de las obligaciones humanas resulta innegable que quien promete algo genera una confianza en el destinatario de la promesa, por lo que afirmar lo contrario sería negar la evidencia. Además, de que este es el principio del que parte el legislador en tema de promesa de matrimonio», y vid., DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS (coords.), Tomo IV, vol. 4.º Madrid, Tecnos, págs. 65-66; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 49.

[60] Así, DE CUPIS, A. (1975), *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducido de la segunda edición italiana por Á. MARTÍNEZ SARRIÓN. Barcelona, Bosch, pág. 436, entiende que «nos encontramos ante un concreto supuesto de *culpa in contrahendo*».

[61] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1977), *El error en el matrimonio*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, pág. 376.

[62] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1998), «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, pág. 700, y vid., ALONSO PÉREZ, M. (1971), «La responsabilidad precontractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, pág. 877.

[63] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 126.

[64] Para BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 112, mientras que la indemnización se apoya en la ilicitud del acto, el reembolso se funda en un empobrecimiento que se justifica en que se ha sufrido por interés de aquella o por su causa.

[65] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 128.

[66] Vid*.,* en jurisprudencia menor, entre otras, las SSAP de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de marzo de 1999 [LA LEY, 199/8490]; de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [LA LEY, 2005/97741].

[67] Proximidad a la mayoría de edad, posible emancipación o dispensa.

[68] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 51.

[69] En jurisprudencia, vid., la SAP de Barcelona, de 8 de octubre de 2004 [*JUR* 2004/303882].

[70] Vid., la SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [LA LEY, 2005/97741].

[71] Vid., las aportaciones de REINA, V. y MARTINELL, J. M.ª (1995), *Curso de Derecho Matrimonial*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, pág. 267.

[72] Cfr., párrafo primero del artículo 43 del Código Civil.

[73] «Artículo 46: No pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados. 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial».

[74] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 36; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 51.

[75] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 475.

[76] Este sería el caso, por ejemplo, del menor emancipado que ha contraído nupcias con dispensa y, en consecuencia, ya se encuentra emancipado por matrimonio.

[77] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 131.

[78] «2. El juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores».

[79] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 36.

[80] Por el contrario, vid., las argumentaciones de BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*.., pág. 260 y (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 116.

[81] «3. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

[82] Vid., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit*., págs. 100-101.

[83] Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 52.

[84] En este sentido, GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 40, aludiendo a la sustitución en trámite del Senado de *seria* por *cierta,* dice que «esta exigencia se concreta en que sea debidamente probada, constando su existencia por cualquiera de los medios admitidos en Derecho», y vid., las aportaciones de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas…», *op. cit*., pág. 27.

[85] En este punto, ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1984), «Manual de Derecho Civil…», *op. cit*., pág. 14, dice que «la certeza alude al tema probatorio y al no exigirse ninguna prueba singular quedará sujeta en su apreciación a las reglas generales». También, vid., DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *op. cit*., pág. 64.

[86] En jurisprudencia, entre otras, vid., las SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [*AC* 2000/4476], y la STS de 16 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996/9020].

[87] En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006), *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, 10.ª ed., Madrid, Edisofer, pág. 37, sostiene que «el legislador al pedir que haya una promesa cierta o verdadera de matrimonio, implica el que pida que haya promesa *seria* de casarse». Vid., también, SANCHO REBULLIDA, F. A. (1978), *op. cit*., pág. 36; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 50; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (2001), *op. cit*., pág. 145; BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 260.

[88] En jurisprudencia menor, entre otras, vid., las SSAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [*AC* 1994/2380]; de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de junio de 2008 [LA LEY,

22008/135854]; de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2005 [LA LEY, 2005/97741]. Por el contrario, la SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000 [*AC* 2000/1134], desestimó la demanda resarcitoria, al considerar que «no se podía deducir la existencia de la *promesa cierta de matrimonio* debido a que de la correspondencia aportada el matrimonio era un mero proyecto».

[89] En esta línea, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2007), *Derecho de familia y de la persona*. Barcelona, Bosch, pág. 29, sostiene que «evidentemente la promesa de matrimonio ha de ser verdadera, por lo que el calificativo parece indicar que se ha de tratar de una auténtica promesa de casarse y no un simple ofrecimiento o una afirmación». Vid., también las aportaciones de BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 260; Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 13 de marzo de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 123-I, págs. 855-856.

[90] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 50.

[91] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 133; GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo de matrimonio…», *op. cit*., págs. 133-134.

[92] En Jurisprudencia menor, vid., la SAP de Navarra, de 2 de abril de 2001 [Vlex, 2001/105].

[93] Vid., BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 116, y vid., en esta materia, el Preámbulo de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

[94] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., págs. 50-53; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 474.

[95] Vid., MARTÍN GRANIZO, M. y ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1991), *op. cit*., pág. 500.

[96] Vid., REINA, V. y MARTINELL, J. M.ª (1995), *op. cit*., pág. 270.

[97] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 55; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 475.

[98] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 135. También, en este sentido, BADOSA COLL, F. (1984), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 117, dice que: «aún cuando el ámbito de la causa se haya extendido como consecuencia de no requerir que además sea justa, esta exclusión no se puede llevar a que equivalga a una práctica discrecionalidad, debido a que entonces su alusión sería inútil» («Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 117).

[99] En jurisprudencia, vid., la SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000 [*AC* 2000/4476].

[100] En jurisprudencia, vid., la SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2001 [*JUR* 2001/46609].

[101] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 261.

[102] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 138.

[103] Así se afirma en la STS de 16 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996/9020].

[104] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 476. En jurisprudencia, entre otras, vid., las SSAP de Zaragoza, de 11 de febrero de 1994; de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000 [LA LEY, 2000/150535].

[105] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 261; CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 139.

[106] La doctrina entendía que el documento privado podía ser cualquiera que contuviera dicha promesa de matrimonio [vid., PUIG PEÑA, F. (1947), *Tratado de Derecho Civil español. Derecho de Familia. Teoría general del matrimonio*, Tomo II, vol. 1.º, Madrid, Revista de Derecho Privado, pág. 71].

[107] Vid., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit*., pág. 101; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1999), *op. cit*., pág. 103.

[108] Principio de libertad de forma que con anterioridad a la Reforma practicada por Ley 30/1981, de 7 de julio, ya fue postulado por GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 62.

[109] Adverbio que, con esta finalidad limitativa, fue la única modificación introducida sobre el informe de la Ponencia a los artículos 42 y 43 por la Comisión del Congreso, sobre el texto aprobado tras la aceptación parcial de la enmienda que al Proyecto de Ley formularon los Grupos parlamentarios de los socialistas vascos, catalanes y andalucistas, reforzándose con ello el sentido de la norma (vid., Boletín de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, de 30 de diciembre de 1980, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 123-II, pág. 868/23).

[110] Vid., SANCHO REBULLIDA, F. A. (1978), *op. cit*., pág. 39; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., págs. 56-57; GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., págs. 59-60; ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLF, M. (1953), *op. cit*., págs. 50-51.

[111] «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

[112] En este sentido, CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 140, sostiene que «es la propia idea de ilicitud la que el legislador excluye de forma radical de la concepción misma de la figura de la promesa. Por tanto, la tutela del principio de libertad matrimonial es el que excluiría *in radice* que se pudiera hablar de ilicitud en tema de promesa de matrimonio. Por lo que la ruptura de la promesa nunca es ilícita. No lo es en ningún caso. Ello en lo tocante a la tutela de libertad matrimonial. Pero como esta no puede ser la única perspectiva a tener en cuenta. De ahí, la posible existencia del reembolso».

[113] Vid., la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de julio de 2000 [LA LEY, 2000/150535].

[114] En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011), *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo IV, 10.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pág. 37, sostiene que «el legislador trata de evitar lo que podríamos denominar, sin sentido técnico desde luego, un empobrecimiento sin causa». Por el contrario, vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 140.

[115] En Jurisprudencia menor, vid., la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [*AC* 1994/2380].

[116] En este sentido, BUSTO LAGO, J. M. (1998), «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de la promesa de matrimonio», en *Revista de Derecho Privado,* núm. 82, pág. 263, establece que «la pretensión indemnizatoria no se dirige al interés positivo —al interés de cumplimiento— representado, en este supuesto, por la celebración del matrimonio, sino al interés negativo derivado del incumplimiento de la promesa de matrimonio, de forma que no haya que indemnizar las ventajas que hubiese reportado la celebración del matrimonio, sino determinados perjuicios que la resolución, sin justa causa, de la promesa le haya acarreado al promitente defraudado en su confianza y en sus legítimas expectativas», y vid., en idéntico sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 477; ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLF, M. (1953), *op. cit*., págs. 43-44 y 50-51.

[117] En jurisprudencia, vid., la STS de 16 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996/9020].

[118] De esta opinión, entre otros, vid., las aportaciones de BUSTO LAGO, J. M. (1998), *op. cit*., pág. 263; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1975), *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Bienes, Familia y Sucesiones*. Tomo II, 2.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, pág. 385; GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 41; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001), *op. cit*., pág. 101; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *op. cit*., pág. 64; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit*., pág. 103.

[119] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 60, y las aportaciones de SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912), *op. cit*., pág. 463.

[120] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., págs. 41-42; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas…», *op. cit*., pág. 31; ORTEGA PARDO, G. (1945), «La ruptura de esponsales en el Derecho español vigente», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Tomo IX (177 de la colección), pág. 628.

[121] Vid., artículo 1954.3 del Código Civil portugués. Precepto integrado en el capítulo II, que lleva por rúbrica «Promessa de casamento», contenido en el Título II dedicado al casamiento, del Libro IV sobre el Derecho de Familia.

[122] Así lo ponían de manifiesto los anotadores al sostener que «se sobreentiende que los gastos para ser indemnizables han de resultar proporcionados a las circunstancias» [ENNECCERUS, L.; KIPP, T, y WOLF, M. (1953), *op. cit*., pág. 51].

[123] En este sentido, LLEDO YAGÜE, F. (2005), *op. cit*., pág. 34, añade que «esta obligación se refiere a las cantidades abonadas con posterioridad a la promesa de matrimonio y directamente vinculadas a ella». Vid., también, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2001), *op. cit*., págs. 100-101; DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2007), «Los esponsales en la actualidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, pág. 814; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987), *op. cit*., pág. 169.

[124] Vid., BADOSA COLL, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 261; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 56.

[125] Un análisis jurisprudencial sobre los gastos y obligaciones susceptibles o no de reembolso, vid., ABAD ARENAS, E. y MORETÓN SANZ, M.ª F. (2013), «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: acción de resarcimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esponsales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 3500-3517.

[126] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 56; PUIG PEÑA, F. (1947), «Tratado de Derecho…», *op. cit*., pág. 76; GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 41; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas…», *op. cit*., págs. 31-32; ORTEGA PARDO, G. (1945), *op. cit*., pág. 628; DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2007), *op. cit*., pág. 815; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1999), *op. cit*., pág. 103; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1987), *op. cit*., pág. 169. En Jurisprudencia, vid., entre otras, las SSAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [*AC* 1994/2380]; de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007 [LA LEY 2007/154596]; de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2001 [*JUR* 2001/46609]; de Barcelona, de 8 de octubre de 2004 [*JUR* 2004/303882]; de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2007 [LA LEY 2007/154596], y de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de junio de 2008 [LA LEY 22008/135854].

[127] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *op. cit*., pág. 64.

[128] Vid., artículos 1592 y 1593 del Código Civil portugués.

[129] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 72.

[130] Vid., ORTEGA PARDO, G. (1945), *op. cit*., pág. 629.

[131] En este sentido, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit.,* pág. 104, sostienen que «rota la promesa, cabe el deber recíproco de restitución, debido a que los actos de disposición implícitos en ese intercambio de cartas y fotografías entre los promitentes afectan a los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de las personas, por lo que se deben considerar subordinados a la celebración del matrimonio, de modo que si este no tiene lugar, las cartas y fotografías se deberían restituir de forma recíproca por los promitentes». Por el contrario, GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo de matrimonio…», *op. cit*., pág. 74, sostiene que «la devolución de la correspondencia solo podrá tener lugar invocándose a la costumbre jurídica, ya que otra forma de protección parece problemática, teniendo en cuenta que los derechos de la personalidad no han alcanzado, en nuestro ordenamiento un desarrollo completo». Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO GARCÍA, M. (1963), *Derecho de Familia: El matrimonio y su economía. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Civil,* Tomo IV, vol. 1.º, redactado por J. L. LACRUZ, con la colaboración en los capítulos II a IV, de F. DE A. SANCHO REBULLIDA. Barcelona, Bosch, pág. 54, entienden que: «en principio, parece normal su restitución únicamente por el que rompe sin motivo la promesa de matrimonio, cuando no se hayan destruido, siendo esta obligación más apremiante cuando contengan documentos tales como testamentos holográficos, reconocimientos de deuda o, puedan ser objeto de uso indebido por parte de quien las recibió».

[132] En jurisprudencia, la STS de 16 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996/9020], y la SAP de Teruel, de 21 de diciembre de 2000 [*JUR* 2001/66878], declaran que «aquellos se encuentren en directa relación con el matrimonio proyectado».

[133] Sobre si el interés negativo comprende también el lucro cesante o las ventajas que la parte perjudicada hubiera podido obtener por haber perdido otro negocio, vid., DÍEZ-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato,* Tomo I, Madrid, Civitas, págs. 279-280.

[134] Desde el punto de vista jurisprudencial, entre otras, vid., las SSAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000 [*AC* 2000/1134]; de Granada, Sección 3.ª, de 11 de diciembre de 2003 [LA LEY 2003/207274], y de Barcelona, de 8 de octubre de 2004 [*JUR* 2004/303882].

[135] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 145.

[136] Vid., CARRIÓN OLMOS, S. (2006), *op. cit*., pág. 146.

[137] Vid., BUSTO LAGO, J. M. (1998), *op. cit*., pág. 264; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas…», *op. cit*., pág. 34; LLEDO YAGÜE, F. (2005), *op. cit*., pág. 34; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *op. cit*., pág. 64; GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 9.

[138] En Jurisprudencia, entre otras, vid., la STS de 16 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996/9020], y la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994 [*AC* 1994/2380].

[139] Vid., ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., págs. 58-59; ESPÍN CÁNOVAS, D. E. (1984), «Manual de Derecho Civil...», *op. cit*., pág. 15; BUSTO LAGO, J. M. (1998), *op. cit*., págs. 264-265.

[140] Término que abarca a todo aquel que no evita un daño evitable o, que actúa queriendo o, aceptando el daño.

[141] Esta cuestión ha sido salvada por el legislador portugués, al contemplar de forma expresa como presupuesto de la obligación indemnizatoria la ruptura de la promesa de matrimonio sin justo motivo o por culpa de alguno de los promitentes [artigo 1.594].

[142] En idéntico sentido, vid., DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988), *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo II. Madrid, Civitas, pág. 386.

[143] En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *op. cit*., pág. 64, estiman que «también gozará de tal legitimación el promitente que rompe su promesa justificadamente y en virtud de causa que sea imputable a la otra parte». Este último extremo también se encuentra consagrado por el artículo 81 del Código Civil italiano de 1942, conforme al cual se sujeta a responsabilidad no solo al promitente que, sin justa causa, se niega a cumplir la promesa, sino también a aquel que, con su propia culpa, ha dado justa causa al otro para negarse a celebrar el matrimonio. También, vid., las argumentaciones de GARCÍA CANTERO, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 56; REINA, V. y MARTINELL, J. M.ª (1995), *op. cit*., pág. 272; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit*., pág. 103.

[144] En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006), «Consecuencias económicas…», *op. cit*., pág. 29, afirma que «el artículo 43 del Código Civil concede dicha legitimación a la parte cuya confianza en la celebración de las nupcias quiebra, como consecuencia de la negativa, sin causa de la otra, a cumplir la promesa».

[145] Vid., MARTÍN GRANIZO, M. y ALBACAR LÓPEZ, J. L. (1991), *op. cit*., pág. 501.

[146] Vid., GARCÍA CANTERO, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 39; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. (2001), *op. cit*., pág. 144; ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLF, M. (1953), *op. cit*., pág. 50.

[147] Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1994), *op. cit*., pág. 57.

[148] Este encuadramiento es tanto de la legislación portuguesa [artigo 1.594], como la alemana [§ 1.298 del Código Civil alemán de 10 de diciembre de 1907], legislaciones ambas en las que se hace alusión a los padres y a quienes actúen en nombre o lugar de los mismos.

[149] Vid., las argumentaciones de DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.ª D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (2007), *op. cit*., pág. 103.

[150] Vid., artículo 1342 del Código Civil.

[151] Vid., la SAP de Huelva, de 14 de enero de 1998 [*AC* 1998/2720].

[152] Cfr., Artículo 1902 del Código Civil.

[153] Vid., García Cantero, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 61; Martín Granizo, M. y Albacar López, J. L. (1991), *op. cit*., pág. 502, y vid., Lasarte Álvarez, C. (2011), «Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia…», *op. cit*., pág. 37, entiende que esta imposibilidad de interrupción es conforme con la relativa relevancia jurídica de los esponsales no seguidos de la celebración de matrimonio (...). También y pese a la inexactitud que presenta el artículo 81 del Código Civil italiano de 1942, la doctrina italiana se ha pronunciado de forma unánime al calificar este plazo de caducidad y no de prescripción. Así como el legislador alemán, pero a diferencia del caso español, en su parágrafo 1.302 hace referencia de forma expresa a la prescripción.

[154] Vid., Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2006), *op. cit*., pág. 64; Asúa González, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478; Delgado Echeverría, J. (1994), *op. cit*., pág. 58.

[155] Vid., García Varela, R. (2000), *op. cit*., pág. 613; García Cantero, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 42; O'Callaghan Muñoz, X. (2001), *op. cit*., pág. 101 Reina, V. y Martinell, J. M.ª (1995), *op. cit*., pág. 273.

[156] Vid., Lasarte Álvarez, C. (2011), «Principios de Derecho Civil. Parte General…», *op. cit*., pág. 141.

[157] Vid., Delgado Echeverría, J. (1994), *op. cit*., pág. 58.

[158] Vid., en este sentido, Badosa Coll, F. (1991), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., pág. 260.

[159] Vid., las aportaciones de Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F. de A.; Luna Serrano, A.; Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J. (1990), *op. cit*., pág. 100.

[160] En este punto, Lacruz Berdejo, J. L. y Albaladejo García, M. (1963), *op. cit*., nota 15, pág. 54, añaden que «si no se hubiera fijado fecha para la boda, habrá de estarse a la valoración social libremente apreciada por el juez».

[161] Vid., Delgado Echeverría, J. (1994), *op. cit*., pág. 58; Asúa González, C. I. (2000), *op. cit*., pág. 478.

[162] Vid., García Cantero, G. (1959), «El vínculo del matrimonio…», *op. cit*., pág. 61.

[163] Vid., Lacruz Berdejo, J. L. y Albaladejo García, M. (1963), *op. cit*., pág. 54, nota 15; Delgado Echeverría, J. (1994), *op. cit*., pág. 58.

[164] Vid., Reina, V. y Martinell, J. M.ª (1995), *op. cit*., pág. 273; De la Iglesia Monje, M.ª I. (2007), *op. cit*., pág. 815; García Cantero, G. (1982), «Comentarios a los artículos…», *op. cit*., págs. 42-43.

[165] Vid., Delgado Echeverría, J. (1994), *op. cit*., págs. 57-58; Ortega Pardo, G. (1945), *op. cit*., pág. 628; Sancho Rebullida, F. A. (1978), *op. cit*., pág. 40.

(Trabajo recibido el 5-10-2012 y aceptado para su publicación el 14-1-2014)

En torno a la naturaleza jurídica del precontrato

On the legal status of the preliminary contract

por

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

RESUMEN: Una de las instituciones que han venido alcanzando protagonismo en nuestros días es la figura del precontrato, dada su presencia en la práctica y su incuestionable utilidad. No obstante, ha de ser deslindada de otros institutos que nos puedan llevar al equívoco y, sobre todo, clarificar cuál es su naturaleza jurídica, lo que nos conducirá a entender sus posibles consecuencias jurídicas.

ABSTRACT: One of the institutions that have come reaching protagonism in our days is the figure of the contract preliminary, given their presence in the practice and their unquestionable utility. Nevertheless, it must be delimited of other institutes that can take us to the misunderstanding and, mainly, to clarify which their artificial nature is, what will lead us to understand its possible juridical consequences.

PALABRAS CLAVE: Contrato, fases del contrato, precontrato, teorías, naturaleza jurídica.

KEY WORDS: Contract, phases of the contract, contract preliminary, theories, category.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: FASES DEL CONTRATO.—II. UNA BREVE REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.—III. A PROPÓSITO DEL PRECONTRATO: 1. CONCEPTO. 2. INDIVIDUALIZACIÓN DEL PRECONTRATO RESPECTO DE OTRAS FIGURAS. 3. EN ESPECIAL, SU NATURALEZA JURÍDICA: 3.1. *Teorías sobre el particular.* 3.2. *Nuestra posición*.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: FASES DEL CONTRATO

Como sabemos, el camino recorrido por un contrato atraviesa diversas fases. En tanto que la doctrina clásica[1] prefiere hablar de tres fundamentalmente —generación, perfección y consumación—, nosotros preferimos, más bien, añadir una cuarta, e intercalar entre la de perfección y consumación, la correspondiente a su eficacia.

En efecto, la trayectoria del contrato, a nuestro juicio, presenta varias etapas que van desde su gestación o formación, proceso interno de generación del contrato; pasando por la de perfección[2], determinada, como veremos, cuando se cruzan las voluntades de los contratantes; se suma la de producción de efectos (eficacia) y, por último, la de su consumación, de ejecución o cumplimiento, esto es, la que consiste en la realización del fin perseguido, que desemboca en el momento final del mismo, si el contrato es de tracto único, como sucede en una venta de contado, o bien supone el inicio del momento final, de ser un contrato de tracto sucesivo, como ocurre en el caso del arrendamiento, la renta vitalicia o una venta a plazo.

En un intento de simplificación, también se ha propuesto[3] que, en verdad, lo que existe en el camino de confección del contrato es, por un lado, la fase de preparación y, por otro, la de ejecución, con un punto de inflexión en el de su perfección.

Siguiendo el planteamiento señalado, distinguiremos las siguientes etapas o grados de desarrollo del contrato:

A) El contrato se inicia con la fase de *gestación o preparatoria,* que constituye el proceso interno relativo a su formación y preparación, de naturaleza precontractual[4], y que, tradicionalmente, ha sido relegada por el interés que ha acaparado el tema de la perfección del contrato, que no es sino el momento postrero en el proceso de formación, que arranca con los tratos preliminares y sigue con la formulación de una oferta que es aceptada.

A los fines de salvar el relegamiento apuntado, se pretende desgajar esta fase de gestación de la de perfección del contrato, limitada a la concurrencia de oferta

y aceptación. Prueba de ello es la importancia que ha venido adquiriendo lo concerniente a los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual, sobre todo cuando entramos en el ámbito de la denominada contratación en masa, en la que el potencial destinatario del contrato —consumidor— se presenta como débil jurídico necesitado de protección, finalidad a la que contribuirá, sin lugar a dudas, una mejor formación de la voluntad en el contrato[5].

Y es que los contratos comportan habitualmente operaciones de cierta envergadura, razón por la cual las partes precisan de un periodo de tiempo para deliberar y fijar las condiciones del futuro acuerdo, de tal manera que el contrato se va formando en un intervalo de tiempo[6].

En efecto, para la formación del contrato se precisa la concurrencia de todos los elementos del mismo y son estos, a su vez, los que fundamentan los efectos del contrato. Sin embargo, la gestación no tiene que coincidir ineludiblemente con la validez del contrato, puesto que el contrato ya formado puede adolecer de invalidez, tal como sucede, por ejemplo, cuando padece algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia).

Por lo general, el consentimiento no se forma de modo instantáneo[7], más aún si presenta un interés económico relevante, sino que suele ser precedido de una serie de conversaciones o tratos dirigidos a realizar posiblemente el contrato.

Detectar si las partes se han quedado en la fase de las negociaciones o se ha perfeccionado el contrato constituye una cuestión de hecho que no descansa en criterios objetivos, sino más bien en indagar la voluntad de las partes.

B) Cuando nos referimos a la *perfección del contrato,* según veremos en el apartado siguiente, aludimos al momento de su nacimiento, para lo cual se requiere la concurrencia de todos sus elementos, que serán unos u otros en función de la modalidad de la que se trate: de ser consensual, basta el consentimiento de las partes; si es real, además, requerirá la entrega de la cosa (*datio rei*); y, si es solemne, amén del consentimiento, precisará la observancia de la forma establecida.

Del mismo modo, distinto de la perfección del contrato es lo relativo a su validez[8], puesto que el contrato puede haber nacido para el Derecho, haberse perfeccionado y, no obstante, ser inválido, como ocurre cuando medió algún vicio en el consentimiento —error, dolo o violencia—.

C) *Eficacia.* Se refiere al momento en el que el contrato produce efectos, que no tiene que coincidir necesariamente con el de su gestación, toda vez que ha podido ya formarse y no ser todavía eficaz[9].

La eficacia del contrato coincidirá con el momento de su perfección si es de perfección instantánea, esto es, cuando su preparación es obra de un solo acto de los otorgantes que no ha sido precedido por ningún otro[10], lo cual suele suceder en los contratos de escaso valor económico o contentivos de operaciones estandarizadas, que no precisan de elaboración o discusión. Aún así, en estas denominadas perfecciones instantáneas se pueden distinguir los pasos de su

formación, si bien concentrados en un solo acto, esto es, las dos voluntades de las partes que contratan se manifiestan y exteriorizan al mismo tiempo[11].

Cuando se trata de contratos de perfección diferida, el iter formativo[12] suele partir de los tratos preliminares, que, de inicio, carecen de fuerza negocial; continuando con los contratos preparatorios (acuerdo de intenciones, contratos normativos, pacto preferencial, contrato de opción y precontrato), que cuentan con fuerza obligatoria, si bien no contienen aún el contrato definitivo; hasta llegar, por fin, al contrato definitivo que se pretende alcanzar, que resultará tras la aceptación de la oferta contractual.

Para que un contrato sea eficaz debe reunir los requisitos de eficacia, los cuales solo condicionarán la producción de efectos, aun cuando no sean base de dichos efectos. Los requisitos de eficacia tanto pueden ser voluntarios, si dependen de la voluntad de las partes (condición), o legales, si los exige la ley (celebración del matrimonio respecto de las capitulaciones matrimoniales).

D) *Consumación*[13]. Constituye el momento final y supone la realización del fin perseguido en el contrato, de manera que se produce su ejecución o cumplimiento. El contrato se consuma cuando logra el objetivo pretendido, de ahí que también se conozca esta fase como de ejecución o cumplimiento.

Surge una nueva situación como consecuencia del contrato celebrado, puesto que se ha alcanzado el objetivo pretendido; así, por ejemplo, en sede de compraventa, el vendedor se ha convertido en dueño de la cosa comprada y el comprador ha adquirido la propiedad del precio recibido a cambio, con lo que se ha verificado el logro de lo que ambos perseguían.

En todo caso, debemos diferenciar al respecto los contratos de perfección única o diferida[14], según que el intercambio de la oferta y la aceptación se produzca de modo inmediato sin solución de continuidad[15], o bien que la aceptación tenga lugar en un momento posterior a la oferta[16]. Incluso en los supuestos de perfección única podrían distinguirse diversas fases, no obstante estén comprimidas en un solo acto[17].

Vamos a detenernos en el camino recorrido por los contratos de perfección diferida, trayectoria surcada por diferentes etapas[18]: desde los tratos preliminares, sin fuerza negocial; pasando por el precontrato y la opción, con fuerza vinculante, pero sin incluir todavía el contrato definitivo; y, por fin, oferta y aceptación, que constituyen el contrato definitivo. Ya nuestra jurisprudencia ha reconocido abiertamente la existencia de las diversas fases que pueden darse en la creación del contrato[19].

Aún así, hay que destacar que la formación diferida del contrato no precisa cubrir necesariamente todas la etapas anteriormente mencionadas, puesto que pueden darse unas sin otras (así, por ejemplo, el precontrato sin tratos preliminares, o bien la oferta precedida de tratos preliminares).

II. UNA BREVE REFERENCIA A LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

La regla general en sede contractual es que los contratos son consensuales y se atienen al principio de libertad de forma, en cuya virtud se perfeccionan por el mero consentimiento y, a partir de ese momento, obligan a los contratantes[20], lo que constituye, sin duda, la consagración de la consensualidad contractual, toda vez que «*a la hora de determinar si existe un contrato, no puede partirse de la idea de que (...) solamente puede surgir al mundo de las relaciones humanas por virtud de un documento escrito, sea público o privado, olvidando (...) la libertad de forma que en materia contractual sigue nuestro Código...*»[21].

Como sabemos y según la visión clásica, frente a los contratos consensuales, que se perfeccionan por el consentimiento, los contratos reales requieren, además, la entrega de la cosa (*datio rei*) que constituye el objeto del contrato, no obstante que esta categoría contractual haya sido cuestionada y esté siendo sometida a una profunda revisión[22], pues las nuevas situaciones surgidas de la nueva coyuntura económica han propiciado la aparición de contratos consensuales de algunos contratos tradicionalmente reales por excelencia, como sucede en los de comodato o mutuo, en cuya virtud el prestamista —comodante o mutuante— quedaría obligado a la entrega de la cosa y, por tanto, el prestatario —comodatario o mutuatario— estaría legitimado para exigir el cumplimiento de dicha prestación.

En efecto, en virtud del principio de la libertad contractual, nada obsta para que se pueda pactar que una de las partes prometa a la otra, que lo acepta, dar una cosa en comodato o mutuo, en cuyo caso, más que encontrarnos ante un contrato de comodato o mutuo, estaríamos más bien frente a una promesa de prestar, de manera que solo se convertiría en contrato de prestar cuando se hubiera entregado la cosa en ejecución de la promesa realizada[23]. Admitida tal suposición, sería necesario precisar cuándo media un consentimiento con la intención de vincularse jurídicamente, o bien como expresión de un deber de amistad o cortesía.

En tal sentido, algunos Códigos Civiles apuntan como solución alegar un cambio sustancial en la posición jurídica del prestatario, con la consiguiente puesta en peligro del cumplimiento de la obligación de restituir la cosa recibida para justificar el incumplimiento del deber de entregar la cosa que pesaba sobre el prestamista. Y es que en la medida que nos hallamos en presencia de contratos de gracia o beneficio para una de las partes fundamentalmente, regiría el principio general según el cual a nadie debe perjudicar un favor propio, razón por la cual los tribunales, a nuestro juicio, podrían llegar a relevar al prestamista del cumplimiento de su promesa, en caso de sobrevenir alguna causa que, a su prudente arbitrio, así lo ameritara[24], más aún cuando, en algún Código Civil[25], los tribunales pueden llegar a hacerlo incluso después de consumado el contrato. En la actualidad tales contratos serían más bien consensuales[26] y la entrega de la cosa correspondería a la fase de consumación o ejecución del contrato.

No obstante, el carácter consensual de los contratos no puede admitirse de manera absoluta y, como todo principio general, presenta excepciones, tal como sucede con los contratos formales o solemnes, categoría que exige para su perfeccionamiento la observancia de unas formalidades o solemnidades, ya requeridas por la voluntad de las partes, ya por disposición de la ley; de tal manera que en estos casos, el contrato resultará perfeccionado en el momento que la forma se cumplimente[27], razón por la cual, hasta ese momento, solo estaríamos ante una fase precontractual de negociaciones entre las partes.

Así pues, la perfección del contrato se asienta en la figura del consentimiento, expresado en el momento del concurso de la oferta y la aceptación[28] sobre la causa y el objeto cierto que sea materia del contrato[29], momento en el que las partes consienten en obligarse[30] y, en cuya virtud se expresa un concierto de voluntades serio y deliberado en torno a la definición de los derechos y obligaciones de los contratantes, de tal manera que en todo contrato y, más propiamente en los bilaterales, existe un núcleo contenido en sus cláusulas explícitas o implícitas —fruto del desarrollo del mismo—, al que habría que añadir el de las consecuencias naturales complementarias de aquellas para que se produzca la consumación del contrato, teniendo como base los principios generales de la buena fe y de la equivalencia de las prestaciones, que rigen en materia contractual[31].

En efecto, el núcleo propio del contrato se manifiesta no solo en las cláusulas explícitas del mismo, sino también en las implícitas que aparecen a lo largo de su desarrollo, sin omitir las vinculaciones que son consecuencia natural de ambas y que son necesarias para la consumación total del contrato, sobre la base de los principios generales que rigen y han de presidir la contratación (buena fe y equivalencia de las prestaciones, entre otros).

Es decir, primero las partes consienten en obligarse (perfección de primer grado), luego se obligan (perfección de segundo grado) y, por fin, ejecutan el contrato, ejecución que podría, incluso, diferirse.

Por otro lado, el consentimiento nos presenta dos perspectivas claramente diferenciadas[32]: la subjetiva, de formación interna, que incide en la toma íntima de una decisión libre, consciente y seria de cada uno de los contratantes en torno a las consecuencias y requisitos del contrato que se va a celebrar; y la objetiva, cuando ambas declaraciones de voluntad debidamente formadas concurren y se entrecruzan, lo que en el ámbito tradicional de la teoría general del contrato se corresponde con el momento de la perfección del contrato, si bien en la actualidad tal aserto precise de una revisión ante la necesidad de reflejar su constancia mediante otras formas distintas a las tradicionales. Y es que la perfección del contrato ha estado estrechamente vinculada con la noción de forma, hasta tal punto que perfección y forma llegaban a identificarse[33], no obstante el deslinde ya producido entre ambas, de tal guisa que en los contratos no formales el contrato se perfecciona aun cuando no se haya cumplido formalismo alguno.

Los Códigos Civiles se refieren sobre todo al aspecto objetivo del consentimiento, dejando de lado el proceso interno y previo de formación del consentimiento —vertiente subjetiva—, salvo en lo atinente a su formación por persona capaz y exenta de vicios, lo cual evidencia una visión sesgada, imprecisa e incompleta del mismo[34], puesto que solo contempla el momento de la fase final del contrato —perfección— cuando el consentimiento ya está formado. No olvidemos al respecto, por ejemplo, la gran importancia que adquiere la fase interna de formación del consentimiento a los efectos de la posible interpretación del contrato celebrado[35].

III. A PROPÓSITO DEL PRECONTRATO

1. Concepto

En muchas ocasiones, la perfección del contrato se produce tras un periodo de prolongadas negociaciones, si bien la negociación preliminar no siempre desemboca en un contrato definitivo, sino más bien en un contrato —precontrato—, que fija las bases de aquel que se pretende alcanzar. Hablamos, en este caso, de la figura del precontrato.

En el ámbito del Derecho francés se ha hablado sobre el particular de promesas de contrato (*promesses de contrat*) como una categoría general donde tenían acogida tanto la promesa unilateral de venta[36] (en puridad coincidiría con un pacto de opción) y la promesa bilateral de compraventa. Incluso también se ha utilizado la expresión *avant-contrat* para acoger en su seno tanto la promesa unilateral de venta como la bilateral[37]. Aún así, alguna legislación francesa ha utilizado la denominación *contrat préliminaire,* también conocido como *contrat de réservation,* si bien no coincidiría plenamente con la figura del precontrato[38], más aún si no se admite en su modalidad unilateral.

Sin embargo, en los países de habla española[39] se prefiere la expresión *precontrato,* no obstante que la doctrina italiana se haya decantado desde finales del siglo XIX[40] por utilizar la denominación de *contratto preliminare*.

El término precontrato (*Vorvertrag*)[41] es introducido por la doctrina alemana en un claro intento de acuñar en versión propia el pacto innominado que el Derecho romano[42] conocía tradicionalmente como *pactum de contrahendo*[43], en cuya virtud las partes que lo habían celebrado se obligaban a realizar un futuro contrato.

En efecto, nos hallamos ante un contrato creador de una obligación tendente a la cooperación para la conclusión de un contrato definitivo, esto es, un convenio preparatorio de un contrato futuro que, aunque no reúna los requisitos necesarios para la celebración del contrato previsto o preparado, obliga a las partes que lo suscribieron. El precontrato es un auténtico contrato[44], cuyo objeto es la cele-

bración de otro en el futuro, de tal manera que se erige en el proyecto o la ley de bases del que se ha de celebrar. Esta noción es la que más abundantemente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo[45], no obstante algunos titubeos[46], y la que se ha plasmado ya en algunas legislaciones[47].

Frente a esta posición mayoritaria, existen otras que ya consideran al precontrato como un contrato definitivo que recoge las líneas básicas que se han de desarrollar en el futuro[48], de tal manera que no se celebrará un nuevo contrato, sino que se desarrollará completamente el único contrato que existe. No obstante, es más que cuestionable tal apreciación ante el hecho de que en muchos casos el precontrato no solo acoge unas meras líneas básicas del contrato preparado, sino que aquel está completamente desarrollado. Además, de seguir esta línea de argumentación, reincidimos en lo que ya sabemos: si se requiere un nuevo acuerdo de las partes para el desarrollo de las bases, el precontrato prepara otro contrato; y de no ser necesario, nada se ha de desarrollar, por existir ya un contrato completo.

No se ha de olvidar la acepción de precontrato por la cual nos hallamos ante un proyecto de contrato único y definitivo que atribuye a ambas partes —precontrato bilateral— o a una sola de ellas —precontrato unilateral— la facultad de exigir la eficacia de dicho proyecto como contrato[49]. Estamos, pues, en presencia de un auténtico contrato con el que arranca un proceso negocial complejo en el que ya están perfilados tanto sus elementos como su contenido. Así es, prestado el consentimiento inicial sobre los elementos necesarios del contrato preparado, no es preciso un nuevo acuerdo para que resulte efectivo, sino que bastará que los precontratantes puedan exigir la puesta en vigor del precontrato que ya celebraron.

Incluso, habría razones para sostener que contrato y precontrato apenas se diferencian, puesto que ambos constituyen un contrato en vigor desde ya[50]: en efecto, desde un punto de vista práctico poca diferencia media en que las partes puedan exigir la puesta en vigor del contrato proyectado —precontrato— o que puedan exigir su cumplimiento estando ya en vigor. Ello nos llevaría a generalizar que una promesa de venta vale como una venta, esto es, que la promesa de contrato no vale como un mero proyecto de contrato, sino más bien como un verdadero contrato ya en vigor.

En consecuencia, el precontrato deberá reunir los requisitos del contrato al que se orienta —contrato preparado—[51], no obstante que se apunten como suficientes los requisitos generales para contratar[52] que, en sede de compraventa, incluiría, claro está, entre estos, los elementos esenciales del contrato futuro, tal cual sucede, por ejemplo, con el precio de la futura venta, de hallarnos ante una promesa de venta.

Sin embargo, la noción de precontrato está ineludiblemente ligada con su naturaleza jurídica, aspecto del que trataremos más adelante. Por ello, hemos de comenzar advirtiendo que la admisión de la figura no ha sido pacífica,

toda vez que se le ha achacado un carácter excesivamente abstracto fruto de la logomaquia o de un extremado conceptualismo jurídico, lo que nos conduciría tanto como a negar su propia existencia, de dar por buena esta opinión[53]. Por el contrario, los hay que se pronuncian a su favor sobre la base del principio de la libertad contractual que ampararía también el de la libertad precontractual; a lo que habría que añadir además su utilidad incuestionable[54], por la protección que proporcionaría en algunos supuestos en los que las partes no hubieran podido en un momento determinado concluir el contrato definitivo[55], cualquiera que hubiera sido la razón para ello, supuesto más que habitual por otra parte en la vida moderna, dado que el consentimiento rara vez se forma por el cruce de una oferta y una aceptación, sino más bien precedido de un proceso, en ocasiones ciertamente complejo[56], cuyo objetivo es prefijar el posible contenido de un potencial contrato definitivo. Aún así, para complicar más si cabe la situación, entre los defensores del precontrato tampoco encontramos consenso sobre su ámbito de vigencia, esto es, si cabría o no aplicarse a toda suerte de contrato[57].

2. Individualización del precontrato respecto de otras figuras

1. *Precontrato y contrato preparatorio*. Son contratos preparatorios los que tienden a crear una situación jurídica apropiada, el escenario preliminar y la plataforma necesaria para la celebración de otros contratos posteriores en el ejercicio y cumplimiento de aquel[58], tal como ocurre en los casos de mandato o sociedad, supuestos en los que tanto el mandatario como los socios, respectivamente, efectuarán algunos contratos y, por ende, comprarán, arrendarán o permutarán, por ejemplo, como consecuencia y ejecución de tales contratos preparatorios, siempre que se respeten los límites en él impuestos.

Distinto del contrato preparatorio es el precontrato, un compromiso pactado por las partes para llevar a cabo un futuro contrato según lo convenido inicialmente, lo que les vinculará y obligará a culminarlo, no obstante que su contenido obligacional todavía no resulte del todo precisado, aunque sí su título contractual. De ahí que el contrato definitivo que se concluye a través del precontrato pergeñado no constituye en puridad una consecuencia o derivación del mismo, sino más bien una concreción y reproducción de lo ya esbozado en el consentimiento contractual expresado en el precontrato.

No obstante, poco ayuda a esta distinción propuesta la concepción según la cual el precontrato representaría el contrato preparatorio del contrato definitivo al que tiende[59], sobre la base de la función preparatoria del precontrato. Y es que bajo la expresión francesa *avants-contrats*[60] se incluyen figuras tan disímiles como la promesa de contrato, el contrato normativo, acuerdos parciales, pactos de preferencia, o acuerdos de principios, entre otros[61].

2. *Precontrato y tratos preliminares*. El precontrato ya cuenta con una naturaleza contractual, sea considerado como pacto previo o como una etapa dentro del contrato definitivo y, en consecuencia, las partes resultan obligadas; sin embargo, los tratos preliminares carecen de tal naturaleza, puesto que constituyen conversaciones previas que tratan de discutir los pormenores de un contrato futuro, por lo cual las partes no contratan ni se vinculan jurídicamente[62]. Así es, los tratos preliminares nunca obligan a llevar a cabo un contrato definitivo, ni su ruptura, por lo general, implica la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En la medida que el precontrato es un contrato puede ir precedido por tratos preliminares[63].

No obstante, esta delimitación no resulta tan nítida en la práctica en el caso de los contratos de formación sucesiva[64], dada la variedad de actos precontractuales que se realizan.

A propósito de los tratos preliminares, también debemos deslindar claramente el precontrato de otras figuras relacionadas con la formación progresiva del contrato[65], tales como los acuerdos parciales, minutas, cartas de intención, memoranda de entendimiento, toda vez que en todos estos casos se adolece del carácter contractual con el que cuenta el precontrato, razón por la cual no se plantea su posible ejecución forzosa[66]. Así pues, distinto de lo que sucede en el precontrato, un acuerdo de las partes sobre algunos aspectos del futuro contrato, aun cuando conste en una minuta o proyecto escrito de contrato, no es suficiente para vincular a quienes lo suscriben[67].

3. *Precontrato y oferta*. Tanto precontrato como oferta presentan distinta finalidad y operan de manera diferente. En efecto, mientras que la oferta firme constituye una declaración de voluntad unilateral, irrevocable y recepticia[68] que pretende lograr la simple aceptación para que se produzca la perfección y el nacimiento del contrato definitivo, el precontrato es un acuerdo contractual bilateral perfecto[69] en cuya virtud ambas partes se comprometen a celebrar en el futuro un contrato definitivo, puesto que todavía aquel no es un contrato definitivo perfecto.

Precisamente, por ello, es posible la existencia de una oferta de precontrato, que tiende a lograr el surgimiento de este, en el que tanto la oferta lo es del precontrato, como la aceptación lo sería de dicho precontrato[70], de tal manera que dicha aceptación perfeccionaría el precontrato.

4. *Precontrato y contrato definitivo celebrado en documento privado que ha de ser elevado a público*. Mientras el precontrato constituye el embrión de un futuro contrato definitivo que se podrá instrumentar en documento público o privado, el contrato celebrado mediante documento privado ya es un contrato definitivo y, por ende, produce los efectos que le son propios[71], de tal manera que su futura elevación a documento público no hace sino reconocer un acto ya existente (siempre y cuando se mantengan los mismos términos y no medie una renovación del contrato[72]), sin que ello suponga una reproducción del

consentimiento contractual ya prestado[73]. En suma, la estructura del negocio jurídico resultante permanece única[74], no obstante se presenten dos expresiones diferentes por lo que al perfil volitivo de las partes se refiere.

Ya sabemos que la elevación a público de un documento privado no resulta obligatoria a menos que dicha formalidad constituya un requisito *ad substantiam* del contrato, ya por ley, o porque así lo hayan pactado las partes, de tal manera que, como regla general, la elevación del documento privado a público, más que una obligación, constituye una facultad que pueden ejercitar los contratantes[75].

No obstante, el abuso desmedido de la utilización de la promesa de venta cuando en verdad las partes están otorgando un contrato privado definitivo propicia que pueda resultar dificultoso deslindar si el documento privado en ciernes constituye ya un contrato definitivo, aunque esté pendiente de su consumación, o si, por el contrario, estamos ante un precontrato que todavía no recoge el acuerdo definitivo de voluntades. A tal efecto, la voluntad de las partes será determinante para colegir si desean quedar ya vinculadas por un contrato definitivo, o bien por el vínculo que representa un precontrato[76]. Así, por ejemplo, en sede de compraventa, estaremos ante una compraventa cuando se otorgue dicho contrato por las partes y estas difieran en el tiempo la formalización del documento público, o bien cuando sujeten a plazo o a condición la obligación de entregar la cosa o pagar el precio; y sin embargo, estaremos ante un precontrato o promesa de venta si las partes declaran su voluntad de ligarse contractualmente, aun cuando se difiera su entrada en vigor a un momento posterior, y todo ello al margen de la forma en que se manifieste el consentimiento sobre el particular.

Por tal motivo, el simple hecho de que en un contrato definitivo queden todavía sin definir algunas de las obligaciones accesorias no nos debe llevar a entender que tal contrato se ha transformado en un precontrato[77]. Del mismo modo, podemos encontrarnos ante el supuesto en el que las partes solo quieran celebrar un precontrato, no obstante se hubiera redactado ya como contrato de venta, al entender que el documento privado equivale al precontrato, sin obligaciones firmes, dado el arraigo con el que cuenta la conciencia social de que el compromiso firme y definitivo solo deriva tras el otorgamiento de la escritura pública, puesto que quien se obliga mediante documento privado parece que se obliga menos[78]. Y es que, por lo general, se recurre al contrato privado cuando todavía queda por pagar la totalidad del precio o una parte muy considerable del mismo[79], cuando lo recomendable sería en este caso realizar un precontrato o un contrato sujeto a la condición suspensiva del pago total del precio, aun cuando el vendedor no suela querer vincularse hasta que el precio haya sido totalmente pagado.

5. *Precontrato y contrato definitivo sujeto a condición suspensiva*. Cuando nos hallamos ante un contrato definitivo sujeto a condición suspensiva estamos en presencia de un contrato completo y perfeccionado en el que las partes están vinculadas firmemente, cuya eficacia dependerá del cumplimiento

de un acontecimiento futuro e incierto que, de verificarse, desencadenará la vigencia del contrato *ipso iure,* automáticamente[80]. Así pues, el contrato sujeto a condición suspensiva ya vincula a las partes en firme desde que se ha perfeccionado, aun cuando no se produzca la vinculación correspondiente a las relaciones de las cláusulas contenidas en el contrato mientras la condición esté pendiente[81]; lo cual no impide que durante el periodo de pendencia se puedan llegar a generar algunos efectos preliminares en orden a asegurar los intereses que estén en juego cuando la condición se verifique.

Por ello, supeditar la eficacia de un contrato ya definitivo a la verificación de un acontecimiento futuro e incierto —condición suspensiva— no supone que dicho contrato se transforme en un precontrato[82], puesto que en su virtud no nos hallamos ante un convenio dirigido al otorgamiento de un contrato futuro.

Distinto es el caso del precontrato, en el cual su eficacia se pospone hasta que las partes vuelvan nuevamente a emitir una nueva declaración de voluntad que perfeccione el contrato definitivo, de modo que solo se habría perfeccionado su primer estadio de desarrollo[83] y, a diferencia de lo que sucede en el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva, las partes se obligan a prestar un nuevo consentimiento. Y es que el precontrato presenta imprecisas o incompletas las prestaciones de las partes, pero no el título contractual, que no resulta condicionado, a diferencia de lo que ocurre en el contrato definitivo sujeto a condición suspensiva, supuesto en el cual es este título, precisamente, el que se condiciona.

Una prueba más que evidente de que nos encontramos ante dos figuras totalmente diferenciadas radica en la posibilidad de que la eficacia de un precontrato también pudiera estar sometida a una condición suspensiva.

6. *Precontrato y contrato sujeto a término*. Así como en el precontrato se ha de contener un plazo para que se celebre el contrato definitivo, de modo que durante el mismo cualquiera de las partes puede exigir a la otra su celebración, en el contrato sujeto a plazo ya estamos en presencia de un contrato definitivo en el que las partes están vinculadas firmemente[84], con la particularidad de que el tiempo de eficacia del contrato resulta aplazado.

7. *Precontrato con entrega de señal y compraventa con arras*. Como sabemos, la figura de las arras en la compraventa puede presentar alguna de estas variedades[85]: ya como un pago a cuenta del precio de la venta[86], ya como una garantía de cumplimiento, o bien como una señal a los solos efectos de la reserva.

Según en cuál de las anteriores situaciones nos encontremos hablaremos de arras puramente confirmatorias en las que la entrega anticipada de una parte del precio constituye un pago a cuenta y confirma la celebración del contrato[87]; arras penales[88], cuando la suma entregada se convertiría en una prestación por equivalente al resarcimiento por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, de modo que, por su través, se liquidarían por adelantado los daños y perjuicios emanados del incumplimiento del contrato, con una función muy similar a la de la cláusula penal como garantía del cumplimiento de una

obligación, sin perjuicio de las diferencias que ambas figuras presentan; y, por fin, arras penitenciales, de arrepentimiento o desistimiento[89], en cuya virtud las partes pueden desligarse del contrato con un sacrificio equivalente, ya sea la pérdida de la cantidad entregada por el comprador, ya sea la devolución de la cantidad recibida amén de otra suma igual (el duplo de lo recibido) a cargo del vendedor.

El pacto de arras como medio de garantía —arras penales— se ha de interpretar restrictivamente, dado su carácter excepcional[90], de modo que si no es clara la voluntad de las partes en tal sentido, habrá de entenderse como un simple anticipo a cuenta del precio —arras confirmatorias—. A su vez, las arras penitenciales no se presumen, ni siquiera en el caso de que se pacten en un precontrato; por ello, las cantidades entregadas sin indicar que son arras, se reputarán como verdaderos pagos a cuenta[91] y, si queda claro que constituyen arras, pero se duda su carácter penal o penitencial, se entenderán penales.

Dependerá de cuál sea el destino de la cantidad anticipada para deslindar su verdadera naturaleza jurídica[92]: en efecto, si se destina a identificar la cosa vendida del futuro contrato, en el supuesto de que las partes decidieran contratar, estaremos en presencia de unas arras en su modalidad de reserva (arras penales); sin embargo, si además de concretar la cosa, se fija el precio y el plazo para contratar en el futuro, hablaríamos bien de un precontrato, o bien de una opción, según sea el caso.

Así pues, en tanto que el pacto de arras por lo general representa una vinculación efectiva entre las partes como pacto añadido a la compraventa[93], que ya está perfeccionado, en el precontrato todavía el contrato definitivo no estaría perfeccionado, razón por la cual en la entrega de una cantidad como señal antes de celebrar el contrato perfecto no nos hallamos en puridad ante unas arras, sino más bien ante una reserva[94].

Prueba de la diferenciación entre ambas figuras en ciernes —precontrato y arras— es que, por supuesto, la función de las arras también se cumple en el precontrato[95] y, por ende, la eficacia de las mismas con ocasión de la celebración de un precontrato dependerá en todo caso de lo pactado entre las partes.

8. *Precontrato y opción*. A pesar de que en ambos casos nos hallamos ante un escenario previo al contrato definitivo en el que se cuenta con la facultad de pedir el otorgamiento del contrato[96] y de que, según la concepción más moderna del precontrato, tampoco se requiere en él, al igual que en la opción, una nueva declaración de voluntad añadida a la promesa unilateral efectuada[97], sino que bastaría con que el acreedor exigiera su eficacia al ejercer la opción para que el contrato resultara formado[98], lo cierto es que entre ambas figuras encontramos diferencias significativas[99].

En efecto, uno de los criterios distintivos tiene que ver con el número de personas que por su través resultan obligadas[100]: el precontrato, por lo general, presenta un carácter bilateral, por lo que de él emanan obligaciones recíprocas

entre las partes para su puesta en vigor; la opción suele ser habitualmente más bien unilateral, puesto que el concedente ya se obligó y, por ende, el ejercicio de dicha facultad queda al arbitrio de quien ostenta este beneficio —optante—, tal como ha venido reconociendo nuestra jurisprudencia[101].

Sin embargo, más difícil resulta la delimitación entre precontrato y opción cuando tomamos como referencia la promesa y la opción bilaterales, pues ambas figuras tienden a asimilarse[102], cuando, en puridad, debería reservarse la denominación de opción a la promesa unilateral, en tanto que la de precontrato a la promesa bilateral, toda vez que la opción, por muy bilateral que sea, siempre cuenta con la facultad de atribuirle efectos reales y acceder al Registro, razón por la cual ya no podríamos hablar de precontrato, por mucho que así lo hubiéramos denominado y, de ser este el caso, dicho pacto no tendría acceso registral ni produciría la generación de derecho real de adquisición alguno.

Aún así, el optante cuenta con un derecho potestativo que se manifiesta en la facultad de perfeccionar el contrato a través de la aceptación de la oferta realizada por el promitente dentro del plazo señalado para ejercerlo, lo cual no implica contar a su favor con un derecho de crédito exigible al promitente para celebrar un contrato futuro[103] —obligación de hacer—, sino que más bien, y a lo sumo, el optante sería acreedor de una obligación de no hacer, esto es, la que recaería sobre el promitente de no impedir el perfeccionamiento del contrato al que está orientada la opción. Por el contrario, el precontrato genera obligaciones de hacer[104], y será de la ejecución de estas obligaciones de donde derivará el contrato definitivo.

9. *Precontrato y otras figuras (venta obligatoria, contrato normativo, pacto de prelación).* Cuando hablamos de venta obligatoria o de efectos obligatorios nos hallamos ante un contrato definitivo, de estructura unitaria y cuyos efectos dimanan de un solo contrato[105], que ya contiene la voluntad de dar, toda vez que el efecto traslativo de la propiedad no queda subordinado a una declaración de voluntad posterior, sino más bien a un evento ulterior —*traditio*— para que ocurra el efecto traslativo de la propiedad[106], en virtud de la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho.

Aun cuando hay una tendencia que afirma que el precontrato y los contratos normativos conjuntamente conformarían la categoría de los contratos preparatorios[107], las diferencias entre ambos son más que evidentes, puesto que el contrato normativo[108] se limita a obligar a las partes, en el caso de que lleguen a celebrar esos contratos futuros individuales, a atenerse al esquema y modelo previamente convenido en el normativo en las materias que él contenga; pero, a diferencia del precontrato, el contrato normativo no obliga a las partes a celebrar un contrato futuro[109], sino que solo desplegará sus efectos cuando las partes decidan contratar en el futuro.

Superada ya la tesis según la cual el pacto de prelación o de preferencia era asimilable a un precontrato unilateral condicionado[110], son claras las dife-

rencias entre ambas figuras[111], toda vez que el pacto de preferencia constituye un contrato autónomo, atípico, en cuya virtud quien se comprometió por medio del citado pacto —propietario de la cosa— no queda obligado a vendérsela al beneficiario del mismo, salvo que decida vender el bien a un tercero, en cuyo supuesto, el promitente deberá conceder la prelación debida a quien resultó beneficiado por su través[112]. Así es, el promitente habrá de cumplir dos obligaciones como consecuencia del pacto suscrito[113]: no solo deberá comunicar al beneficiario su voluntad de enajenar la cosa a un tercero, sino que, además, deberá abstenerse de venderla sin antes llevar a cabo la información mencionada y esperar la respuesta del beneficiario.

3. En especial, su naturaleza jurídica

Uno de los temas más controvertidos en torno a la figura del precontrato es el relativo a su naturaleza jurídica, cuestión en modo alguno baladí, puesto que dependiendo de cuál sea la postura que se asuma al respecto, se podrá explicar el fenómeno de la formación del contrato, así como la relación que media entre él y el contrato definitivo al que está orientado por su propia esencia.

3.1. *Teorías sobre el particular*

Vamos a hacernos eco de las principales teorías que se han expuesto, que van desde la clásica del pacto de contrahendo; pasando por la que, incluso, llega a cuestionar realmente la existencia de la figura que nos ocupa; incluso, la que considera hallarnos ante un contrato base; o, por fin, la que reputa tratarse de una fase dentro del desarrollo complejo y progresivo del contrato; sin omitir, claro está, otras que adoptan un criterio ecléctico, al reunir aspectos y alegatos variados.

a) Teoría clásica que considera el precontrato como un *pactum de contrahendo*. En su virtud, cuando se realiza un precontrato, las partes se obligan a llevar a cabo un contrato definitivo cuyo contenido ya se ha pactado[114] y, precisamente, a través de aquel se presenta el proyecto del que será el futuro contrato. Así pues, en el caso de una promesa bilateral de compraventa, las partes resultarían obligadas a concluir más adelante la compraventa[115], puesto que en el momento en que se lleva a cabo dicha promesa las partes no querían comprar y vender.

A su vez, esta propuesta presenta dos versiones diferentes, según se atribuya a la figura en ciernes un mero carácter preparatorio[116], o bien se conciba ya como un verdadero contrato[117] en el que se determinen los elementos esenciales del futuro contrato (plazo cierto para la conclusión del contrato proyectado[118];

capacidad general para obligarse y no la específica requerida en el futuro contrato; objeto[119] y forma[120]) y, por ende, cumpla su función en el tráfico jurídico.

Como consecuencia de ello, el precontrato compele a las partes que lo celebraron a contratar o, en expresión de la jurisprudencia[121], *«las partes se obligan a obligarse»,* lo que se traduce en que el objeto de aquel no sea el del contrato definitivo, sino más bien la realización de este, esto es, una prestación consistente en un hacer[122], pues las partes se comprometen a prestar su asentimiento o llevar a cabo lo conducente para gestar el contrato prometido. De tal manera, que el primer contrato se orienta a celebrar un segundo, para lo cual se habrá de emitir una nueva declaración de voluntad.

b) Tesis que cuestionan la figura del precontrato. Cada una de ellas pone énfasis en algunos aspectos apuntados por la teoría clásica para tratar de desvirtuarla de alguna manera. En efecto, podemos destacar entre ellos:

Por un lado, el surgimiento de la obligación de prestar una nueva declaración de voluntad que emana del precontrato nos sitúa ante una obligación de hacer de carácter personalísimo[123], que no es directamente coercible ni puede ser objeto de ejecución forzosa[124].

A su vez, dicha obligación de prestar una nueva declaración representaría una limitación al principio de la libertad contractual, puesto que ya no se trata de una manifestación libre y espontánea de voluntad, sino más bien una expresión de un acto debido derivado del precontrato, sin el cual el contrato definitivo no será tal. Aún así, es más que discutible que, por ser un acto debido, el acto deje de ser voluntario[125] y que, por tanto, la manifestación de voluntad no sea ya por ello ni libre ni espontánea.

A mayor abundamiento, y siguiendo con la misma línea argumental, se llega a cuestionar incluso la utilidad de la figura[126], dado que, en su virtud, se obliga a las partes a prestar un nuevo consentimiento, esto es, a contratar, mas no a cumplir el contrato definitivo, con lo cual, para que las partes resultaran obligadas a cumplirlo, amén de obligarse a contratar, como consecuencia del nuevo contrato realizado —precontrato—, se tendrían que comprometer también en él a cumplir el contrato proyectado, lo cual constituiría un rodeo innecesario.

c) El precontrato constituye el contrato base del que se desarrollará posteriormente, de tal manera que no se trata de un contrato que promete llevar a cabo otro posterior, como entendía la doctrina clásica, sino que más bien es el mismo contrato futuro, pero antes de ser desarrollado[127]; así pues, el precontrato constituye el embrión, al contener todos sus elementos básicos, del futuro contrato definitivo. En la medida que no se exige una nueva declaración de voluntad, por haber sido prestada inicialmente, sino una mera labor de desarrollo[128], una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo[129], el juez podría suplir la falta de cooperación de alguna de las partes a realizar esta prestación fungible de desenvolvimiento, mas no tanto en el sentido de

actuar en nombre del obligado a ello, cuanto en declarar logrado el resultado pretendido en el contrato.

Precisamente, una consecuencia de esta concepción es que el precontrato se extinguiría una vez alcanzado su cumplimiento, al haberse agotado o consumido en sí mismo.

d) El precontrato como una de las fases del recorrido contractual complejo y de formación sucesiva[130]. En su virtud, en la relación contractual pueden distinguirse dos momentos bien diferenciados: la promesa de contrato, con funcionamiento propio y todos sus elementos perfilados, en la que se acuerda el contrato proyectado y se crea la facultad de reclamar su cumplimiento; y la de exigencia de la mencionada promesa por quien o quienes resulten facultados para ello. A pesar de la distinción señalada, no se puede dejar de tener presente la conexión necesaria —unidad funcional— de toda la relación negocial[131], puesto que de la promesa de contrato nace la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado.

No obstante la unidad funcional que media entre ambas fases, que determinará que los requisitos de validez exigidos en el futuro contrato apliquen también en el preliminar, sin embargo, en cada una de ellas, la vinculación entre las partes se produce con un alcance y contenido diferentes[132], puesto que en la etapa previa los derechos y deberes contractuales todavía no están totalmente delimitados y configurados[133], al no mediar sino un vínculo obligatorio del que nace exclusivamente la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato.

e) Otras posiciones eclécticas. Algunas posturas doctrinales llegan a cuestionar la existencia de dos momentos en la perfección de un contrato, como si en un primer momento el contrato resultara ya proyectado, si bien su eficacia quedara pendiente de un momento posterior cuando los contratantes lo decidieran[134]. Por ello, según este hilo argumental, no siempre que hablamos de precontrato estamos ante una misma situación jurídica: pueden existir distintos grados de vinculación con fines diferentes[135], razón por la cual difícilmente se puede asumir una única posición en torno al precontrato, sino que más bien habrá que estar a su eficacia en cada supuesto, de conformidad al fin perseguido por las partes[136] y, así, en función de la solución adoptada, calificar tal como proceda.

De ahí que vaya tomando cada vez más fuerza la superación de la concepción unitaria de la figura del precontrato[137], cuyo sustrato común se asentaría en la idea de que las partes desean que el contrato proyectado exista en el futuro, pero no ahora[138], si bien, por su través, puede haber diversos grados de vinculación en función de lo pretendido y sea conveniente en cada momento, para lo cual se pueden articular distintas combinaciones contractuales, lo que nos llevaría a sostener que, en lugar de precontrato, sería más oportuno hablar de precontratos[139].

3.2. *Nuestra posición*

Antes de exponer nuestra postura sobre el particular, comenzaremos por realizar una visión crítica de las teorías apuntadas con anterioridad.

Parece que, con base en el argumento de una realidad que se impone, atacar la figura del precontrato, incluso hasta llegar a la negación de su existencia, estaría más que desaconsejado, pues así se desconocería el alcance y dimensión actuales de la misma: permitir una vinculación contractual con antelación al contrato definitivo que se quiere consumar, de tal manera que, por su través, se pueden garantizar situaciones jurídicas inicialmente, sin que ello conlleve la producción de efectos inmediatos del negocio. Y es que negar utilidad al precontrato es ignorar su verdadera función en nuestros días, cual es proporcionar una vinculación contractual con antelación a que se complete el contrato definitivo que se pretende alcanzar[140]. En efecto, el precontrato prepara y asegura situaciones jurídicas futuras[141] al vincular a las partes sin generar todavía una eficacia inmediata del contrato.

Por otro lado, entender que la obligación de prestar una nueva declaración constituye una limitación al principio de la libertad contractual, puesto que ya no se trata de una manifestación libre y espontánea de voluntad, es más que discutible a nuestro juicio, dado que, aun admitiendo que estamos en presencia de un acto debido, no por ello el acto deja de ser voluntario.

Además, aunque partamos de que el surgimiento de la obligación de prestar una nueva declaración de voluntad emanada del precontrato nos sitúe ante una obligación de hacer de carácter personalísimo, no directamente coercible ni objeto de ejecución forzosa, lo cierto es que el obligado a cumplir dicha prestación de hacer podría ser requerido en tal sentido y, de no cumplirla en el plazo señalado, hasta podría el juez decretar la ejecución forzosa, dando por prestado el consentimiento y supliendo al obligado en el otorgamiento de los documentos necesarios para ello, puesto que, como reseña nuestra jurisprudencia[142], la consumación de la promesa de vender o comprar no precisa de una nueva y especial manifestación de voluntad, al contar ya con el suficiente consentimiento inicialmente prestado.

No resulta tampoco satisfactoria la concepción clásica que considera al precontrato como un contrato que promete otro futuro, como si ambos fueran distintos[143], de tal manera que tanto los requisitos de forma como de capacidad del primero pudieran no coincidir con los del segundo[144], porque, de ser así, llegaríamos al absurdo en cuya virtud, cumplidos tales requisitos en el primero, el contrato definitivo no sería eficaz por no cumplir los suyos propios.

Y de la misma manera tampoco resulta del todo convincente la consideración del precontrato como un contrato preparatorio en el que se asientan las bases del que se desarrollará posteriormente, toda vez que la insuficiencia de dichas bases ya representaría un obstáculo para la propia eficacia del precontrato, pues

su desarrollo posterior precisaría de una nueva declaración de voluntad como expresión de un nuevo consentimiento sobre los aspectos que no se diseñaron totalmente con carácter previo; de tal manera que, en el caso de que estos aspectos ya se hubieran diseñado, más que un desarrollo de las bases, lo que estaríamos llevando a cabo, en verdad, sería su puesta en vigor[145].

Incluso, la pretendida unidad funcional esgrimida en la concepción del precontrato como una fase del camino contractual complejo de formación sucesiva sería cuestionable e incompleta[146], por reducir la visión del precontrato a la facultad de las partes vinculadas a poner en vigor el ya pergeñado en todos sus detalles, así como también por ignorar que el precontrato se asienta fundamentalmente sobre la obligación de las partes en cooperar para determinar todos y cada uno de los elementos del contrato definitivo al que se tiende. Precisamente por ello, el reconocimiento de dos fases (promesa de contrato y exigencia de la promesa) nos lleva a afirmar que los requisitos de validez del contrato definitivo deben extenderse también a los de validez del precontrato, aun cuando cuenten con diferente alcance y contenido[147], con lo cual y de seguir esta posición, la distinción y delimitación del precontrato con la figura de la opción se tornaría más que complicada, y ello no obstante ser opinión más que consolidada la del carácter *sui generis,* autónomo y propio[148] predicable de esta última.

Así pues, a partir de las premisas señaladas con antelación, nuestra posición sobre el tema que nos ocupa es la siguiente:

a) Entendemos que negar la utilidad del precontrato es pasar por alto la función que incontestablemente la figura presta en nuestros días, en cuya virtud las partes quedan vinculadas con antelación a la consecución del contrato que definitivamente se pretende realizar, de tal manera que por su través se preparan y aseguran situaciones jurídicas venideras, aun cuando dicha vinculación no genera inmediatamente eficacia en el contrato pretendido.

b) El hecho de que para consumar el contrato definitivo iniciado por medio del precontrato exija la prestación de una nueva declaración, en modo alguno, a nuestro juicio, representa una traba al principio de la libertad contractual, toda vez que, incluso llegados al extremo de admitir que estamos en presencia de un acto debido, de carácter personalísimo, en ningún caso dicho acto pierde su carácter de acto jurídico voluntario.

c) A mayor abundamiento y relacionado con lo señalado en el punto anterior, aun en el supuesto de admitir que el acto debido es personalísimo, no susceptible de coerción ni objeto de ejecución forzosa, podría la autoridad judicial decretarla para el caso de que el obligado a prestar dicho consentimiento no lo hiciera en el plazo estipulado al efecto, sobreentendiendo el juez que el consentimiento ya fue prestado, como sucede en el caso de promesa de compra o venta, cuya consumación no

requiere de una nueva y específica voluntad de vender o comprar, por ser suficiente el consentimiento inicialmente manifestado.

d) No estimamos tampoco que el precontrato sea un mero contrato preparatorio en el que se fijan las bases del que ha de desarrollarse con posterioridad, pues de considerarlo así, la insuficiencia de estas privaría al precontrato de eficacia, y nos conduciría inexorablemente a exigir una nueva declaración de voluntad sobre los extremos no diseñados previamente con plenitud; y, en el caso de que las líneas básicas fueran completas, el contrato definitivo no constituiría un desarrollo de aquellas, sino más bien, la puesta en marcha del mismo precontrato.

e) No podemos admitir que el precontrato y el contrato definitivo son distintos, de manera que funcionen y operen de manera independiente, sino que constituyen dos secuencias de un mismo hilo argumental en una clara expresión de unidad funcional entre los dos. En consecuencia, los requisitos de forma y capacidad de ambos han de coincidir a fin de evitar incoherencias tales como la posible ineficacia del contrato definitivo por no cumplir sus requisitos, a pesar de que sí son observados, por su parte, en el precontrato.

Ello no obsta para reconocer que la extensión de los requisitos de validez del contrato definitivo a los del precontrato debe entenderse con un diferente alcance y contenido, aunque ello nos aproxime al campo de aplicación de la opción.

f) No obstante dicha aproximación entre precontrato y opción, es cierto que ambas figuras presentan diferencias más que considerables, ya por el número de personas que se obligan (bilateral el precontrato, por lo general; y unilateral la opción), ya por la naturaleza de las obligaciones generadas (derecho potestativo del optante, manifiesto en la facultad de perfeccionar el contrato a través de la aceptación de la oferta del promitente dentro del plazo señalado, lo que convierte al optante en acreedor de una obligación de no hacer, puesto que el promitente no podría impedir el perfeccionamiento del contrato al que está dirigido la opción; en tanto que la obligación surgida en el precontrato, consistente en su ejecución para la obtención del contrato definitivo, constituye más bien una obligación de hacer).

De ahí que entendamos que el precontrato constituye por sí solo un contrato por el cual las partes quedan ya obligadas, sin perjuicio de que su contenido estribe en el compromiso adoptado por los contratantes para realizar tal o cual comportamiento dirigido a la consecución del contrato definitivo que se pretende alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA

ALABISO, A.: *Il contratto preliminare*. Giuffrè. Milano, 1966.

ANDRE, M.; DUMONT, M., GRIGNON, P.: *L'aprés-contrat*. Editions Léfebvre. París, 2005.

ASCOLI, A.: «Contratto preliminare», *Rivista di diritto civile,* 1910.

ASTUTI, G.: «Promesse de vente vaut vente», *Rivista di storia del diritto italiano,* 1952-1954, págs. 247 y sigs.

BOZZI, G.: *Il contratto preliminare*. UTET. Torino, 2007.

BRANCOS NUÑEZ, E.: *La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario*. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XXXIII. Edersa. Madrid, 1994.

CARNELUTTI, F.: «Formazione progressiva del contratto», *Rivista di diritto commerciale,* 1916-II.

CARRARA, G.: *La formazione dei contratti*. Vallardi. Milano. 1915, págs. 28 y sigs.

COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil.* Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs.

DE MATTEIS, R.: *La contrattazione preliminare ad effetti anticipate*. Cedam. Padova, 1991.

GABRIELLI, E.: «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di diritto commerciale,* 1986 II, págs. 313 y sigs.

GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V.: «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.) Tomo III, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002.

GAZZONI, F.: «Contratto preliminare», en *Il contratto in generale* (AA.VV.), vol. XIII, tomo II del Trattato di dititto privato (BESSONE, M.). Giappichelli, Torino, 2000.

LORENZO MERINO, F. J.: *La opción de compra en el Derecho español*. Tórculo ediciones. Santiago de Compostela, 1992.

LUPINI BIANCHI, L.: «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Pons, Madrid, 2000.

MELICH ORSINI, J.: «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, págs. 69 y sigs.

MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

MORENO QUESADA: *La oferta de contrato*. Nero. Barcelona, 1963.

MORO, S.: «El precontrato», en *RCDI.* Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.

MOUSSERON, J. M.; GUIBAL, M., MAINGUY, D.: *L'avant-contrat*. Editions Francis Léfebvre. París, 2001.

PALERMO, G.: *Contratto preliminare*. Cedam, Padova, 1991.
PEREGO, E.: *I vincoli preliminare ed il contratto*. Giuffrè. Milano, 1974.
RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos*. Dykinson. Madrid, 2000.
ROCA SASTRE, E.: «Contratos de promesa», en *Estudios de Derecho Hipotecario, III.* Barcelona, 1979, págs. 324 y sigs.
RODRÍGUEZ TORRES, J.: *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.
ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J.: *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, 1989. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid.
ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial.* Montecorvo, Madrid, 1983.
SASSO, C.: *Il contratto preliminare nella dottrina e nella giurisprudenza*. Giuffrè, Milano, 1971.
SCHMIDT-SZALEWSKI, J.: *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law.* Montreal. Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers*,* 1991, págs. 153-155.
SERRAO, E.: *Il contratto preliminare*. Cedam. Padua, 2006.
SPECIALE, R.: *Contratti preliminare e intese precontrattuali.* Giuffrè. Milano, 1990.
VITALONE, V.: *Il contratto preliminare*. Giappichelli. Torino, 2005.

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187. La sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de diciembre de 1991, reconoce estos momentos en la creación del contrato.

[2] Algunos autores asimilan la fase de formación del contrato con la de su perfección o conclusión. Al respecto, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil.* Tomo I, vol. 2.°, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

[3] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

[4] COCA PAYERAS, M., «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil.* Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 446.

[5] Hablamos de lo que la doctrina ha dado en llamar como sistemas de temporización del contrato, dirigidos a permitir una mejor formación de la voluntad del consumidor. Al respecto, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 328.

[6] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 188.

[7] MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I. EJEA. Buenos Aires, 1952, pág. 308.

[8] MELICH ORSINI, J., «Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2007, págs. 69 y 70.

[9] Hay contratos que, incluso, están orientados a alcanzar su eficacia en el futuro, razón por la cual hablamos de una eficacia conservativa que tiende a proteger su eficacia principal futura, tal como ocurre en los contratos bajo condición suspensiva. En este sentido, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil,* I/2.°, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

[10] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

[11] RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos.* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 237.

[12] MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual.* Aranzadi, Pamplona, 1998.

[13] ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I. Parte general,* vol. 2.°, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 149.

[14] MORENO QUESADA, *La oferta de contrato.* Nero, Barcelona, 1963.

[15] Aplicable en el caso de contratos de escaso valor económico o que, por reproducir modelos ya preestablecidos, no necesitan de elaboración o discusión previas. Ver DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 187.

[16] Los contratos generalmente son de formación sucesiva, de tal manera que suele mediar un intervalo entre la oferta y la aceptación a los fines de que las partes puedan deliberar o discutir las condiciones y llegar a un acuerdo. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.*, op. cit.,* pág. 188.

[17] RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos.* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 237.

[18] MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual.* Aranzadi, Pamplona, 1998.

[19] Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1991.

[20] En este sentido lo expresa el artículo 1135 del Código Civil francés, o el propio artículo 1258 del Código Civil español, entre otros. Criterio ratificado por el Tribunal Supremo español en sentencia de 13 de octubre de 1999.

[21] Ver, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de diciembre de 1984. La misma línea argumentativa sostiene la sentencia de 18 de noviembre de 1991 con relación a un contrato de arrendamiento y de opción de compra celebrado mediante un convenio verbal y probado mediante testigos, que constituye fuente de perfección del referido contrato sin requerir para ello forma escrita alguna sobre la base de que, como regla general, para la existencia de un contrato basta la producción del consentimiento, cualquiera sea la forma en que se exprese, el objeto y la causa.

También presenta el mismo argumento la sentencia de 24 de diciembre de 1994 al reseñar que el contrato de arrendamiento de servicios se perfecciona por el mero consentimiento, surgiendo así entre los contratantes y de manera recíproca la obligación de cumplir y ejecutar lo que cada una de las partes asumió, al margen del grado de perfección en el que se encuentre, puesto que ya se había perfeccionado al momento de celebrarse.

[22] JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales.* Barcelona, 1958.

[23] ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* vol. 2.°, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 342 y sigs.

[24] En este sentido el artículo 1822 del Código Civil italiano de 1942, así como el parágrafo 610 del BGB alemán.

[25] Tal como sucede, por ejemplo, en los artículos 1749 y 1776 del Código Civil español. Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil,* vol. 1/2, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 340.

[26] GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 324.

[27] La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1984, aclara que para determinar la existencia o no de un contrato no se puede partir de la idea según la cual el contrato solo puede nacer en virtud de un documento escrito, ya público o privado, toda vez que en sede contractual rige el principio de la libertad de forma.

En la misma línea argumentativa la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1991, a propósito de un contrato de arrendamiento con opción de compra, al que declara perfec-

cionado por el mero acuerdo verbal entre las partes sobre los elementos esenciales del mismo (objeto y causa), al margen de cuál fuera la forma en la que el consentimiento se produzca.

[28] Más que evidente resulta al respecto la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 17 de enero de 1986, cuando reafirma que «para la existencia real de los contratos que originen relaciones jurídicas exigibles (...) es preciso que haya habido un concierto de voluntades serio y deliberado por el cual hayan quedado definidos los derechos y obligaciones de los contratantes...».

[29] Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 17 de enero de 1986, pone claramente de manifiesto este aspecto.

[30] En este sentido, la sentencia de la Corte Federal y Casación venezolana, de 23 de febrero de 1950 (Gaceta Forense, núm. 4, 1950, 1.ª Etapa, págs. 92-93) a propósito del juego de azar denominado «5 y 6».

[31] Ver, sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 20 de abril de 1993.

[32] García-Granero Colomer, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: Delgado de Miguel, J. F.), Tomo III, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, págs. 325-327.

Doble perspectiva señalada que se reconoce abiertamente en la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1985.

[33] Así sucedía, por ejemplo, en el Derecho Romano con la *mancipatio* y la *in iure cessio,* puesto que si no se observaban dichas formalidades, el contrato no existía y, por ende, no surgían obligaciones para las partes. Al respecto, Bernad Mainar, R., *Curso de Derecho Privado Romano.* Publicaciones UCAB, Caracas, 2009, págs. 268-270.

[34] Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001, pág. 360.

[35] Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 130-131.

[36] Mazeaud, H., L., y J., Chabas, F., *Leçons de droit civil.* T. II, vol. 1. Obligations. París, 1991, pág. 122.

[37] Malaurie, P., Aynes, L., *Droit civil. Les contrats spéciaux.* Cujas, París, 1993-1994, pág. 94.

[38] Lupini Bianchi, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 191-192.

[39] Tamayo Lombana, A., *Manual de Obligaciones,* Temis, Bogotá, 2004, pág. 57; Ospina y Ospina, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico,* Temis, Bogotá, 2005, pág. 171.

[40] Coviello, L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896 (Contratto preliminare, Enciclopedia Giuridica Italiana, 1902, págs. 62 y sigs.).

[41] Expresión introducida por los juristas alemanes Heinrich Thöl (1854) y Göppert, aunque su verdadera construcción jurídica se deba al también alemán Degenkolb (1871). Al respecto, Rodríguez Torres, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 23.

[42] Román García, A., *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial.* Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 23.

[43] Un fragmento de Paulo (D. 45, 1, 68), relativo a las promesas de mutuo, serviría a los glosadores para la elaboración de los primeros conatos de la categoría general de los *pacta de contrahendo,* categoría que se iría perfilando más precisamente en la doctrina de los postglosadores. Una interpretación de este texto romano y la evolución ocurrida durante el Derecho intermedio en Carrara, G., *La formazione dei contratti.* Vallardi, Milano, 1915, págs. 28 y sigs.

Una Constitución del emperador Justiniano del año 528 se ocupa de la promesa de compraventa sujeta en su cumplimiento al otorgamiento de un documento escrito que las partes se obligan a suscribir (*Lex contractus cod, de fide instrumentorum,* Codex 4, 21, 17). Sobre el alcance de esta Constitución, Astuti, G., «Promesse de vente vaut vente», en *Rivista di storia del diritto italiano,* 1952-1954, págs. 247 y sigs.

[44] Así se expresa la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de junio de 1993.

[45] Sentencias de 2 de febrero de 1960; 5 de octubre de 1961; 18 de diciembre de 1962; 2 y 26 de marzo y 16 de octubre de 1965; 2 de octubre de 1968; 26 de mayo de 1976; 16 de abril y 19 de junio de 1979; 24 de mayo de 1980; 20 de noviembre de 1982; 6 de abril de 1984; 22 de marzo de 1985; 10 de marzo de 1986; 13 de diciembre de 1989; 4 de julio de 1991; 8 de octubre de 1993; 7 y 19 de julio de 1994; 28 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996.

[46] Sentencias de 21 de diciembre de 1955; 26 de octubre de 1956; 2 de mayo de 1958; 2 de marzo de 1965; 30 de diciembre de 1980; 24 de diciembre de 1992 y 28 de diciembre de 1995.

[47] Así lo establece la Ley 516, 3.° de la Compilación navarra cuando reconoce la obligación de contratar que resulta del precontrato.

[48] Roca Sastre, E., *Contratos de promesa, Estudios de Derecho Hipotecario, III,* Barcelona, 1979, págs. 324 y sigs.

[49] De Castro y Bravo, F., «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs.

[50] Albaladejo, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* vol. 1.°, décima edición, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 441.

[51] Ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995, en lo que atañe a la forma del contrato preparado. También Messineo, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I. EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

[52] La Ley 516, 2 de la Compilación navarra de 1973 adoptaría este último criterio.

[53] Así Shlossman o Alguer, quienes negaban sustantividad a la figura, toda vez que para lograr sus mismos efectos podíamos acudir a la estipulación de una condición suspensiva o un plazo en el contrato perfecto en ciernes. En este sentido, Rodríguez Torres, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 25.

[54] Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 205. Sobre la utilidad práctica de la figura en el aspecto tributario, Messineo, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, págs. 358-360. Ver también Lupini Bianchi, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 195-199.

[55] Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos.* Dykinson, Madrid, 2000, págs. 242-243.

[56] Lupini Bianchi, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 49.

[57] Albaladejo, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* vol. 1.°, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 435. La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1995, niega su admisión para el caso de promesa de donación.

[58] Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, pág. 22.

[59] Messineo, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

[60] Más que una categoría jurídica, con la expresión contrato preparatorio nos referimos a un periodo que precede a la conclusión del contrato, el tiempo del antecontrato. Al respecto, Mousseron, J. M.; Guibal, M. y Mainguy, D., *L'avant-contrat.* Editions Francis Lefebvre, París, 2001, pág. 14.

[61] Schmidt-Szalewski, J., *Precontractual Liability: Reports to the XIII Congress International Academy of Comparative Law.* Montreal, Canadá, 1990. Ewoud Hondius, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, págs. 153-155.

[62] AA.VV. (Santos Briz, J., coord.), *Tratado de Derecho Civil.* Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 28 y 29.

[63] Sánchez Medal, R., *De los contratos civiles.* XXI edición revisada. Porrúa, México, 2004, pág. 130.

[64] Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual.* Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 98 y 99.

[65] LUPINI BIANCHI, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal.* Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 60-63; MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, pág. 71.

[66] SERRAO, E., *Il contratto preliminare.* Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

[67] En torno a la cantidad y cualidad de las cláusulas de un contrato que deben ser aprobadas para reputarlo formado, MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, págs. 112-122.

[68] MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cuarta edición, Caracas, 2006, págs. 120-121.

[69] MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 357; LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, pág. 270.

[70] GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «Perfección, forma y prueba de los contratos», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord.: DELGADO DE MIGUEL, J. F.), Tomo III, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 496.

[71] TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile,* decimocuarta edición, 1964, pág. 653.

[72] Ver, en este sentido, la Resolución de la DGRN, de 23 de julio de 1998.

[73] RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del número 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 26.

[74] SPECIALE, R., *Contratti preliminare e intese precontrattuali,* Giuffrè, Milano, 1990, pág. 39.

[75] Tal es el tenor de la sentencia del Tribunal Supremo español, de 12 de mayo de 1994.

[76] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 211. En esta línea argumentativa, ver también las sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de octubre de 2000 y 20 de abril de 2001.

[77] SACCO, R., *Il contratto.* UTET, Torino, 1975, págs. 682-683; DISTASO, N., *I contratti in generale.* Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 705.

[78] ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J., *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, 1989. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, pág. 42.

[79] En torno a las posturas encontradas de las partes —vendedor y comprador—, así como la recomendable actuación del fedatario público en las fases preliminares de la compraventa, ROJAS MONTES, L.; GARCÍA GRANERO MÁRQUEZ, M., SAPENA DAVO, J.*, op. cit.,* págs. 43-45.

[80] Respecto a los efectos jurídicos de las obligaciones sujetas a condición suspensiva en sus distintas fases (pendencia, verificación y déficit), BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo I, FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 91 y sigs.

[81] Sobre el particular, ver la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 1991.

[82] Doctrina recogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de junio de 1998.

[83] ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato,* Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 401.

[84] Respecto de las obligaciones a plazo y sus efectos jurídicos, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones,* Tomo I, FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 84-87 y sigs.

[85] Sentencias del Tribunal Supremo español, de 10 de marzo y 12 de julio de 1986; 24 de diciembre de 1992; 7 de julio de 1994. Un estudio sobre las modalidades de arras en URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación.* Discurso y Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, págs. 45 y sigs.

[86] Sentencias del Tribunal Supremo español, de 4 de noviembre de 1991; 3 de octubre de 1992; 25 de marzo de 1995; 22 de abril de 1995 y 31 de diciembre de 1998.

[87] GALGANO, F., *Il contratto,* Cedam, Padova, 2007, pág. 515; ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación,* Bosch, Barcelona, 1995, pág. 133.

[88] DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal.* Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 35-42; ZOPPINI, A., *La pena contrattuale,* Giuffrè, Milano, 1991, págs. 299-313.

[89] ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación,* Bosch, Barcelona, 1995, págs. 162-163; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto Civile,* Cedam, Padova, 2005, pág. 738.

[90] Ver sentencias del Tribunal Supremo español, de 4 de noviembre de 1991; 3 de octubre de 1992; 25 de marzo de 1995 y 22 de abril de 1995.

[91] La calificación de la entrega de una cantidad de dinero, ya como anticipo del precio, ya como arras, dependerá de la interpretación que se dé a la voluntad de las partes. Al respecto, URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación.* Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pág. 140.

[92] En este sentido, ver la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1995.

[93] ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato,* Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 388 y sigs.

[94] RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: obligaciones y contratos,* Dykinson, Madrid, 2000, pág. 239.

[95] URDANETA FONTIVEROS, E., *Las arras en la contratación.* Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pág. 36.

[96] Sobre esta posición errónea de algunos autores que llegaba a confundir ambas figuras, MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale.* UTET, Torino, 1980, pág. 210.

[97] La concepción clásica del precontrato exigía una nueva declaración por parte del concedente a la promesa inicial efectuada, no obstante que dicho consentimiento pueda ser suplido por el juez. Al respecto, TORRES LANA, citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II,* pág. 381.

[98] DISTASO, N., *Dei contratti in generale.* Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 546.

[99] CESARO, E., *Il contratto e l'opzione.* Jovene, Napoli, 1969, págs. 80 y sigs.; SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca), Zanichelli/ Foro Italiano, Bolonia/Roma, 1970, pág. 436.

[100] En torno a la relación existente entre el pacto de opción y la promesa unilateral y bilateral de venta, LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, págs. 223-226.

[101] En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 1979 y de 4 de marzo de 1991.

[102] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil, II,* pág. 382.

[103] MALAURIE, P., AYNES, L., *Droit civil. Les contrats spéciaux,* Cujas, París, 1993-1994, pág. 85.

[104] MELICH ORSINI, J., *La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y no hacer en el derecho venezolano.* Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Tomo I, UCV, Caracas, 1970, págs. 469 y sigs.

[105] SERRAO, E., *Il contratto preliminare.* Cedam, Padua, 2006, pág. 55.

[106] SPECIALE, R., *Contratti preliminare e intese precontrattuali,* Giuffrè, Milano, 1990, pág. 38; LUPINI BIANCHI, L., «El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa», en *Estudios de Derecho Privado.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, núm. 85, Caracas, 2010, pág. 271.

[107] SALANDRA, *Rivista de diritto commerciale,* 1940, I, págs. 21 y sigs.

[108] En torno a esta categoría contractual, BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo II, Publicaciones FCJP, UCV, Caracas, 2006, págs. 30-33.

[109] ALBANESE, A., D'ETORRE, M. L., «Il contratto normativo», en *I rapporti giuridici preparatori* (Francesco Realmonte), Giuffrè, Milano, 1996, págs. 202-203; SERRAO, E., *Il contratto preliminare,* Cedam, Padua, 2006, pág. 29.

[110] COVIELLO, L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano.* Milano, 1896 (Contratto preliminare, Enciclopedia Giuridica Italiana, 1902, pág. 100); RUBINO, D., *La compravendita.* Giufrè, Milano, 1971, pág. 35.

[111] MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale.* UTET, Torino, 1980, pág. 211; DISTASO, N., *Dei contratti in generale,* Tomo I, UTET, Torino, 1980, pág. 586; BIANCA, C. M., *La vendita e la permuta.* Tratatto di diritto civile italiano (Vassalli). UTET, Torino, 1972, pág. 272.

[112] MAZEAUD, H., L., y J.; CHABAS, F., *Leçons de droit civil.* T. II, vol. 1. *Obligations.* París, 1991, pág. 122.

[113] GABRIELLI, E., «Il preliminare ad effetti anticipati e la tutela del promissario acquirente», en *Rivista di diritto commerciale,* 1986 II, págs. 313 y sigs.

[114] AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 256.

[115] DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil I/2,* segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57.

[116] MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato.* Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 354.

[117] MORO, S., «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.

[118] Si la promesa contempla un plazo para que una de las partes pueda compeler a la otra la puesta en vigor del contrato definitivo, habrá que estar a la interpretación del precontrato para saber si estamos ante un plazo que opere como límite del ejercicio del derecho por las partes (plazo de caducidad), o bien como tiempo de cumplimiento (no de caducidad). Al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 216.

[119] Aun cuando la doctrina tradicional considera que el precontrato carece de objeto propio, puesto que lo que pretende es la celebración del segundo contrato, lo cierto es que, aun en el caso de admitir tal premisa, el objeto del precontrato será lícito siempre que sea posible determinarlo sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo de los contratantes. Ver, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1999, y ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato.* Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 151.

[120] Aunque la doctrina clásica desliga la forma del precontrato y la del contrato definitivo, hoy se tiende a superar tal criterio. En efecto, si el contrato no exige forma especial, el precontrato no estará sujeto a formalidad alguna; pero, sin embargo, si la requiere para su existencia o validez, el precontrato solo existiría o sería válido, si cumpliera con la forma exigida. Ver al respecto, RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 58.

[121] Ver, al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1980; 22 de marzo de 1985; 28 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 1998, entre otras.

[122] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 206.

[123] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.,* pág. 376.

[124] En torno a la ejecución forzosa de la obligación asumida en el precontrato, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* vol. 1.°, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 442-443.

[125] RODRÍGUEZ TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 28.

[126] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 205.

[127] ROCA SASTRE, R. M., «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado, I,* Madrid, 1948, págs. 323 y sigs. Esta opinión equipara el precontrato con el contrato preparatorio, en el que se asientan las bases de un contrato específico que se desarrollará en el futuro. Sobre el origen de este criterio, tanto en Demogue como en Degenkolb, TORRES, J., *Reflexiones sobre el precontrato.* Separata del núm. 25 de febrero de 1996 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, pág. 31.

[128] Aun cuando nuestra jurisprudencia no ha suscrito esta posición de manera indubitada, sí que se ha hecho eco de ella en algún pronunciamiento (sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1977, 28 de febrero de 1978, 16 de abril de 1979, 10 de marzo de 1986, 13 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1993, 19 de julio de 1994 y 23 de diciembre de 1995, entre otras).

[129] AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 256.

[130] DE CASTRO, F., «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1950, págs. 1168 y sigs. Esta monografía nace como consecuencia de la sentencia del Tribunal

Supremo de 1 de julio de 1950, la primera que reconoció la eficacia directa de la promesa de venta.

[131] Siguen con matices esta propuesta en la actualidad, DÍEZ-PICAZO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, entre otros.

[132] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 209.

[133] DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil,* vol. 1/2, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 58.

[134] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II,* vol. 1.°, Barcelona, Bosch, 1982, citado por LORENZO MERINO, F. J., en *La opción de compra en el Derecho español.* Tórculo ediciones, Santiago de Compostela, 1992, págs. 36 y 37.

[135] A tenor de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de diciembre de 1992 y 8 de julio de 1993: *«…no siempre se presenta de la misma forma y manera (…), pues unas veces las propias partes han dejado para el futuro no solo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato (…), mientras que, en otros supuestos, las mismas partes declaran su decidida voluntad —con todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa…».*

[136] En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1984; 27 de mayo de 1993 y 26 de noviembre de 1997, en las que se establece que para determinar la configuración y eficacia del precontrato habrá que estar a la intención de los contratantes, al acuerdo de las voluntades, su plasmación objetiva y las circunstancias del caso concreto. Precisamente por ello, el precontrato no solo crea la obligación de contratar en el futuro, sino también genera un vínculo que configura el contenido específico del precontrato.

[137] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.,* pág. 377.

[138] RIVERO HERNÁNDEZ, F., citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.,* pág. 378.

[139] ROMÁN GARCÍA, A., *El precontrato.* Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 415.

[140] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II,* vol. 1.°, Barcelona, Bosch, 1982, citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en *op. cit.,* pág. 376.

[141] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 208.

[142] Este es el tenor de la famosa y ya rancia sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1950, que encontraría acogida en otras sentencias más recientes de 13 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1993 y 11 de junio de 1998, así como en el tenor del actual artículo 798 de la LEC, que regula expresamente la condena a una declaración de voluntad y las consecuencias de una negativa a cumplir dicha condena.

[143] MORO, «El precontrato», en *RCDI*, Madrid, 1934, págs. 82 y sigs.

[144] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.*, op. cit.,* pág. 379.

[145] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 208.

[146] Criterio sostenido por PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II,* vol. 1.°, Barcelona, Bosch, 1982, citado por LORENZO MERINO, F. J., *La opción de compra en el Derecho español.* Tórculo, Santiago de Compostela, 1992, págs. 36-37.

[147] DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 209.

[148] En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1992; 22 de diciembre de 1992; 4 de febrero de 1994; o la de 23 de enero de 1996.

(Trabajo recibido el 11-10-2012 y aceptado para su publicación el 14-1-2014)

Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria

A new perspective on spousal support

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal
Facultad de Derecho y CC. EE.
Universidad de Córdoba

RESUMEN: La pensión compensatoria es una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges apreciada al tiempo de la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Se introdujo en el Código Civil, a consecuencia de la regulación del divorcio en 1981, y su reglamentación permanece prácticamente inalterada desde entonces, salvo la reforma operada por la Ley de 8 de julio de 2005, que no incide en su configuración ni en su contenido. La incorporación de la mujer al mercado laboral y su diferente situación en relación al matrimonio, hace precisa una labor intensa de interpretación de la norma. Se analizan los caracteres del derecho a la compensación, su distinción de otras figuras cercanas (prestación alimenticia, renta pactada y la compensación del art. 1438 del Código Civil y las circunstancias que hay que valorar para la determinación de la existencia de desequilibrio económico como factor que origina el nacimiento del derecho a pensión, su carácter temporal o indefinido y su cuantía. Finalmente, se analizan los presupuestos para su modificación y extinción, valorando algunas circunstancias concretas como las resultas de la

liquidación del régimen económico, la pasividad del perceptor en orden a la superación del desequilibrio o la percepción de una herencia.

ABSTRACT: Spousal support is a payment made by one spouse to the other following a separation or divorce; in order for it to be awarded there needs to exist a situation of economic inequality between the spouses or ex-spouses at the time of their partnership ending, arising as a consequence of the split, and an impoverishment of the less well-off partner relative to the economic situation enjoyed during the marriage. It was included in the Spanish Civil Code by virtue of the legislative regulation of divorce passed in 1981, and the rules surrounding it have remained virtually unchanged ever since, apart from the reform introduced under Law 8 of July 2005, which did not impinge either on its configuration or its content. The incorporation of women into the labour market and their different situation with regards to marriage necessitates a rigorous and detailed study of the regulations. The characteristics of the right to spousal support are analysed, as well as the distinction between it and other similar concepts (alimony, agreed income and the compensation set out in article 1438 of the Civil Code) and the circumstances that need to be evaluated in order to determine the existence of economic inequality as a factor giving rise to a right to spousal support, its temporary or indefinite character and its amount. Finally, proposals to modify or abolish such support are analysed, taking into account certain specific circumstances such as the outcome of liquidating marital assets, the passive nature of the recipient in terms of overcoming the inequality and the inheritance of a legacy.

PALABRAS CLAVE: Separación y divorcio. Pensión compensatoria. Desequilibrio económico. Régimen económico matrimonial. Vivienda habitual.

KEY WORDS: Separation and divorce. Spousal support. Economic inequality. Marital assets. Habitual dwelling.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS QUE PUEDEN PARECER CERCANAS: 1. La prestación alimenticia. 2. Una renta pactada por los excónyuges que no tenga como finalidad la compensación del desequilibrio que pudiera surgir como consecuencia de la separación. 3. La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil en el régimen de separación de bienes.—IV. CARACTERES DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—V. FACTORES DETERMINANTES DE SU CONCESIÓN. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO: 1. Concepto y

CONTENIDO DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO. 2. MOMENTO EN QUE DEBE APRECIARSE EL DESEQUILIBRIO. 3. VALORACIÓN DE ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS EN LA APRECIACIÓN DEL DESEQUILIBRIO: A) *La independencia económica de los cónyuges.* B) *Los diferentes ingresos profesionales de los cónyuges.* C) *Las cargas a las que hay que hacer frente a partir de la ruptura.* D) *El régimen económico del matrimonio.*—VI. FACTORES DETERMINANTES DE SU CUANTÍA: 1. LOS ACUERDOS A QUE HUBIERAN LLEGADO LOS CÓNYUGES. 2. LA EDAD Y EL ESTADO DE SALUD. 3. LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL Y LAS POSIBILIDADES DE ACCESO A UN EMPLEO. 4. LA DEDICACIÓN PASADA Y FUTURA A LA FAMILIA. 5. LA COLABORACIÓN CON SU TRABAJO EN LAS ACTIVIDADES MERCANTILES, INDUSTRIALES O PROFESIONALES DEL OTRO CÓNYUGE. 6. LA DURACIÓN DEL MATRIMONIO Y DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL. 7. LA PÉRDIDA EVENTUAL DE UN DERECHO DE PENSIÓN. 8. EL CAUDAL Y LOS MEDIOS ECONÓMICOS Y LAS NECESIDADES DE UNO Y OTRO CÓNYUGE. 9. CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA RELEVANTE.—VII. FACTORES DETERMINANTES DE SU CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO.—VIII. PRESUPUESTOS PARA SU MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN. VALORACIÓN DE ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS: 1. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO. 2. LAS CONSECUENCIAS DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL. 3. LA PASIVIDAD DEL PERCEPTOR EN ORDEN A LA SUPERACIÓN DEL DESEQUILIBRIO. 4. LA PERCEPCIÓN DE UNA HERENCIA.

I. CUESTIONES GENERALES

El artículo 97 del Código Civil fue redactado por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y señala:

> *«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*
>
> *A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*
>
> *1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
> *2.ª La edad y el estado de salud.*
> *3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
> *4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*

5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

En su redacción anterior, por la Ley 10/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el artículo 97 se refería a «…una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias…». Cambia, por tanto, la denominación de la prestación, de pensión a compensación, y se concreta ahora cuál puede ser su contenido, como prestación temporal o por tiempo indefinido o como prestación única.

A continuación, hacía una enumeración casi idéntica a la vigente, advirtiendo que eran circunstancias a considerar «entre otras». El texto actual añade en el apartado noveno «cualquier otra circunstancia relevante. Por lo demás, la redacción es la misma, sin haber sufrido cambios en este periodo de más de treinta años.

El artículo 32 de la Constitución («El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos») abrió la puerta a la regulación del divorcio, tres años después, por esta Ley de 1981 que, además de acometer esa reforma, tuvo que hacer frente a grandes cambios sociológicos como consecuencia de la situación existente hasta entonces en España. En las parejas que disolvieron su unión matrimonial acogiéndose a la nueva regulación, la mujer respondía al perfil de ama de casa, sin cualificación profesional, que había dedicado los años de matrimonio al cuidado de la casa y a la crianza de los hijos y, en muchos casos, había perdido, pasados los años, cualquier expectativa de acceso al mercado laboral. El legislador de 1981 se vio obligado a prever en la nueva norma una compensación económica que le permitiera, de algún modo, subsistir mientras encauzaba su nueva vida de otra forma.

La realidad social, a día de hoy, es otra. Se ha producido una debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta

la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y con el mercado laboral.

Nos encontramos por tanto, con una institución que se creó para corregir una situación social concreta y que a día de hoy navega por una realidad bastante distinta. Por eso, en la aplicación de la figura ha tenido una trascendencia esencial la Jurisprudencia del Tribunal Supremo haciendo, en los últimos años, no solamente un esfuerzo por adaptar la institución a la sociedad actual, sino por garantizar su aplicación única y exclusivamente cuando las circunstancias del caso concreto justifiquen la aplicación de la norma y cumplan con los requisitos establecidos. El dato es revelador: tal y como publica el Instituto Nacional de Estadística para el año 2011: de un total de 103.290 divorcios, 6.911 separaciones y 131 nulidades matrimoniales, se adjudicaron solamente 13.167 pensiones compensatorias.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Se puede definir la pensión compensatoria como una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio». Este argumento, recogido en la sentencia de 10 de febrero de 2005, le sirve de base al Tribunal Supremo para afirmar categóricamente que la pensión «…no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza (…). El matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión».

Son dos las corrientes doctrinales sobre su naturaleza jurídica (FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, 2012, 1396): una, como prestación alimenticia, basada en la solidaridad postconyugal; otras sentencias le han atribuido naturaleza indemnizatoria con base en la reparación del daño que produce la separación o el divorcio. La mayoría de las sentencias le otorgan naturaleza compensatoria, cuyo fundamento es la pérdida del nivel de vida que se tenía durante la vigencia de la convivencia conyugal.

De acuerdo con la autora citada, entiendo que es la interpretación más correcta, en consonancia con la norma del artículo 97 del Código Civil, puesto que la finalidad de la compensación es paliar el desequilibrio económico que surge como consecuencia de la separación o el divorcio.

Así, el Tribunal Supremo ha señalado que: «…No constituye finalidad de la pensión compensatoria equiparar económicamente los patrimonios de los espo-

sos, sino lograr colocar al más desfavorecido por la ruptura en situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas, respecto de las que habría tenido de no mediar el matrimonio, siendo consecuencia de ello que el desequilibrio a igualar no sería el existente al concluir este, sino el que existiera al comienzo, razones que permiten considerar improcedente la pensión compensatoria en supuestos como el de autos en que ambos cónyuges trabajan y perciben ingresos aunque sean de diferente cuantía, y en el que el matrimonio no ha supuesto un obstáculo para su desarrollo profesional»[1].

III. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS QUE PUEDEN PARECER CERCANAS

La determinación de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria obliga a distinguir la figura de otras que pueden entenderse cercanas.

1. La prestación alimenticia

Como se ha indicado, hay Jurisprudencia que sitúa esta compensación como análoga a la prestación alimenticia. Sin embargo, la más reciente del Tribunal Supremo ha entendido que son instituciones distintas, por cuanto la prestación alimenticia atiende al concepto de necesidad. La pensión compensatoria, por el contrario, tiene como finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos.

La distinta calificación como pensión alimenticia o pensión compensatoria tiene también importantes consecuencias en orden a la determinación del momento en que puede apreciarse su extinción, pues si se trata de una prestación alimenticia pactada hay que reconocer su validez en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siendo una forma de compensar al cónyuge más desfavorecido por la separación.

El Tribunal Supremo ha señalado que el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios, estableciendo alimentos entre los cónyuges. Este pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos[2]. Por tanto, los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, con las características del artículo 153 del Código Civil, alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos (art. 1791 CC) o gratuitos. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen

ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges. Entonces, en el convenio regulador se puede regular los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

Otra diferencia importante es que a la prestación alimenticia se aplican los efectos previstos en el artículo 148 del Código Civil, en el sentido que se abonarán «…desde la fecha en que se interponga la demanda». Por el contrario, el derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla, por lo que su percepción no tiene efectos retroactivos[3].

2. Una renta pactada por los excónyuges que no tenga como finalidad la compensación del desequilibrio que pudiera surgir como consecuencia de la separación

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2012, resuelve un supuesto de este tipo. Tiene importancia el resumen de los hechos, por cuanto en el convenio regulador de separación (sentencia de 2002) se contiene una cláusula relativa a la pensión compensatoria en la que el marido se compromete a abonar una cantidad de 250.000 pesetas mensuales, aclarando que su participación en la remuneración de un seguro de accidentes por 200.000 pesetas no altera la cuantía de la pensión y que con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo.

El marido demanda la modificación de las medidas, en concreto la extinción de la pensión compensatoria.

La sentencia de instancia acuerda la extinción de la pensión argumentando que no hubo causa que motivara su nacimiento, porque su finalidad no era paliar el desequilibrio económico. Que *se trataba de una renta vitalicia* pactada en el convenio regulador que podía haberse establecido en otro negocio jurídico más idóneo o solventarse en la liquidación del régimen económico de gananciales. La demandada apela la sentencia de instancia. La AP de Madrid confirma la sentencia apelada argumentando que la recurrente es persona de alta cualificación profesional (letrada en ejercicio) y que percibe suficientes ingresos para hacer frente a sus necesidades en fase de patología matrimonial.

El Tribunal Supremo reconoce que el pacto suscrito por los excónyuges no tuvo como función la compensación del desequilibrio que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta otra función se advierte al establecerse que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo» y

constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora.

3. La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil en el régimen de separación de bienes

El artículo 1438 del Código Civil establece la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Esta contribución se hará, a falta de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Y señala: «El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

Por tanto, responde a una finalidad distinta que la pensión compensatoria, por cuanto requiere que se haya pactado el régimen de separación de bienes y que se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo* con el trabajo para la casa. El trabajo para la casa, ha dicho el Tribunal Supremo (sentencia de 14 de julio de 2011), «no es solamente una forma de contribución a las cargas, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Además, el derecho a obtener la compensación no requiere, en ningún caso, necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación». En el caso que resuelve la sentencia citada, a falta de convenio entre las partes, fue el juez quien debió fijar la cuantía de la compensación. Para ello el Código no contiene ningún tipo de orientación, por lo que admitió como solución posible el cálculo que efectuó la sentencia de instancia: «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar».

IV. CARACTERES DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

— Se trata de un *derecho subjetivo* sujeto a los principios generales de la *justicia rogada* y al *principio dispositivo formal,* por cuanto está basada en un interés privado.

De acuerdo con el primero de estos principios, puede establecerse por convenio entre las partes o, a falta de este, por el juez, pero en ambos casos tienen que ser las partes las que la soliciten. La Ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento[4].

No se trata de una norma de derecho imperativo, sino dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, con la consecuencia que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio impiden su estimación por el Tribunal.

La renunciabilidad del derecho a solicitar la pensión compensatoria trae a colación el problema de la validez de los pactos de renuncia establecidos por los cónyuges. UREÑA MARTÍNEZ (2011, pág. 105) estudia la pensión compensatoria por cuanto el legislador parte de la presunción legal *iuris et de iure* de que la inexistencia de la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del excónyuge por el motivo que sea, significa que no existe una relación de independencia económica y, por tanto, de desprotección, que justifique el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad.

Advierte del peligro de estos pactos, por cuanto un pacto de renuncia a una pensión compensatoria en el convenio regulador, para agilizar la separación o el divorcio, encontrándose uno de los cónyuges en una situación de desequilibrio económico daría lugar a que no naciera el derecho a la pensión de viudedad. Un pacto, por el contrario, que establezca una pensión compensatoria con carácter indefinido, aún no existiendo desequilibrio económico, sí daría lugar al devengo de la pensión de viudedad.

Interesa, por tanto, examinar si el acuerdo previo de renuncia a la pensión compensatoria es válido, pues las consecuencias de esta renuncia se proyectarían en el no nacimiento del derecho a la pensión de viudedad. Por su parte, GARCÍA RUBIO (2003, pág. 1653 y sigs.), si bien se refiere a los llamados pactos preventivos, acuerdos celebrados entre los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio, donde se contemplan las consecuencias económicas de una posible disolución del vínculo matrimonial, aclara que es posible que estos pactos se produzcan una vez celebrado el matrimonio, pero nunca una vez abierta la crisis matrimonial y precisamente para dar salida a esta, pues en este caso perderían el carácter de preventivos que constituye el objeto de su trabajo.

Efectivamente, el Código Civil permite a los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad que debe regir sus relaciones tanto dentro del matrimonio como en la situación de crisis, si esta llega, establecer los acuerdos que tengan por conveniente para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio con la posterior aprobación judicial, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 97. F, 2.º párrafo). Prevé igualmente la posibilidad de modificación de estas medidas, judicialmente o por nuevo convenio,

cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Se admiten tanto los pactos de establecimiento de la compensación, de acuerdo ambos cónyuges, como los pactos de renuncia a la pensión.

— Su *naturaleza compensatoria* la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria y del carácter alimenticio, que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor[5].
— Es un derecho de carácter *relativo, personal y condicionable* en el tiempo[6].
— Puede tener *carácter temporal o indefinido* (art. 97 CC).
— *No se extingue por la muerte del obligado a prestarla*. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima (art. 101 CC, segundo párrafo).
— *Se determina en sentencia de separación o de divorcio* y será esta sentencia la que establezca su exigibilidad, duración y cuantía, así como las bases para su actualización y las garantías para su efectividad.
— *Se puede modificar* por «alteraciones sustanciales en la fortuna del otro cónyuge» (art. 100 CC).

V. FACTORES DETERMINANTES DE SU CONCESIÓN. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

El artículo 97 del Código Civil hace referencia, en su primer párrafo, a una circunstancia que, cuando aparece, será la determinante para que sea exigible el derecho a la compensación: el desequilibrio económico.

La norma concreta más, indicando que ha de tratarse de un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Posteriormente hace una enumeración no exhaustiva de las circunstancias que, el juez, en sentencia de separación o divorcio, habrá de tener en cuenta para la determinación de la cuantía de la compensación que serán objeto de estudio en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, no se trata de compartimentos estancos, pues son las circunstancias del apartado segundo del artículo 97 las que el juez habrá de valorar para determinar: en primer lugar, la procedencia de la pensión cuando resulte probado, atendiendo a estos factores, que ha habido desequilibrio y, en segundo lugar, fijar su cuantía.

La STS de 27 de junio de 2012 reproduce la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la de 19 de enero de 2010 en cuanto a la función y finalidad de las circunstancias contenidas en el artículo 97 del Código Civil: «El ar-

tículo 97 del Código Civil ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación:

1. Tesis objetivista: el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión. Las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada.
2. Tesis subjetivista: integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97.

Y entra el Tribunal Supremo en la cuestión: la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges, y para ello ha de tenerse en cuenta básicamente:

— la dedicación a la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge,
— el régimen de bienes a que han estado sujetos en tanto que va a compensar determinados desequilibrios,
— y la situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación.

De este modo las circunstancias contenidas en el artículo 97 cumplen una doble función[7]:

1. Actúan como elementos integrantes del desequilibrio.
2. Determinada la concurrencia del desequilibrio, funcionan como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión.
3. Finalmente, si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Por tanto, los factores del artículo 97 tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión[8].

1. Concepto y contenido del desequilibrio económico

Por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura.

Se trata de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de *potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas* respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

El desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al cónyuge la situación de *potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas* a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial[9].

Esa es la finalidad de la norma: situar ahora al cónyuge acreedor de la compensación en una situación de despegue laboral y económico que —resulte probado— no pudo tener entonces a consecuencia del matrimonio. El desequilibrio es desigualdad en las oportunidades laborales y situación económica y, además, esa desigualdad tiene que traer causa del vínculo matrimonial. Si la desigualdad económica y laboral existe, pero no ha sido provocada por el matrimonio, no debe considerarse desequilibrio causante del derecho a compensación. El Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de febrero de 2005, habla de «readaptación». Señala que la «ratio» del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación.

2. Momento en que debe apreciarse el desequilibrio

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, ha de afirmarse que el desequilibrio ha de existir en el momento de la separación o del divorcio, pues se trata de demostrar que el hecho que ha producido la inestabilidad económica en el cónyuge ha sido precisamente la ruptura del vínculo matrimonial. La posible incidencia de sucesos posteriores en la economía del perceptor podrían tenerse en cuenta para valorar una posible modificación de la pensión por alteración en las circunstancias económicas de uno u otro cónyuge, pero no para la determinación de la existencia de desequilibrio. En el supuesto resuelto por la STS de 19 de octubre de 2011, la sentencia que acordó el divorcio denegó la pensión compensatoria por no concurrir la situación de empeoramiento patrimonial derivada de la ruptura. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de la actora en lo relativo a la pensión compensatoria (ella trabaja en una de las empresas del marido) argumentando que «como consecuencia de la separación, ella *podría dejar de percibir su salario*, lo que supondría un perjuicio patrimonial constitutivo de un desequilibrio que justifica el señalamiento de una pensión compensatoria». El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida por cuanto: 1.º) No se constata que la esposa sufra ningún desequili-

brio económico como consecuencia de la crisis matrimonial. 2.º) La sentencia recurrida está atribuyendo una suerte de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio. Si ello ocurriera, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia de la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. *El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial*.

3. Valoración de algunas circunstancias concretas en la apreciación del desequilibrio

A) *La independencia económica de los cónyuges*

En la STS de 17 de julio de 2009, el recurrente señala la necesidad de que la Sala se pronuncie sobre que no cabe establecer pensión cuando los cónyuges son independientes económicamente uno del otro por percibir ingresos derivados de su trabajo, porque la pensión no es un mecanismo igualatorio de economías.

En la desestimación del motivo, el Tribunal Supremo argumenta que la pensión es un mecanismo reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio con las de después de la ruptura.

No es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello puede haber desequilibrio. Solo dejará de nacer el derecho a pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. No es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el artículo 97 utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión, y ello con independencia de que el argumento del recurrente pudiera ser más o menos convincente para una reforma en esta materia.

Si bien esta deseable reforma en la materia no se ha producido, sí se advierte un cambio importante en la valoración de la actividad laboral de ambos cónyuges por el Tribunal Supremo. En otra sentencia más reciente, de 25 de noviembre de 2011, de la que es ponente la Magistrada Encarnación Roca

TRÍAS, al igual que en la anteriormente citada, se valoraba la posibilidad de extinción de una pensión compensatoria que se había venido satisfaciendo durante quince años, lo que había permitido a la beneficiaria superar «la situación de precariedad laboral que tenía en el momento de dictarse la sentencia de divorcio, siendo sus ingresos regulares y de una entidad que le permiten vivir con total dignidad sin necesitar la ayuda del que fue su marido» (argumento *ex* sentencia de instancia).

En la estimación del recurso en casación se argumenta con contundencia: «Se ha probado la actividad laboral de la señora XX, que mantiene un nivel de vida suficiente y adecuado que, si bien no es igual al de su esposo, ello no significa que deba serle equiparada, ya que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges, una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil».

B) *Los diferentes ingresos profesionales de los cónyuges*

Como ya se ha expuesto, la finalidad de la pensión compensatoria no es perpetuar el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino reequilibrar una situación descompensada que resulta de aquella. Es decir, que los diferentes ingresos profesionales hayan traído causa del hecho de haber contraído matrimonio y no de circunstancias ajenas a él. Que el acreedor del derecho a pensión haya perdido derechos económicos o legítimas expectativas laborales a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. «La pensión compensatoria no tiene por finalidad igualar el punto de llegada, sino compensar el desequilibrio medido en un punto de partida que hay que situar antes del matrimonio»[10].

De manera, dice el Tribunal Supremo, que «…carece de interés, a tal efecto, el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella»[11].

Y en la de 22 de junio de 2011, concluye con contundencia que «…del solo dato de que la esposa gane menos que el marido por su trabajo, no cabe automáticamente dar por supuesto un desequilibrio susceptible de ser compensado con una pensión a cargo de este, siempre que tales ingresos no puedan reputarse absolutamente dispares, no aisladamente considerados, sino tras confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta (…) tampoco ha resultado probado que su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de

su empleo, respecto al de su esposo, sea también una consecuencia directa del matrimonio y no de sus propias aptitudes y capacidades».

En reiteración de esta doctrina, la reciente sentencia de 13 de julio de 2012 recuerda, ante la defensa de la procedencia de la pensión por la diferencia de los sueldos que perciben por su trabajo ambos cónyuges, que esto no ha venido provocado por el matrimonio, de modo que el hecho de haber contraído matrimonio y su disolución no han influido para nada en la diferencia de ingresos.

C) *Las cargas a las que hay que hacer frente a partir de la ruptura*

El convenio regulador, en caso de existir, y la decisión del juez en el procedimiento de separación o divorcio se han de referir, además de a la aludida pensión compensatoria a favor del cónyuge que resulte afectado por el desequilibrio económico, a otros extremos de vital importancia para los cónyuges y los hijos. Si centramos nuestra atención en las medidas a adoptar que tienen un contenido estrictamente patrimonial, el artículo 90 del Código Civil se refiere: a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, a la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos y a la liquidación del régimen económico (apartados C, D y E), teniendo en cuenta, claro está que, el juez, a falta de convenio entre los cónyuges, habrá de referirse en la sentencia a otros extremos que sea necesario atender en cada caso concreto.

Nótese que los factores a que hace referencia el artículo 97 como baremo para la determinación de la cuantía de la compensación se toman en referencia al potencial beneficiario de la misma. La edad y el estado de salud, se entiende que del beneficiario; la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, del beneficiario; la dedicación a la familia, del beneficiario; la colaboración en las actividades del otro cónyuge, referida al beneficiario. Aunque, claro está, hay que entender que el juez tomará en cuenta también las circunstancias del obligado para su fijación.

Y a pesar que el artículo 97 no hace referencia a ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que para apreciar la existencia de desequilibrio y, por tanto, del nacimiento del derecho a pensión compensatoria, hay que valorar además de los factores del artículo 97, otros que pueden afectar y mucho a la solvencia económica del obligado que, suele ser también el mismo cónyuge que resulta desfavorecido por la atribución judicial del uso de la vivienda habitual y obligado a satisfacer una pensión alimenticia a favor de los hijos, entre otras cargas (pago de cuota hipotecaria de la vivienda familiar, alquiler de otra vivienda para su propio cobijo, etc.).

Así, en la STS de 22 de junio de 2011, entendió el Alto Tribunal que «…a pesar de que los ingresos probados del marido son casi el doble que los que percibe su esposa, si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de

hacer frente a partir de la ruptura, no cabe concluir que exista una disparidad que sea fuente misma del desequilibrio; ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente (…). Así, es determinante que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler (…) y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos». Y concluye que: «…Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba ser compensado por aquel con una pensión a su cargo».

D) *El régimen económico del matrimonio*

El que un matrimonio haya reglado sus relaciones patrimoniales por uno u otro régimen económico, ya sea de comunidad o de separación de bienes, no constituye un factor que, por sí solo, sea generador de la situación de desequilibrio que dé lugar al nacimiento de derecho a pensión. Sin embargo, de la misma manera que hemos visto con las circunstancias anteriormente expuestas, puede ocurrir que puesta la situación en la que quedan los cónyuges tras la liquidación del régimen en relación con otros elementos de juicio que influyan en un potencial desequilibrio económico sí sea este un extremo a tener en cuenta[12].

Veremos más adelante el alcance de la liquidación del régimen económico como factor que puede influir en la modificación o extinción de la pensión acordada en procedimiento de separación.

VI. FACTORES DETERMINANTES DE SU CUANTÍA

Como señala el párrafo segundo del artículo 97 del Código Civil, una vez determinado el nacimiento del derecho a pensión y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, «el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges

Como se ha expuesto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, los cónyuges pueden regular las consecuencias de la nulidad, separación o di-

vorcio, teniendo como límite que los pactos no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, en cuyo caso denegará el juez la preceptiva aprobación para la validez de los mismos.

2. La edad y el estado de salud

De ambos cónyuges, se entiende. Del beneficiario habrá que valorar tanto la edad para sopesar las posibilidades de acceder a un empleo pues, lógicamente, a más edad menos posibilidades, como su situación personal en cuanto a lo que a la salud se refiere, pues ello puede igualmente limitar su inclusión o continuación en el mercado laboral. Puede influir además porque no son las mismas necesidades económicas las de una persona sana que las de una enferma. Del obligado, serán circunstancias que habrán de valorarse en relación a su capacidad para producir ingresos. Dependiendo del tipo de ocupación que tenga puede ser que el estado de salud no le permita un flujo de ingresos fijos o de determinada cuantía, lo que resulta decisivo a la hora de detraer la cantidad a satisfacer en concepto de pensión.

3. La cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo

Referidas presumiblemente al perceptor, influirán tanto en la constatación del desequilibrio como en la determinación de la cuantía de la pensión. Desde un punto de vista sociológico y dado que en un altísimo porcentaje de las pensiones compensatorias son adjudicatarias las mujeres[13], su cualificación laboral —en términos generales— ha sufrido importantes cambios desde la originaria redacción del precepto[14]. La estadística demuestra que no es significativa la variación entre las cifras de la cualificación profesional entre varones y mujeres y que en términos absolutos no se corresponde con la proporción existente entre la adjudicación de pensiones compensatorias a uno y otro sexo.

4. La dedicación pasada y futura a la familia

Será circunstancia que impida acceder a un puesto de trabajo o trabajar en horarios y situaciones que impidan obtener el máximo rendimiento económico (Roca Trías 1, 1991, pág. 404). Como se ha visto, la dedicación al trabajo del hogar es factor determinante para la concesión de la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil si el matrimonio se encontraba en régimen de separación de bienes.

5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge

Habrá que tener en cuenta si el cónyuge acreedor de la pensión ha participado en este tipo de actividades sin remuneración, pues de este modo habrá contribuido gratuitamente al desarrollo y mejora profesional del otro. En gananciales, si la actividad era privativa, esta mejora favorecerá a ambos en la liquidación del régimen económico. Si era ganancial, la sociedad será acreedora del incremento de valor que haya sufrido como consecuencia del trabajo del cónyuge beneficiario de la pensión. Si el régimen económico del matrimonio era de separación de bienes, entiendo que también será computable como mejora de la actividad y deberá valorarse por el juez, pues de otro modo podría incluso plantearse una acción de enriquecimiento injusto contra el cónyuge deudor y titular del negocio o actividad industrial.

6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal

La mayor duración del matrimonio o convivencia sin matrimonio actuará como factor de incremento de la cuantía de la pensión.

7. La pérdida eventual de un derecho de pensión

Roca Trías (1, 1991, págs. 404-405) se refiere a pérdida de pensiones de la Seguridad Social, así como otras pactadas convencionalmente, como los seguros, y también al derecho a la legítima. La Ley 30/1981 contenía en la Disposición Adicional 10.ª una serie de normas para la adaptación de las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social a la nueva realidad social. Para determinar las causas extintivas de la pensión de viudedad, el legislador remite al artículo 101 del Código Civil que contempla las causas de extinción de la pensión compensatoria (cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona). Puede considerarse por tanto que, de darse alguna de estas causas se extinguirían ambas, pues los presupuestos son los mismos para una y otra.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, condiciona el acceso a la pensión de viudedad a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria. Es decir, supedita su obtención a la existencia previa de una dependencia económica entre perceptor y obligado. Como señala Ureña Martínez (2011, pág. 68) si la relación matrimonial existía antes del óbito, se sigue presumiendo *iuris et de iure* la dependencia económica de los esposos y, por tanto, se devengará la pensión

de viudedad; por el contrario, si los cónyuges estaban separados, divorciados o con matrimonio declarado nulo antes del fallecimiento, será necesario probar la existencia de una relación de dependencia económica entre ellos a efectos de acceso a la pensión de viudedad.

8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

Lógicamente el patrimonio actual y previsiblemente futuro de ambos cónyuges será determinante para fijar la cuantía de la pensión, de la misma manera que lo habrá sido anteriormente para estimar su procedencia. Aquí habrá que tener en cuenta otras circunstancias relevantes, como las resultas de la liquidación del régimen económico o incluso otras ajenas al matrimonio como puede ser la percepción de una herencia por el cónyuge acreedor. Y de todo ello, será elemento modulador de la cuantía el nivel de vida de ambos y los gastos ordinarios que tenga cada familia, que pueden variar radicalmente según el supuesto que se esté valorando.

9. Cualquier otra circunstancia relevante

Siempre que el juez la estime de importancia para determinar la cuantía de la pensión.

VII. FACTORES DETERMINANTES DE SU CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO

La reforma del artículo 97 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio introdujo en el precepto una aclaración sobre el carácter de la pensión que no se contenía en la regulación anterior, señalando que «podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

Ya antes de la publicación de la nueva norma, el Tribunal Supremo había ampliado la interpretación de la redacción entonces en vigor del artículo 97, permitiendo que se acordara la pensión compensatoria de manera temporal, aún sin excluir la procedencia en algunos casos de la indefinida. La STS de 10 de febrero de 2005 (la reforma es de julio) señala que la Ley no prohíbe su temporalización[15]. Es preciso —afirma— «que conste una situación de idoneidad

o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección».

El periodo de duración de la pensión está en íntima relación con el que el cónyuge acreedor necesitará para dar por finalizada la situación de desequilibrio que motivó su procedencia[16]. Adelantarse a la determinación de un plazo concreto en el que se habrá superado la situación de desequilibrio es, sin duda, arriesgado. Pero como dice el Tribunal Supremo, se trata de aplicar índices de probabilidad, abogando, en todo caso, por el periodo más amplio cuando así lo aconseje la situación. Los factores que el juez habrá de valorar, a falta de acuerdo entre los cónyuges, entiendo que también están en el elenco del artículo 97 del Código Civil. La cualificación profesional, la edad, son circunstancias a tener en cuenta para determinar un periodo razonable en el que sea posible al perceptor alcanzar una situación de independencia económica siempre que, claro está, el beneficiario demuestre interés en la superación de esta situación de desequilibrio pues, como ha señalado el Tribunal Supremo «no es jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo (al trabajo) por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención»[17]. Más problemático aún resulta el establecer como requisito para la extinción de la pensión que la esposa encuentre trabajo. Condicionar la extinción a un hecho que puede hacerse depender de la voluntad de la perceptora ha sido considerado por el Tribunal Supremo como favorable a su reconocimiento con carácter vitalicio[18].

La STS de 23 de enero de 2012[19] apunta como «única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el desequilibrio que constituye su razón de ser». A pesar que no se descarta la pensión vitalicia cuando sea procedente, el examen de la jurisprudencia más reciente demuestra que el grueso de las pensiones se adjudican por tiempo limitado y que las indefinidas quedan relegadas a supuestos de matrimonios de larga duración y para cónyuges sin ingresos ni cualificación profesional.

En cuanto a la posibilidad de fijar la pensión como prestación única, entiendo con Fernández Gil-Vega (2012, 1403) que tiene como ventaja que los cónyuges se desligan de cualquier relación económica para el futuro (aparte otras posibles medidas adoptadas en el proceso de separación o divorcio), pero

también el inconveniente de no ser posible su modificación por la alteración sustancial en la fortuna de los cónyuges al haberse cumplido con la obligación de pago en un solo acto.

VIII. PRESUPUESTOS PARA SU MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN. VALORACIÓN DE ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS

El artículo 97 del Código Civil establece en su último párrafo: «En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad». Una vez establecida, el artículo 100 prevé su modificación «por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge».

Para su extinción, el artículo 101 del Código Civil señala como presupuestos el cese de la causa que lo motivó, el nuevo matrimonio del acreedor o la convivencia marital con otra persona, aclarando finalmente que la muerte del deudor no extingue el derecho a pensión, aunque los herederos pueden pedir al juez la reducción o supresión de aquella cuando no pudieran satisfacerla con el caudal hereditario o la deuda afectara a sus derechos en la legítima. En cuanto al momento en el que debe alegarse la causa de extinción, la STS de 23 de noviembre de 2011, planteaba la posibilidad de alegarla —en este caso por convivencia marital estable de la esposa con otra persona— en la demanda de divorcio, cuando el demandante conocía el hecho de la convivencia al tiempo de la separación y no se opuso a la pensión. Dos cuestiones resuelve el Tribunal Supremo: 1. Si la sentencia de divorcio (atendiendo a la norma de 1981) debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas: «Si bien como regla general los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, no necesariamente debe ser así porque el divorcio es una situación nueva que da lugar a unos efectos distintos a la separación. El divorcio es distinto a la separación y por eso pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas la pensión compensatoria. El divorcio constituye una situación distinta y nueva que será definitiva desde el momento de la sentencia que en este aspecto es constitutiva y por ello todos sus efectos se van a producir desde la sentencia de divorcio». 2. Si el deudor de la pensión que ha consentido que se establezca, conociendo la concurrencia de la causa en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio: La Sala entiende que el divorcio es una situación nueva en la que deben fijarse los efectos correspondientes y que, como ha efectuado la sentencia recurrida, es posible alegar la causa ya concurrente por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación solo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

Por lo que se refiere a la actualización de la pensión, hay que entender que la referencia será el IPC, pues en pensiones de larga o indefinida duración pueden existir grandes diferencias entre el momento inicial y posteriores.

Por su parte, la «sustancialidad» de la alteración en la fortuna de un cónyuge u otro ha dado lugar a una extensa elaboración jurisprudencial sobre la materia, pues ha sido aducida en ambos sentidos, no solamente para la corrección al alza y a la baja de la cuantía de la pensión, sino también para la modificación de la duración inicialmente prevista.

Plantea especial interés la cuestión de si es posible acordarse una pensión compensatoria temporal en modificación de medidas, cuando en la sentencia de divorcio se estableció sin ningún límite. El Tribunal Supremo ha resuelto que en la expresión «modificación por alteraciones sustanciales» hay que incluir la temporalización de una pensión acordada en principio como vitalicia[20].

Veamos la incidencia de algunas circunstancias particulares en la modificación o extinción de la pensión.

1. El transcurso del tiempo

Establecidas las bases para determinar la situación de desequilibrio que motiva la procedencia de la pensión, el simple transcurso del tiempo no es determinante para su modificación o extinción. Se extinguirá, lógicamente, cuando se haya fijado un plazo de vigencia y haya llegado el día, pero si no ha sido así, o se fijó pero se pretende su modificación antes de llegar el término, el tiempo por sí solo no modifica ni extingue la prestación. Para que tenga efectos modificativos o extintivos, el transcurso del tiempo debe llevar aparejada bien una alteración en la fortuna de uno de los cónyuges o bien el cese de la causa que motivó la pensión que no es otra que la desaparición del desequilibrio[21].

2. Las consecuencias de la liquidación del régimen económico matrimonial

Como dijimos más arriba, la elección de un régimen u otro para regular las relaciones económicas de un matrimonio por sí solo no determina la existencia de desequilibrio generador de pensión compensatoria. Sin embargo, llegado el momento de la liquidación, puede ocurrir que las consecuencias económicas sean determinantes para entender superada la situación de desequilibrio inicialmente existente o bien, que el incremento patrimonial en la fortuna del cónyuge deje expedita la vía para la superación del desequilibrio, poniendo a su alcance los medios económicos suficientes para extinguir una situación de desigualdad provocada por la ruptura.

Llama la atención —por la cuantía del aumento patrimonial— el caso que resuelve la anteriormente citada STS de 24 de noviembre de 2011. En este caso, porque la liquidación del régimen económico determinó una alteración sustancial en la fortuna de ambos cónyuges: la esposa se adjudicó tras la liquidación de gananciales un patrimonio por valor superior a los *4 millones de euros,* lo que determina «una alteración sustancial en su fortuna», por lo que es adecuado, dice el Tribunal Supremo, que se acuerde una pensión temporal, tal y como ha efectuado la sentencia recurrida[22]. En este caso, si bien la pensión no se extinguió, dejó de ser vitalicia para convertirse en temporal.

3. La pasividad del perceptor en orden a la superación del desequilibrio

Cuando la pensión se fija con carácter temporal, la duración prevista se corresponde con un periodo de tiempo «…*suficiente* para restituir al cónyuge la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial»[23]. Ocurre, sin embargo, que para vencer la situación de desequilibrio es necesario que intervenga un elemento personalmente intencional: *querer* superar el desequilibrio, pues transcurrido el plazo de duración inicialmente previsto, podría aducirse por el perceptor el no haber sido suficiente para conseguir el fin previsto. Ante la objetiva dificultad actual de cualquier persona, incluso con alta cualificación profesional para encontrar empleo y más aún empleo estable, resulta complicado establecer un baremo que determine cuando se ha hecho todo lo posible en la búsqueda de un trabajo, en orden a superar el desequilibrio. El Tribunal Supremo ha determinado, con claridad meridiana que «no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención»[24].

En la primera Resolución de las citadas, la de 15 de junio de 2011, se contempla cómo la sentencia de divorcio condicionó el percibo de la pensión a partir del quinto año a la prueba de la subsistencia de la situación de desequilibrio inicial, por causa no imputable a la propia desidia o pasividad de la esposa en la búsqueda y obtención de empleo, decisión que trasluce su contemplación como algo temporal y no como algo definitivo (la esposa entendía que se le había concedido con carácter indefinido).

La Audiencia Provincial consideró subsistentes las circunstancias que determinaron que se tuviera por existente el desequilibrio en el anterior juicio de divorcio (la dedicación a la familia, su edad, su cualificación profesional…), pero determinando que se limitara a tres años la pensión, al considerar ambos órganos judiciales en el pleito de modificación de medidas, con acierto, que en la tesitura en que se encontraba la beneficiaria, era un plazo más que suficiente para conseguir un trabajo.

La Audiencia considera que el empeño e interés de la esposa en eliminar el desequilibrio no tuvo la intensidad que se requería para justificar que el mantenimiento del mismo no podía imputarse a su conducta y confirmó las apreciaciones del Juzgado que en esta línea valoró negativamente que se limitara a estar inscrita en el INEM, renunciando a tomar una actitud activa que, en buena lógica, podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo, por ejemplo, mediante el envío de currículos a empresas demandantes de empleo. El Tribunal Supremo considera la decisión de la Audiencia perfectamente razonada y desestima el recurso de la esposa.

En la segunda sentencia, la de 27 de junio de 2011, el Tribunal Supremo reitera la doctrina anterior considerando, en resumen, que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación o divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo y con ello subvenir ella misma a sus necesidades, no reconociéndose a la recurrente ningún impedimento con incapacidad física o psíquica para trabajar. La superación del desequilibrio estaba en su mano y no dependía ni tan siquiera del éxito en la búsqueda del empleo (disponía de un puesto de trabajo fijo como personal estatutario).

4. La percepción de una herencia

Recibir una herencia es una circunstancia imprevisible que, claro está, no puede tomarse en consideración en el momento de la constatación de la situación de desequilibrio, pero que sí puede ser considerada como «alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge», lo que permitiría modificar la cuantía de la pensión o determinar su extinción. Sin embargo, el simple hecho del aumento patrimonial que puede suponer la percepción de la herencia no se valora por el Tribunal Supremo como circunstancia que, por sí sola, determine una alteración sustancial de las circunstancias, sino que se hace preciso considerar si el patrimonio recibido efectivamente provocará una alteración en la fortuna del cónyuge perceptor.

Así, en la sentencia de 27 de octubre de 2011, el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre este tema, señalando que si bien este hecho es susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión «…es necesario valorar su entidad en el plano económico en cada caso concreto, la disponibilidad del acreedor sobre esos bienes y la posibilidad efectiva de rentabilizarlos». En el supuesto de hecho que resuelve esta resolución afirma el Tribunal Supremo que «no puede obviar la parte recurrente que la capacidad de la recurrida para rentabilizar la herencia de su padre se encuentra muy limitada desde el momento que, según se declara probado por la AP y no cabe revisar en casación, el disfrute de la mayoría de los bienes relictos corresponde a la viuda usufructuaria».

Finalmente, y en cuanto a los presupuestos que el Código Civil señala como determinantes de la extinción de la compensación, no plantea ningún problema de prueba el hecho de haber contraído el acreedor de la pensión nuevo matrimonio como circunstancia determinante de la extinción de la pensión prevista expresamente en el artículo 101 del Código Civil.

Es el supuesto de la llamada convivencia marital estable o como dice el artículo 101, *vivir maritalmente con otra persona,* el que reviste cierta indeterminación, pues nada aclara el Código sobre lo que deba entenderse en este sentido o sobre qué requisitos debe cumplir esta convivencia para que resulte eficaz en orden a la extinción de la pensión compensatoria. Se hace precisa, por tanto, una labor de interpretación de la norma que, como ha sentado la jurisprudencia sobre la materia, ha de utilizar dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada.

La STS, de 28 de marzo de 2012[25], sienta la siguiente doctrina:

En cuanto al primero, la finalidad de la norma es evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que inicialmente solo se preveía como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor.

En cuanto al segundo, la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja sumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, aunque con ausencia de forma; el objetivo, basado en la convivencia estable.

En definitiva, lo que hay que entender es que esta situación tiene lugar cuando los sujetos viven como cónyuges y ello produce una creencia generalizada sobre sus relaciones.

Lógicamente el beneficiario de la pensión tratará por todos los medios de que los Tribunales no entiendan subsumida en esta circunstancia su situación personal. Sirva de ejemplo el supuesto de hecho resuelto en la sentencia de 9 de febrero de 2012. La perceptora alega en el recurso interpuesto por el marido solicitando la extinción de la pensión ante la AP que, admitida una relación sentimental con otro hombre, se trata de una relación de amistad, incluso con mantenimiento de relaciones íntimas, pero en la que falta el detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida. En el recurso de casación, el Tribunal Supremo trata de aclarar la contradictoria interpretación de la expresión «vivir maritalmente» por las Audiencias Provinciales y, en aplicación de los criterios de interpretación más arriba expuestos, concluye que la convivencia de la esposa con una tercera persona durante año y medio, reconocida por la implicada, pública y conocida por amigos y familiares tiene el carácter de «vida marital» aunque no se haya producido bajo el mismo techo.

Las continuas permanencias y visitas en los domicilios de uno y otro y los encuentros de manera pública de ambos en distintos establecimientos de la ciudad permiten aplicar la interpretación de lo que deba entenderse por «vida marital».

En definitiva (ROCA TRÍAS 2, 1991, pág. 410) cualquier situación de convivencia estable excluye el desequilibrio económico y por tanto extingue el derecho a seguir percibiendo la pensión, quedando excluida la convivencia esporádica u ocasional.

CONCLUSIONES

I. La pensión compensatoria es una figura jurídica de derecho de familia creada al amparo de la Ley 10/1981, que regula el divorcio, para corregir la situación económica en la que quedaba la mujer tras la disolución del vínculo, y que respondía al perfil de ama de casa, sin cualificación profesional, que había dedicado los años de matrimonio al cuidado de la casa y a la crianza de los hijos y, en muchos casos, había perdido, pasados los años, cualquier expectativa de acceso al mercado laboral. El legislador de 1981 se vio obligado a prever en la nueva norma una compensación económica que le permitiera, de algún modo, subsistir mientras encauzaba su nueva vida de otra forma.

II. La realidad social hoy es otra. La diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y con el mercado laboral obligan a velar por la procedencia de la adjudicación de estas compensaciones solamente en casos muy concretos y que respondan a la finalidad de la norma. En esta tarea juega un papel esencial la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que advierte que la pensión compensatoria no es una garantía vitalicia de sostenimiento ni una póliza de seguro vitalicio. La estadística demuestra que en más de un 91 por 100 son adjudicatarias las mujeres, lo que no se corresponde con la proporción, muy cercana en las cifras, que resulta de la comparación de ambos sexos por cualificación profesional.

III. No se trata de comparar dos situaciones económicas desiguales, ni de probar que son dispares los ingresos profesionales, sino de demostrar que ha sido la ruptura lo que ha provocado la desigualdad y que esta no se hubiera producido de continuar el matrimonio, por lo que el desequilibrio ha de apreciarse en el momento de la ruptura. La pensión compensatoria no tiene por finalidad igualar el punto de llegada, sino compensar el desequilibrio medido en un punto de partida que hay que situar antes del matrimonio, teniendo en cuenta otras circunstancias como las cargas a las que hay que hacer frente tras la ruptura o las resultas de la liquidación del régimen económico.

IV. A raíz de la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, se aboga por pensiones temporales, por un plazo que estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, extremo este en el que el Tribunal Supremo ha valorado específicamente la pasividad del perceptor en la búsqueda y obtención de empleo.

V. La Jurisprudencia tiende a flexibilizar la apreciación de los requisitos para su modificación o extinción, interpretando de modo extenso lo que deba entenderse por «alteración sustancial en la fortuna» del cónyuge o «vivir maritalmente con otra persona».

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

- Sentencia de 2 de diciembre de 1987.
- Sentencia de 10 de febrero de 2005.
- Sentencia de 17 de julio de 2009.
- Sentencia de 19 de enero de 2010.
- Sentencia de 15 de junio de 2011.
- Sentencia de 22 de junio de 2011.
- Sentencia de 27 de junio de 2011.
- Sentencia de 14 de julio de 2011.
- Sentencia de 20 de julio de 2011.
- Sentencia de 19 de octubre de 2011.
- Sentencia de 27 de octubre de 2011.
- Sentencia de 4 de noviembre de 2011.
- Sentencia de 23 de noviembre de 2011.
- Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
- Sentencia de 25 de noviembre de 2011.
- Sentencia de 10 de enero de 2012.
- Sentencia de 23 de enero de 2012.
- Sentencia de 9 de febrero de 2012.
- Sentencia de 28 de marzo de 2012.
- Sentencia de 20 de abril de 2012.
- Sentencia de 29 de junio de 2012.
- Sentencia de 13 de julio de 2012.
- Sentencia de 23 de octubre de 2012.
- Sentencia de 30 de octubre de 2012.
- Sentencia de 16 de noviembre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA RUBIO, M. P. (2003): «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVI-4, págs. 1653-1674.

ROCA TRÍAS, E. (1991): «Comentario del artículo 97 del Código Civil», en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, págs. 402-405.

— (1991): «Comentario del artículo 101 del Código Civil», en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, págs. 410-412.

FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I. (2012): «La disolución del matrimonio», en DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, G. (coord.), *Derecho de Familia,* Navarra, Civitas-Thomson Reuters, págs. 1291-1300.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011): *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria),* Navarra, Cuadernos Aranzadi Civil, Aranzadi Doctrina, Thomson Reuters.

Página web del Instituto Nacional de Estadística. www.ine.es

Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. www.empleo.gob.es.

NOTAS

[1] STS de 22 de junio de 2011.

[2] Sentencia de 4 de noviembre de 2011. El Tribunal Supremo se pronuncia en unificación de doctrina sobre el contrato de alimentos porque estima que el recurso presenta interés casacional por cuanto existe doctrina contradictoria de las AAPP sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos que establecen alimentos entre los firmantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previo. Remite a la STS de 22 de abril de 1997, que estableció que en situaciones de crisis matrimonial pueden coincidir tres tipos de acuerdos:

El convenio (en abstracto), que es un negocio jurídico de derecho de familia.

El convenio regulador aprobado judicialmente, con toda la eficacia procesal que ello conlleva.

El convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil («pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en capitulaciones matrimoniales, ya sea en documentos complementarios»).

En la aplicación al caso de esta doctrina, concluye: «El divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre alimentos porque:

Hay que reconocer la validez del pacto en virtud del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges.

La prestación de alimentos pactada viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50 por 100 del negocio del marido. Estos "alimentos" no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas que mantenían los cónyuges.

En el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido».

[3] En este sentido, la reciente STS de 30 de octubre de 2012.

[4] Vid. STS de 2 de diciembre de 1987.

[5] Vid. STS de 2 de diciembre de 1987.

[6] STS de 10 de febrero de 2005.

[7] Vid., entre muchas otras, por reciente, la de 16 de noviembre de 2012.

[8] Además, aparte de los factores que enumera el Código Civil, habrá que tener en cuenta otros cuando el caso lo demande como, por ejemplo, las diferentes cargas a las que hay que hacer frente a partir de la ruptura. A algunas de ellas haremos referencia más adelante.

[9] Tribunal Supremo, sentencia de 22 de junio de 2011. La sentencia de instancia y la de la Audiencia Provincial conculcan este razonamiento, señala el TS. La Jurisprudencia mantiene el criterio contrario a identificar el necesario desequilibrio económico con una disparidad no desequilibrante en los ingresos, resultado de comparar la situación inmediatamente anterior a su ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta.

En el supuesto concreto, «…tampoco ha resultado probado que su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo, sea también una consecuencia directa del matrimonio y no de sus propias aptitudes y capacidades».

Con idéntica doctrina, vid. STS de 23 de enero de 2012. La de 19 de enero de 2011 se había dictado para unificar la doctrina contradictoria de las AAPP sobre esta materia, señalando: «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio» (doctrina aplicada después en SSTS de 19 de octubre y 24 de noviembre de 2011).

[10] STS de 22 de junio de 2011.

[11] El marido, cirujano, la esposa, enfermera en situación de excedencia voluntaria que conservaba su puesto fijo como personal estatutario en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid. En esta sentencia, de 23 de enero de 2012, el Tribunal Supremo desestima el recurso planteado por la esposa, entendiendo que el desequilibrio económico existente entre los ingresos de ambos trae causa de la superior preparación o cualificación profesional del marido, en una larga experiencia laboral en una profesión como la de cirujano y en la consiguiente mayor remuneración de la actividad profesional realizada por el cónyuge menos desfavorecido. No puede olvidarse —continúa— que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo laboral como enfermera y otra bien distinta que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio, pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo hasta su disolución).

En la de 22 de junio de 2011, en el proceso de divorcio iniciado a instancia del marido, la esposa formula reconvención solicitando pensión compensatoria. Para justificar su procedencia y cuantía adujo la existencia de un desequilibrio fundado en la diferencia de ingresos existente entre los cónyuges, en la mayor estabilidad del marido (profesor de universidad, mientras la mujer desempeñaba un puesto de auxiliar interina en una biblioteca municipal), y en que ambas circunstancias traían causa de la plena dedicación de la mujer a la familia durante el matrimonio.

[12] La STS, de 8 de mayo de 2012, recoge en sus pronunciamientos los de la de 19 de enero de 2010 (Pleno). En el supuesto de autos, el régimen económico que había regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, había sido el de gananciales, «lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad». Confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que había excluido el derecho a pensión compensatoria.

[13] La estadística publicada por el INE de nulidades, separaciones y divorcios, según cónyuge que paga la pensión compensatoria para el año 2011, arroja el siguiente resultado: 11.986 pensiones pagadas por el esposo frente a 1.181 por la esposa (no llega al 9 por 100). En esta

proporción, por Comunidades Autónomas se concreta, a título de ejemplo: en Andalucía, 2.302 a 294; en la Comunidad de Madrid, 1.525 a 145; en Cataluña, 1.888 a 233; en la Comunidad Valenciana, 1.275 a 104.

[14] Según la encuesta de población activa (EPA), que publica el Ministerio de Trabajo, en el año 2011 constituían población activa femenina 10.422.000 mujeres, frente a 12.680.000 varones. Dentro de esta estadística, destaca el dato que en el año 2011 había 55.200 hombres analfabetos frente a 48.900 mujeres, 1.501.300 hombres con estudios primarios frente a 971.600 mujeres, 6.955.800 hombres con estudios secundarios frente a 5.209.900 mujeres y 3.867.100 varones con estudios postsecundarios frente a 3.993.600 mujeres.

[15] «Se trata de una alternativa que se aplicará en uno u otro sentido, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso». SSTS de 20 de julio de 2011 y, en el mismo sentido, 27 de junio de 2011.

[16] Se trata de fijar una pensión «…en cuantía y *duración suficiente* para restituir al cónyuge la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial». STS de 22 de junio de 2011.

[17] STS de 15 de junio de 2011.

[18] Así, vid. STS de 10 de enero de 2012, cuya doctrina se reproduce en la de 23 de enero de 2012: «La pensión no es un instrumento de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como es la pérdida de empleo, ni a la futura obtención del mismo. Por eso no puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria a que acceda al mercado laboral. De forma que la hipotética obtención de empleo por la perceptora habría de valorarse en el momento en que se produzca, al objeto de que el recurrente pueda solicitar la extinción del derecho por cambio de circunstancias, en particular, por la desaparición del desequilibrio que lo motivó».

[19] Idéntica doctrina se reitera en las de 23 de octubre de 2012 y 30 de octubre de 2012.

[20] STS de 24 de noviembre de 2011.

[21] Así lo entiende la STS de 27 de junio de 2011, cuando señala: «…no haber lugar a modificar la pensión, como tampoco a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 del Código Civil por el mero transcurso del tiempo (o por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales). Lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho». En la posterior de 27 de octubre de 2011: «el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal».

[22] Se hace referencia al supuesto resuelto por la STS de 24 de noviembre de 2011. La liquidación del régimen económico se produce con posterioridad a la sentencia de separación que había impuesto la pensión compensatoria con carácter vitalicio a favor de la esposa. La sentencia que acordó el divorcio desestimó la modificación de la pensión pretendida por el marido, entendiendo que la adjudicación de gananciales no hace desaparecer el desequilibrio, pues solo supone que cada cónyuge hace suyo lo que le correspondía, derecho que ya tenía al fijarse la pensión. Posteriormente, la resolución de la Audiencia Provincial decreta la reducción de la pensión, tanto en su cuantía como en su duración, pues la limita a tres años, entendiendo que tras la liquidación ninguno de los contrayentes se halla en una situación huérfana de patrimonio y por ende de rendimientos del mismo.

[23] STS de 22 de junio de 2011.

[24] SSTS de 15 de junio de 2011 y 27 de junio de 2011.

[25] Reproduce la doctrina contenida en la de 9 de febrero de 2012.

(Trabajo recibido el 28-11-2012 y aceptado para su publicación el 14-1-2014)

El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación*

The obligation breach of paying the price in the sphere of buying & selling properties due to the inability to obtain financing

por

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

RESUMEN: Antes de que se manifestara la crisis económica actual en toda su amplitud, que incide especialmente en el ámbito inmobiliario, muchas personas celebraron contratos de compraventa de vivienda en los que se pactaba la entrega de una cantidad a cuenta del precio en el momento de la firma del documento privado. El resto del precio, que se pagaría con el otorgamiento de la escritura pública, se obtendría mediante la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad financiera o mediante la subrogación en el que ya había sido concedido a la promotora. Sin embargo, dada la restricción actual del crédito, las entidades bancarias no les han autorizado la subrogación en la hipoteca del promotor-vendedor o se les ha denegado la financiación que ellos esperaban obtener. Ante esta situación, son muy numerosas las demandas

presentadas ante nuestros tribunales en que los compradores solicitan la resolución del contrato alegando la extinción de la obligación de pagar el precio por imposibilidad sobrevenida al no poder obtener financiación. Es preciso analizar si procede la resolución o la modificación del contrato, o por el contrario, si el comprador debe cumplirlo en todos sus términos.

ABSTRACT: Before the current economic crisis, which has especially affected the real estate sector, many buyers conducted property contracts in which the parties agreed that the buyer would pay an initial amount —at the moment of signing the private contract— against the full price. The rest of the price, which would be paid at the moment of the public deed conferment, would be obtained by taking out a mortgage loan or through the subrogation in the contract that the developer already had granted. However, due to the credit crunch, financial institutions commonly have been refusing to grant mortgages or even subrogating in the place of the promoter in the mortgage that had already been granted. With this situation, scores of complaints have been brought before the courts with buyers requesting to terminate their contracts, alleging that payment is no longer obligatory due to the supervening impossibility of obtaining financing. Therefore, it must be determined if any resolution or amendment to the contract is necessary, or if the buyer must comply with all the terms of the contract.

PALABRAS CLAVE: Crisis económica, restricción del crédito, imposibilidad sobrevenida, resolución contractual, cláusula *rebus sic stantibus.*

KEY WORDS: Economic crisis, credit crunch, supervening impossibility, contractual termination, rebus sic stantibus *clause.*

SUMARIO: I. CRISIS ECONÓMICA, RESTRICCIÓN DEL CRÉDITO Y COMPRAVENTA DE INMUEBLES.—II. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER FINANCIACIÓN COMO POSIBLE SUPUESTO CAUSANTE DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO: 1. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA LIBERATORIA: A) *Imposibilidad subsiguiente o sobrevenida.* B) *Imposibilidad física o legal, absoluta y objetiva.* C) *Imposibilidad definitiva o permanente.* D) *No imputable al deudor.* E) *Nexo causal.* 2. LA IMPOSIBILIDAD DE PAGO POR DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CIVIL: A) *Sentencias que no estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida.* B) *Sentencias que estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida*.—III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE CONSEGUIR LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. LA DENEGACIÓN DE FINANCIA-

CIÓN COMO SUPUESTO DE HECHO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA: 1. CASOS EN QUE NO SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN. 2. CASOS EN QUE SE CONSIDERA PROBADA LA CONDICIÓN.—V. DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CRISIS ECONÓMICA, RESTRICCIÓN DEL CRÉDITO Y COMPRAVENTA DE INMUEBLES

En los últimos años se ha venido planteando ante nuestros tribunales una cuestión de gran calado social y jurídico. Ante la grave crisis económica que padecemos, y que se manifiesta de forma especialmente notoria en el ámbito inmobiliario, son muchas las sentencias dictadas por nuestros tribunales que resuelven las consecuencias del incumplimiento del comprador de vivienda que no puede hacer frente al pago del precio pues no consiguen obtener financiación. Muchos compradores, antes de que se manifestara dicha crisis en toda su amplitud, celebraron contratos de compraventa suscritos en documentos privados en los que se pactaba la entrega de la vivienda en la fecha convenida, que coincidiría con el otorgamiento de la escritura pública. En el momento de firma del documento privado se entregó una cantidad a cuenta del precio y se pactó que después la compradora iría realizando pagos parciales durante la ejecución de la obra. El resto del precio, que se pagaría con el otorgamiento de la escritura pública, se obtendría mediante la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad financiera o mediante la subrogación en el que ya había sido concedido a la promotora. Sin embargo, dada la restricción actual del crédito y frente a la anterior facilidad en la concesión de financiación, ahora las entidades bancarias no les han autorizado la subrogación en la hipoteca del promotor-vendedor o se les ha denegado la financiación que ellos esperaban obtener; o, puesto que los requisitos de solvencia para tales concesiones son muy superiores a los que se exigían antes, los compradores no están en condiciones de aceptar dichos préstamos.

En muchos casos, el comprador tenía trabajo cuando decidió comprarse una vivienda y perspectivas de mantenerlo, pero en el momento en que se finaliza la construcción y debe pagar el precio aplazado, se encuentra con una reducción de su capacidad económica porque ha perdido su trabajo, ha cesado en su actividad profesional o empresarial, o sus ingresos son más reducidos y no puede hacer frente a tal pago, pues la entidad financiera que había concedido el préstamo hipotecario a la promotora no le concede la subrogación en dicho préstamo o no obtiene otro tipo de financiación. Otras veces nos encontramos con que no se ha reducido su capacidad económica o no lo ha sido de forma ostensible, pero dada la situación de incertidumbre económica y laboral existente, ya no

quiere invertir su dinero en una vivienda, por lo que no pone demasiado interés en obtener financiación. Pero lo que es innegable es que en la actualidad se ha producido una reducción del crédito bancario, lo que conlleva una falta generalizada de financiación para la compra de inmuebles por la negativa de concesión de créditos hipotecarios que no hace mucho tiempo se hubieran concedido.

Por otra parte, y dada la caída del valor de los inmuebles, los compradores, que celebraron sus contratos antes de que comenzara la crisis o en torno al año 2007 —que es la fecha que los expertos señalan como inicio de esta situación— se encuentran con que la misma promotora está vendiendo una vivienda igual que la suya, incluso en el mismo edificio, a un precio muy inferior del que ellos estipularon, lo que en muchos casos supone un estímulo para el incumplimiento de la obligación de pagar el resto del precio, ya que el comprador ha perdido interés en el contrato, pues la adquisición del inmueble ha dejado de ser rentable, y prefiere resolver el contrato aun a costa de perder las cantidades entregadas.

También debemos tener en cuenta, para tener una perspectiva completa de la situación, que el hecho de que el comprador no pueda obtener financiación, o en algunos casos, como veremos, no ponga suficiente interés en obtenerla, supone un importante perjuicio para la promotora. En otro momento habría resuelto el contrato, quedándose con la pena pactada, e incluso habría devuelto la señal, y no habría ocurrido nada más porque la demanda de viviendas era tan importante que sabía que encontraría sin problema otro comprador, incluso a un precio mayor al pactado con el primero. Sin embargo, en este momento, las promotoras no siempre admiten la resolución, aunque sea con la penalización pactada en el contrato, sino que exigen su cumplimiento ya que saben que será difícil encontrar un nuevo comprador, y si lo encuentran, lo normal es que el precio actual sea inferior al pactado inicialmente, pues la crisis la sufren no solo los compradores, sino también los vendedores. En la mayoría de los casos nos encontramos con promotoras que venden sus viviendas a particulares. Menores son los supuestos en que se trata de ventas entre particulares o ventas a personas jurídicas, si bien en estos casos la problemática es similar.

Sea en la actual situación de crisis económica o en cualquier otra, lo cierto es que cuando se celebra un contrato en que no coinciden perfección y cumplimiento, las partes asumen un plus de riesgo que se añade al aleas normal del contrato, pues en el periodo que media entre perfección y cumplimiento, las circunstancias en que se contrató pueden cambiar. Este problema se da con mayor virulencia en los contratos de larga duración, pero también sucede en estos de ejecución diferida, pues al prolongarse durante un cierto periodo de tiempo, las partes pueden sufrir el advenimiento de circunstancias que rompan el equilibrio contractual que existió al contratar. Por otra parte, es importante recordar la naturaleza pecuniaria y aplazada de la obligación del comprador. Se trata de una obligación genérica, a la que se aplica el principio *genus nunquam perit.*

Debemos partir del artículo 1091 del Código Civil que dispone: «*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*». Este precepto establece el efecto obligatorio del contrato *(pacta sunt servanda)* como consagración del dogma de la voluntad de los sujetos. Por lo tanto, el punto de partida está constituido por la vinculación obligatoria del contrato para ambos contratantes. Lo pactado tiene fuerza de ley entre ellos: están obligados al cumplimiento exacto de lo pactado de acuerdo con los límites del artículo 1255 del Código Civil, es decir, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público.

La vinculación de las partes a lo pactado impide que el contenido de las prestaciones de las partes se pueda revisar o dejar sin efecto después de su celebración, salvo en los casos en que el ordenamiento así lo permite o cuando así lo han previsto las partes. Sin embargo, como hemos apuntado, hay veces que después de la perfección del contrato sobrevienen circunstancias imprevistas, y que modifican las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar. Estas circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por los contratantes, se contemplan por el ordenamiento a la hora de regular la imposibilidad sobrevenida como causa de extinción de las obligaciones y el caso fortuito y la fuerza mayor como supuestos de liberación del deudor. El problema está en catalogar los supuestos que se plantean en la práctica como constitutivos o no de estos casos. Además hay que examinar si, cuando estos hechos imprevistos no acarrean la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero ocasionan una alteración del equilibrio de las prestaciones que dificulta el cumplimiento del contrato o que frustra la finalidad del mismo, es precisa una revisión del contenido de las prestaciones que altere el principio de fidelidad al contrato. Y en todo caso acudiendo al artículo 3.1 del Código Civil, que permite interpretar las normas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Ahora bien, si se diera la posibilidad de resolver por denegación de financiación se estaría prescindiendo de lo convenido y tomando en cuenta solo las circunstancias de una de las partes del contrato. Y de acuerdo con el artículo 1256 del Código Civil, no cabe la resolución si no concurre causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que se opone a dicho precepto. Por otra parte, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), las partes pueden introducir en el contrato cláusulas que permitan resolver si se da un supuesto futuro e incierto. Este hecho puede ser la obtención de financiación, de manera que cabe incorporar al contrato de compraventa de inmuebles la facultad del comprador que no obtenga financiación de resolver unilateralmente del contrato.

El incumplimiento por el comprador de la obligación de pago del precio aplazado permite al vendedor solicitar la resolución en base al artículo 1124 del Código Civil. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que se ha planteado

ante nuestros tribunales la problemática que estudiamos, es el comprador quien demanda la resolución. Entonces hay que tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia, quien demanda la resolución debe acreditar el cumplimiento por su parte de sus obligaciones contractuales, cosa que no ocurre en estos supuestos en que es el sujeto incumplidor —el comprador— quien insta la resolución con base en su propio incumplimiento motivado por la denegación de financiación. En definitiva, nos debemos plantear si debe mantenerse el contrato en todos sus términos, en base al principio de seguridad jurídica, de conservación del contrato y al principio *pacta sunt servanda;* o si cabe resolverlo por aplicación del artículo 1124 del Código Civil, suponiendo que se ha extinguido la obligación del comprador por imposibilidad sobrevenida; o mantener su vigencia, pero procediendo a su revisión para restablecer el equilibrio contractual. La resolución tendrá como efecto la devolución de las prestaciones: devolución de la vivienda —si se hubiera entregado ya, cosa que no suele suceder— y de la parte del precio ya pagado, salvo que exista otra previsión contractual para este caso[1]. Por el contrario, la condena al cumplimiento supone el pago del resto del precio pendiente, y aplicación de la correspondiente cláusula penal si existiese, y el otorgamiento de la escritura pública.

II. LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER FINANCIACIÓN COMO POSIBLE SUPUESTO CAUSANTE DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO

1. La imposibilidad sobrevenida liberatoria

La obligación se extingue cuando el deudor no puede realizar la prestación por causa sobrevenida y sin que le sea imputable (arts. 1181 y 1184 CC). El Código Civil llama a esta causa extintiva *pérdida de la cosa debida* en el artículo 1156 del Código Civil y en la rúbrica de la Sección 2.ª del capítulo IV del Título I del Libro IV. Pero su regulación en los artículos 1182 a 1186 del Código Civil no comprende solo la pérdida de la cosa en las obligaciones de dar (art. 1182 CC), sino también la imposibilidad en las de hacer (art. 1184 CC). Por lo tanto, cuando se habla de pérdida de la cosa debida, debemos entender dicha expresión en sentido amplio, y por ello considerar comprendidos los supuestos de imposibilidad de la prestación en las obligaciones de hacer.

La imposibilidad sobrevenida puede ser liberatoria o no liberatoria. La imposibilidad sobrevenida liberatoria, extintiva, fortuita o inimputable se caracteriza por la ausencia de imputabilidad al deudor de la irrealizabilidad de la prestación. Por ello, el deudor queda liberado y se extingue su obligación, con lo que el acreedor no podrá exigirle su cumplimiento. Sin embargo, es no liberatoria, no extintiva o imputable la que se caracteriza por la intervención de cualquier

género de imputabilidad al deudor. Entonces, el deudor no queda liberado y puede dar lugar a la resolución del contrato o a la ejecución forzosa en forma específica, y si no cabe, al cumplimiento por equivalente, con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda.

Para determinar si la denegación de financiación, en principio consecuencia de la crisis financiera crediticia, constituye una causa de exención de responsabilidad del comprador de su obligación de pagar el precio, hay que analizar los presupuestos que exige la jurisprudencia y la doctrina. Siguiendo la STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril de 2002 *(RJ* 2002/4041) cabe señalar los siguientes[2]:

A) *Imposibilidad subsiguiente o sobrevenida*

La imposibilidad ha de ser sobrevenida o subsiguiente, esto es, debe producirse con posterioridad al nacimiento de la obligación, pues si fuese originaria no sería una causa de extinción, sino que sería nula *ab origine,* tal como dispone el artículo 1272 del Código Civil («*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*») y el artículo 1261 del Código Civil, que niega la existencia del contrato si no concurre objeto cierto, y no lo hay si el objeto es imposible al faltar un requisito —la posibilidad— en un elemento esencial como es la prestación.

Por consiguiente, es preciso que la situación determinante o causante de la imposibilidad actual no existiera en el instante del nacimiento de la obligación. Solo se estimará como causa suficiente para liberar al deudor de la prestación debida aquello que por ser sucesivo y posterior al momento constitutivo, es decir, modificativo de la situación primitiva, la haga imposible (Tena Segarra, 2006, 227)[3].

En los casos que estudiamos, este requisito supone que habrá que analizar si ha cambiado la situación económica del comprador desde la celebración del contrato de compraventa hasta el momento en que exige el cumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, y si ese cambio es lo que le impide obtener financiación; o bien que la denegación de financiación, debido a la actual restricción del crédito, constituye un hecho sobrevenido que origina la imposibilidad de pago porque en el momento de celebrarse el contrato existía una gran facilidad de obtener financiación y ahora ha sobrevenido una restricción imprevisible; o si, por el contrario, el cambio en la situación económica del comprador y la denegación de financiación solo dificulta el cumplimiento de la obligación de pagar el precio en una compraventa a plazos, lo que entra dentro del aleas normal del contrato. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en caso de que se estime como imposibilidad sobrevenida la denegación de financiación, se está haciendo recaer sobre el vendedor ese riesgo, que en principio solo debería soportar el comprador.

Desde el punto de vista temporal, para poder apreciar la existencia de imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad, porque desde ese momento responde de cualquier evento fortuito o no que pueda afectar a la prestación (art. 1182 CC).

B) *Imposibilidad física o legal, absoluta y objetiva*

La imposibilidad es física o de hecho, cuando no es realizable la prestación por ser físicamente imposible, o de derecho, si no es realizable por prohibirlo el Ordenamiento. También comprende los casos que tengan su origen en una resolución o decisión de tipo administrativo o judicial de imperativa observancia que impida el cumplimiento[4].

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se exige, para que la imposibilidad sobrevenida fortuita produzca efecto liberatorio, que sea objetiva y absoluta. Por contraposición surgen los calificativos de subjetiva y relativa, de forma que la imposibilidad que reúna estos rasgos no liberará al deudor de su deber de cumplimiento.

Para situar la frontera entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva se han propuesto dos criterios que toman por base el impedimento causante de la imposibilidad: el de su extensión y el de su dirección. Teniendo en cuenta el de la extensión del impedimento, se dice que existe imposibilidad objetiva cuando la prestación no puede ser cumplida por nadie; y es subjetiva, cuando no puede ser cumplida por el deudor en concreto, pero podría ser ejecutada por otras personas. De acuerdo con el criterio de la dirección, lo verdaderamente importante es determinar si el impedimento afecta de modo inmediato o mediato a los distintos elementos de la prestación, ya sean estos las cosas o la persona del deudor. Pero esta distinción teórica es bastante prescindible pues, como se ha destacado, lo verdaderamente importante es que el deudor se encuentre en una situación de auténtica imposibilidad de cumplimiento, y no de mera dificultad, ocasionada por un acontecimiento a él no imputable y que no puede superar. La liberación del deudor debe responder a una situación en la que el resultado es que este no puede cumplir, sin que su voluntad positiva de realizar la prestación debida tenga trascendencia para cambiar la realidad de las cosas, independientemente de que el impedimento afecte al objeto debido en la prestación, o bien a la propia persona del deudor (Castilla Barea, 2001, 188-191)[5].

El requisito de que la imposibilidad liberatoria sea absoluta tampoco ha sido interpretado de manera uniforme. Para algunos autores (Tenas Segarra, 2006, 226 y Díez Picazo Giménez, 2011, 440) supone que el cumplimiento de la obligación de que se trata sea algo imposible para el obligado y para cualquier otra persona y en cualesquiera circunstancias, con lo que coincidiría con la imposibilidad objetiva definida de acuerdo con el criterio de la exten-

sión del impedimento[6]. Otros sin embargo entienden que la distinción entre la imposibilidad absoluta o relativa aporta información sobre la imputabilidad de la irrealizabilidad de la prestación al deudor, al referirse al grado de esfuerzo exigible a este para evitar la imposibilidad (CASTILLA BAREA, 2201, 147)[7]. Según este criterio, la imposibilidad es absoluta cuando el impedimento que la determine no pueda ser de ningún modo vencido por las fuerzas humanas; y es relativa cuando dicho impedimento solo puede ser superado con una intensidad de esfuerzo superior a la normalmente exigible, o incluso excepcional. De acuerdo con esta orientación, cuando se dice que solo la imposibilidad absoluta es liberatoria para el deudor significa que si el impedimento puede ser vencido con un nivel de esfuerzo que sea posible para el deudor desarrollar, debe llevarlo a cabo, y ello aunque ese esfuerzo exceda de la diligencia normalmente exigible en el cumplimiento de la obligación. El problema es si es exigible al deudor ese esfuerzo y hasta dónde llega la diligencia debida por el deudor. Como se ha señalado (CASTILLA BAREA, 2001, 194), el problema podría enunciarse así: «si se parte de la base de que el impedimento que provoca la imposibilidad relativa solo sería superable con un esfuerzo o diligencia superior al normal, ¿está el deudor facultado para no cumplir siempre que haya desarrollado la diligencia debida normalmente en el cumplimiento de la obligación?»[8]. Se trata de una cuestión muy relacionada con la de la prueba liberatoria: si al deudor le basta para liberarse demostrar que había desplegado toda la diligencia adecuada al tipo de obligación que debía o si por el contrario era necesario demostrar el advenimiento de un suceso que para él era imprevisible e inevitable, con los medios de que disponía y de que debía disponer[9].

El excesivo rigor que subyace a la exigencia de que solo sea liberatoria la imposibilidad absoluta ha hecho surgir teorías que propugnan una equiparación entre la imposibilidad absoluta y toda una serie de situaciones en las que, a pesar de que el deudor podría cumplir la prestación asumiendo un sacrificio excepcional, se considera que este le es inexigible.

Sobre esta cuestión la STS, de 30 de abril de 2002, a la que nos venimos refiriendo, dice que «*a la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria, si bien no se puede confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con el criterio subjetivo del deudor, por lo que debe seguirse un criterio objetivo*». Son numerosas las sentencias que consideran que la dificultad en el cumplimiento no debe identificarse con la imposibilidad de que habla el artículo 1184 del Código Civil [SSTS (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 1994 *(RJ* 1994/1742), 23 de febrero de 1994 *(RJ* 1994/683), 15 de diciembre de 1987 *(RJ* 1987/9434), 11 de noviembre de 1987 *(RJ* 1987/8372), 12 de febrero de 1992 *(RJ* 1992/982), 12 de marzo de 1994 *(RJ* 1994/1742) y 20 de mayo de 1997 *(RJ* 1997/3890), entre otras].

En efecto, no basta una mera dificultad. En este sentido la jurisprudencia dice que no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad

del deudor [SSTS de 12 de marzo de 1994 *(RJ* 1994/1742) y 20 de mayo de 1997 *(RJ* 1997/3890)]. Solo si la prestación no es imposible exactamente pero existe una dificultad extraordinaria para realizarla o se convierte en mucho más gravosa de lo que era, es cuando pueden existir dudas sobre si puede equiparase la imposibilidad a la dificultad.

Entre estos supuestos en que se plantea esa equiparación entre la imposibilidad sobrevenida y la dificultad extraordinaria se encuentra la llamada «imposibilidad económica», esto es, la alegación por el deudor de no disponer de los medios económicos suficientes para cumplir la obligación. Pero las dificultades económicas del deudor no suelen considerarse como generadoras de situaciones de auténtica imposibilidad sobrevenida; en definitiva, como causas justificativas del incumplimiento de los pagos[10]. La STS (Sala de lo Civil), de 4 de julio de 1997 *(RJ* 1997/5505) [11] dice:

> «*Son absolutamente inoperantes las circunstancias esgrimidas en el motivo que tratan de justificar el impago del comprador, fundamentalmente, cuando de manera reiterativa, se hace constar, que todo ello es debido a la crisis económica general y que fue presa de la mala fortuna y no pudo afrontar los pagos de la manera comprometida*».

Sin embargo, el Tribunal Supremo admite la imposibilidad económica en la sentencia de 20 de febrero de 1994 *(RJ* 1994/3216) [12]:

> *«La imposibilidad de la prestación no solo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo*».

La obligación de pago del precio es una obligación pecuniaria y las obligaciones de dar cosas genéricas no se extinguen por pérdida de la cosa, porque el género nunca perece (*genus nunquam perit*) y el obligado debe entregar cosas de igual especie y calidad que la perdida. Es muy importante tener en cuenta esta naturaleza genérica de la prestación prometida a la hora de valorar la denegación de financiación, pues no hay que olvidar que la imposibilidad recae sobre el cumplimiento de una obligación pecuniaria. En relación al hecho causante de la imposibilidad de pago del precio, y a efectos probatorios, es preciso apuntar que no es suficiente probar la denegación en la subrogación del préstamo hipotecario del vendedor, sino que es preciso acreditar la imposibilidad de obtener financiación a través de cualquier entidad bancaria, pues en la mayoría de los contratos que estudiamos, no se establece la obligación de pago sometida a la condición de que sea a través de dicha subrogación, sino que se establece la

obligación de pago, cualquiera que sea el medio por el que se obtenga la financiación. Problema distinto es el que se plantea si se ha previsto la obligación de pago sometida a la condición resolutoria expresa de subrogación en el préstamo hipotecario de la promotora.

C) Imposibilidad definitiva o permanente

La imposibilidad debe ser definitiva o permanente, es decir, que alcance hasta el último momento en que la prestación podría ser exigida y cumplida en utilidad del acreedor. Se excluye la temporal o pasajera. Entonces existe un hecho que impide el cumplimiento, pero la imposibilidad cesa una vez removido el obstáculo que la causaba. La imposibilidad temporal no produce la extinción de la obligación sino solo un retraso en el cumplimiento, que si fuera culpable, daría lugar a la mora. Por el contrario, si la obligación estaba sometida a término esencial o por otro motivo ya no puede cumplirse a satisfacción del acreedor, se extingue la obligación, si es una imposibilidad temporal inimputable, o dará lugar a responsabilidad si es imputable.

Por otra parte, la dificultad sobrevenida transitoria o temporal no debe confundirse con cualquier dificultad más o menos temporal que obstaculice la ejecución de la prestación, pues ello no libera al deudor; para que la imposibilidad origine la extinción de la obligación debe perdurar tanto que deba entenderse que la prestación ha dejado de ser útil al acreedor (Tenas Segarra, 2006, 229)[13].

La necesidad de que la imposibilidad de la prestación sea definitiva e insuperable debe resultar matizada en atención a las circunstancias del caso, al fin del negocio y al interés del acreedor (Díez-Picazo Ponce de León, 2008, 697)[14]. Cuando la prestación consiste en dar una cosa específica o hacer una obra o servicio determinado, efectivamente habrá que cuestionarse en cada caso ante qué tipo de imposibilidad estamos, teniendo en cuenta la duración de la situación que la causa. Si la imposibilidad consiste en no poder pagar el precio como consecuencia de la denegación de financiación, como hemos dicho, debemos tener en cuenta que la prestación —pago del precio— recae sobre dinero, se trata de una prestación pecuniaria y a pesar de un posible retraso, siempre existe interés del vendedor. Por otra parte, el dinero existe siempre, aunque el deudor no disponga de él, y la responsabilidad no desaparece porque el deudor no disponga de dinero en un momento determinado (art. 1911 CC). En cuanto a la imposibilidad de obtener financiación, será necesario probar que se ha acudido a un número considerable de entidades de crédito y que efectivamente se ha denegado, y en un tiempo razonable no se va a obtener porque subsisten las mismas circunstancias.

D) No imputable al deudor

La STS, de 30 de abril de 2002, al enumerar los requisitos precisos para que exista imposibilidad, señala en el número 1 que exista una *«imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor»,* y en el número 6 que *«para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él o le es imputable, y existe culpa cuando se conoce la causa, o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya».* Por lo tanto es preciso que la imposibilidad no sea imputable al deudor, imputabilidad que es más amplia y que no coincide exactamente con la culpabilidad, pues es posible que el deudor sea responsable de la imposibilidad sobrevenida de la prestación si, a pesar de no existir culpa, asumió las consecuencias del caso fortuito en un pacto de agravación de la responsabilidad o así lo dispone la Ley (v.g., arts. 1744 y 1745 CC), si la imposibilidad se produce estando el deudor en mora (art. 1182 CC) o habiéndose comprometido a entregar una cosa a diversas personas (art. 1096.3 CC)[15], o si la deuda procede de delito o falta (art. 1185 CC), salvo que, ofrecida la cosa a quien debía recibirla, este se hubiese negado sin razón a aceptarla. La ausencia de imputabilidad conlleva la valoración de la diligencia empleada.

El artículo 1182 del Código Civil exige que la pérdida de la cosa debida haya sobrevenido *«sin culpa del deudor»,* y el artículo 1183 del Código Civil dice que *«siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096».* Por lo tanto, la inexistencia de culpa deberá ser acreditada por el deudor en todo caso, pues como declarara ya la STS de 8 de enero de 1929 (confirmada por muchas otras posteriores) la presunción *iuris tantum* del artículo 1183 del Código Civil impone al deudor demostrar que la causa del incumplimiento ha sido debida a circunstancias insuperables para él (LASARTE, 2011, 155)[16].

Nuestro Código Civil no define el concepto de culpa a los efectos de la imposibilidad sobrevenida. Para la mayoría de los autores, la «culpa» cuya ausencia determina la extinción de la obligación en los artículos 1182 y siguientes del Código Civil, es la negligencia definida en el artículo 1104.1 del Código Civil: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»;* y, correlativamente, el caso fortuito es la ausencia de la culpa prestable en cada obligación (LACRUZ BERDEJO, 2011, 187)[17]. Se define la culpa como ausencia de diligencia. Con esta conceptuación nuestro Código propugna un sistema de culpa en concreto, en cuanto la fijación del grado de diligencia no depende tanto de categorías o tipos teóricos, sino,

simultánea y conjuntamente, de la naturaleza de la prestación y de las circunstancias concretas de la relación obligatoria de que se trate. Estas últimas son referidas por el Código, con extraordinaria amplitud, a las personas, al tiempo y al lugar de cumplimiento. Por tanto, los factores a considerar para determinar el grado de diligencia exigible son múltiples y muy variados, requiriendo en todo supuesto real una determinación concreta y *ad hoc,* pues la diligencia exigible al deudor podrá ser sustancialmente diferente incluso en relaciones obligatorias que resulten similares, si no idénticas, atendiendo a la naturaleza o al contenido de la prestación (LASARTE, 2011, 155)[18]. Así, en los casos que estudiamos, será mayor la diligencia a exigir al comprador que adquiere para especular que a un mero consumidor.

Sin embargo, este sistema de culpa, en concreto del párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil, parece contradecirse en el párrafo segundo que establece que «*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia»,* lo que parece imponer el sistema de culpa en abstracto procedente del Derecho romano. Frente a algunos autores que entienden que debe considerarse preeminente el criterio del buen padre de familia —atendiendo a razones históricas, a la general aceptación por nuestro Código de dicho estándar de conducta y, finalmente, al hecho de que dicho canon de diligencia es menos gravoso o riguroso para el deudor—, la mayoría de la doctrina considera el carácter supletorio de la «diligencia del buen padre de familia», debiendo primar el sistema de culpa en concreto fijado en el párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil[19].

Pero también se define la culpa, atendiendo a la dicción del artículo 1183 del Código Civil (*«…por su culpa y no por caso fortuito…»*) como ausencia de fortuito entendido en el sentido del artículo 1105 del Código Civil. Contemplada la imposibilidad inimputable como ausencia de fortuito, tendrá lugar cuando los hechos que lo han determinado no guardan relación causal alguna con el comportamiento del deudor. En consecuencia, solo habrá imposibilidad liberatoria cuando el hecho resulta imprevisible e inevitable. Por el contrario, no es liberatoria cuando el hecho que lo genera ha sido provocado por el propio deudor, o se ha debido a un hecho previsible, aunque habrá que valorar el grado de previsibilidad exigible. En todo caso, conviene observar que el deudor, para liberarse de su obligación por la imposibilidad sobrevenida, está obligado a usar la diligencia debida para hacer posible el cumplimiento, y ha de haber ejecutado todos los deberes inherentes a la conservación de la posibilidad de cumplir y haberse demostrado estos finalmente inútiles o ineficaces (GONZÁLEZ PORRAS, 1991, 258 y 259 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2011, 123)[20]. Valoración, por tanto de la diligencia empleada —o ausencia total de negligencia— y del juicio de previsibilidad e inevitabilidad, así como el nexo causal.

Respecto a los casos en que el comprador alega la imposibilidad sobrevenida por denegación de financiación, habrá que valorar la situación de acuerdo

con las normas de previsión propias del caso conforme al artículo 1104.1 del Código Civil, lo que supone apreciar la diligencia del deudor en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Deberá demostrar que ha puesto toda la diligencia que su situación concreta requería. Por ejemplo, deberá acreditar que no permaneció pasivo ante la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, sino que intentó buscar en otras entidades la financiación necesaria. También habrá de probar que no ha sido su conducta anterior la que ha provocado la denegación de financiación o de subrogación, y que en el momento de celebrarse la venta era previsible, en base a la situación personal y profesional del interesado, la obtención de un crédito hipotecario o de la subrogación, y como consecuencia de los efectos que la crisis crediticia no se ha obtenido. En los casos en que se alega para justificar el incumplimiento la pérdida de empleo, hay que ponderar si se trata de una eventualidad que puede acontecer en el curso de la vida de una persona y es por tanto un riesgo previsible al tiempo de contraer la obligación, cuyas consecuencias negativas no debe soportar la vendedora. O si por el contrario, dada la situación actual de una crisis extraordinaria, la pérdida de empleo en el caso concreto en que se alega puede calificarse de imprevisible.

E) Nexo causal

Finalmente es necesario que se dé una adecuada relación de causalidad entre el evento y el resultado (denegación de financiación e imposibilidad de cumplimiento). Hay que acreditar que la dificultad económica que imposibilita el pago se debe a un hecho sobrevenido y no previsto.

La imposibilidad debe ser objeto de interpretación restrictiva y casuística —atendiendo a los «casos y circunstancias»— por tratarse de una causa de extinción que libera al deudor de las obligaciones contraídas [SAP de Alicante (Sección 9.ª) de 23 de enero de 2012 *(JUR* 2012/163494)].

2. La imposibilidad de pago por denegación de financiación en la reciente Jurisprudencia Civil

A) *Sentencias que no estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida*

En la mayoría de los casos en que nuestros tribunales se enfrentan a los supuestos de incumplimiento de la obligación de pago del precio por no obtención de financiación entienden que no se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida[21], en base fundamentalmente a los siguientes motivos:

- Falta de previsión e inexistencia de un hecho sobrevenido que cause la imposibilidad

En muchos supuestos se desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida por entender que en el supuesto enjuiciado ha existido falta de previsión del comprador y no consta que haya acontecido ningún hecho sobrevenido, desde la firma del contrato privado al momento en que se deniega la subrogación, que haga imposible el pago del precio convenido. Estiman, teniendo en cuenta la situación económica de la parte compradora en el momento de celebrarse el contrato, que ya entonces carecía de solvencia económica que le permitiese hacer frente al pago del precio y que pudiese hacer pensar en la concesión de un préstamo por una entidad bancaria.

En el caso resuelto en la SAP de La Rioja (Sección 1.ª, de 30 de julio de 2010 *(JUR* 2010/327895), se acredita que fue la misma entidad financiera a la que pidieron financiación los compradores la que les hizo ver la imposibilidad de hacer frente a los pagos a causa de su edad (60 y 62 años) y su incapacidad de generar recursos (él jubilado con pensión media en 2008 de 1.280,51 euros y su esposa sin trabajo remunerado). Destaca la sentencia que «*es preciso haber verificado la disponibilidad de financiación antes de adquirir un compromiso tal, puesto que su capacidad económica era perfectamente conocida, así como la limitada posibilidad de generar recursos en el futuro, que era insuficiente para hacer frente al desembolso al que se habían comprometido para adquirir la vivienda con trastero y garaje, por lo que era para ellos de todo punto necesario contar con financiación de manera que adquirir un compromiso sin haber asegurado su financiación con carácter previo supone una falta de diligencia*».

La SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 9 de diciembre de 2011 *(JUR* 2011/3285)[22], también desestima la existencia de imposibilidad por falta de previsión imputable. Ya desde que se produjo la perfección del contrato en 2006 era previsible que no podría pagar. La compradora contrajo voluntariamente unas obligaciones contractuales difícilmente asumibles, sin contar con previsión alguna de hacer frente a las obligaciones económicas derivadas del contrato, pues cuando celebró este ni siquiera había terminado sus estudios, ni consta que contara con medios económicos para hacer frente a las importantes responsabilidades económicas que asumía con la firma del referido contrato, confiada en futuras e hipotéticas buenas expectativas laborales. No se ha acreditado contara con una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria, o que contara con otros medios para hacer frente a los pagos derivados del contrato. En estas circunstancias y careciendo de patrimonio suficiente, dice la sentencia de apelación, es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio; y en las circunstancias expuestas la posibilidad de que no pudiera hacer frente

a los pagos no puede estimarse sino razonablemente previsible en el momento de perfección del contrato. Este mismo es el fundamento de la SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de marzo de 2010 *(JUR* 2010/195666)[23].

También la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª), de 20 febrero de 2012 *(JUR* 2012/117354), basa su fallo en la falta de previsión: la compradora —una entidad mercantil— llevó a cabo la adquisición y asunción de unas obligaciones contractuales en 2007 sin previsión sobre las posibilidades de hacer frente a las mismas o sobre previsiones infundadas cuyas consecuencias no puede hacer recaer sobre la vendedora[24].

• Falta de previsión y carácter pecuniario de la obligación de pago

Falta de previsión se da también en el supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), de 6 de octubre de 2010 *(JUR* 2011/232077). Los hechos enjuiciados son los siguientes: Un señor y una señora, miembros de una pareja de hecho, celebran un contrato privado de compraventa el 20 de diciembre del año 2007 con una promotora, habiendo pagado una señal, y el resto quedó aplazado al momento de otorgamiento de la escritura pública. La vendedora interpone demanda contra los compradores solicitando el cumplimiento del contrato y el pago del precio de la vivienda. En su contestación a la demanda, la compradora reconocía la imposibilidad de satisfacer un préstamo suscrito con Caja Rural para hacer frente a los pagos anteriores a la escritura de la vivienda, también reconocía la denegación del préstamo hipotecario por la entidad Caja Navarra a los compradores, debido al alto endeudamiento ya existente y a la falta de viabilidad y garantías que se desprenden del estudio de dicha operación, y a la existencia de un préstamo personal previo. Además había finalizado su contrato laboral. Igualmente alegaba que desde la cesación de la unión de hecho, ella separada judicialmente, no poseía bienes y convivía con su hijo y su madre en la vivienda de esta última, siendo actualmente tratada por problema agudo de adaptación.

Por su parte, el otro comprador en su contestación a la demanda alega que, como consecuencia de la crisis financiera, los bancos que en el año 2007 le daban todo tipo de facilidades, en 2008 le niegan el préstamo hipotecario para la adquisición del inmueble. Además fue objeto de un expediente de regulación de empleo. Presenta reconvención y reconoce la existencia de varios contratos de préstamo con Caja Rural de febrero de 2009 y un boletín de preaviso por el que se daban por finalizadas las relaciones laborales. En su recurso de apelación tras la desestimación de la demanda, alegan imposibilidad de cumplimiento como causa de extinción de la obligación prevista en la Ley 493 del Fuero Nuevo. Consideran los compradores que existe una situación sobrevenida que hace imposible la prestación, que es la grave extraordinaria y

exorbitante crisis económica y financiera, materializada en la drástica reducción de concesión de préstamos hipotecarios por parte de las entidades bancarias. Los requisitos de solvencia para tales concesiones son muy superiores a los que se exigía en un tiempo anterior motivados por la situación de crisis económica mundial y la recesión económica en particular. La objetividad de la imposibilidad entienden se deriva del testimonio del comprador que pensaba vender su vivienda y destinar ese dinero a la compra de la vivienda objeto del pleito, pero debido a la situación que atraviesa el mercado inmobiliario de gran oferta de viviendas, resultó imposible. Posteriormente solicitaron conjuntamente, aun no siendo ya pareja, la subrogación en el préstamo de la promotora para hacer frente a dicho pago y les fue denegado. En cuanto al requisito de que la imposibilidad se deba a causa ajena al deudor, se alega que ha existido una concurrencia de eventos o hechos exteriores que quedan fuera del ámbito o marco del control del deudor.

El tribunal de apelación entiende que no se acredita que cuando firmaron el contrato de compraventa de la vivienda tuvieran solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria. Es por ello, afirma la sentencia, que «*en tiempos de crisis económica, cuando se carece de patrimonio suficiente es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad a ello intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio, o intentar vender la que se tiene y con su producto destinarla a la compra de la vivienda*».

En relación a la pérdida de trabajo del comprador, dice el tribunal que el interesado ya sabía o podía saber que existía esa posibilidad, pues se autorizó una regulación de empleo en la empresa donde trabajaba en 2003, y el contrato de compraventa es de 2007. Respecto a la mera referencia a la crisis económica como hecho originador de la imposibilidad sobrevenida, entiende la Audiencia Provincial de Navarra que *«es cierta la existencia de una crisis económica que por su carácter de notoria está dispensada de prueba, y que afecta a toda la sociedad, que también ha repercutido en la actividad de los bancos a la hora de conceder préstamos hipotecarios, para cuya concesión se exigen mayores garantías económicas»,* pero, concluye que los bancos siguen concediendo préstamos hipotecarios a los prestatarios que tengan solvencia económica.

Es muy importante el argumento que utiliza esta sentencia basado en el carácter genérico de la obligación pecuniaria. En efecto, el centro del problema radica en que *«la imposibilidad como causa de extinción de la obligación se refiere a la prestación misma y su cumplimiento (Ley 493 FNN), y no a la insolvencia o falta de liquidez del deudor; pues es evidente que las obligaciones son posibles objetivamente aunque el deudor no pueda cumplirlas, por carecer circunstancialmente de numerario o efectivo (STSJ de Navarra, 18-6-2002. Recurso de Casación Foral, número 5/2001)».*

Este mismo argumento se utiliza en la SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 23 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011/79612). Afirma que *«el impago del precio no se justifica por la situación de insolvencia sobrevenida, pues esta no determina imposibilidad de cumplir en el caso de las obligaciones dinerarias, ya que el dinero siempre existe, aún cuando no lo posea actualmente el deudor, de ahí que subsista la obligación de pagar el precio»*. Toda relación contractual implica siempre un riesgo y en la compraventa con precio aplazado siempre existe el riesgo de que no se pague el precio o que no se obtenga la financiación correspondiente. La imposibilidad sobrevenida como causa de ruptura del vínculo contractual debe ser interpretada restrictivamente.

También se acude a este razonamiento en la STS (Sala de lo Civil), de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013/1819)[25]:

> *«El régimen de los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, referido a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla, y a la liberación del deudor cuando este lo sea de una obligación de hacer y la prestación resultare legal o físicamente imposible, se compadece mal con los hechos litigiosos y con la pretensión de los demandantes-reconvenidos: lo primero, porque la obligación de estos no era la de entregar una cosa determinada, hipótesis del artículo 1182 del Código Civil, ni tampoco una obligación de hacer hipótesis del artículo 1184 del mismo Código, sino la de pagar una suma de dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece; y lo segundo, porque lo verdaderamente pretendido en la demanda inicial no era tanto una liberación de la obligación de los compradores de pagar el precio subsistiendo la de la vendedora de entregar la cosa cuanto un desistimiento del contrato, por más que se calificara de resolución y se invocara el artículo 1124 del Código Civil, por circunstancias sobrevenidas consistentes, en esencia, en la imposibilidad de obtener financiación»*[26].

- Falta de previsión, inexistencia de un hecho sobrevenido que cause la imposibilidad y ausencia de prueba liberatoria

Igualmente la SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 23 de enero de 2012 *(JUR* 2012/163494), se basa también en la falta de previsión y en el hecho de que la situación económica de la compradora no varió desde que contrajo su obligación de pago. Denegada la existencia de imposibilidad por falta de previsión e inexistencia de un hecho sobrevenido, de modo tangencial afirma, «a mayor abundamiento», que hay debilidad de la prueba aportada para acreditar la denegación del préstamo hipotecario como hecho que sirva de soporte para estimar

un hecho tan excepcional y grave como es la imposibilidad de cumplir la obligación de pago. Solo se aportan diversas cartas y documentos que contienen diversos apuntes, algunos manuscritos, otros sin fechas, y en todo caso de mero valor informativo sobre las condiciones, cuotas, plazos, etc., de los préstamos hipotecarios que las entidades bancarias podían ofrecer a la compradora, pero no acreditan una verdadera denegación de préstamo alguno.

La SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 21 marzo de 2012 *(JUR* 21 de marzo de 2012), dice que *«los compradores eran conscientes desde el momento en que celebraron el contrato de cuál era el importe del precio y las condiciones y plazo para hacerlo efectivo, por lo que desde entonces pudieron adoptar las medidas necesarias para asegurarse la financiación; en definitiva, no estamos ante el acaecimiento de una circunstancia ni imprevisible ni inevitable. Y porque existe una falta de acreditación del hecho revelador de la fuerza mayor porque de la prueba practicada se desprende que los compradores solo interesaron la financiación de una sola entidad, sin constar la solicitud de financiación en otras entidades».*

En la SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 26 de mayo de 2009 *(JUR* 2009/280702), igualmente se considera que la falta de obtención de un préstamo hipotecario, al objeto de la adquisición y consumación final de compraventa, no puede ser entendida como justificante del incumplimiento, *«porque tal situación en absoluto responde a un impedimento razonablemente no previsible en el momento de perfección del contrato, pues a nadie se le escapa (salvo posibilidad de auto-financiación que no sería aquí lógicamente el caso) la necesidad de acudir a las entidades financieras al objeto de obtener la necesaria para estas adquisiciones de notoria cuantía y la habitual exigencia por estos de garantías adicionales cuando la hipotecaria no alcanza a cubrir la financiación que se pide (…)».* También se destaca la debilidad de la prueba pues solo se han presentado documentos de dos entidades en fechas inmediatas a la suscripción del documento privado de compraventa, cuando existen en el mercado muchas más entidades y la compradora ha tenido tiempo suficiente para intentar más gestiones dirigidas a obtener financiación. Igual fundamento tiene la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 7 de abril de 2011 *(JUR* 2011/186723), que tampoco estima que exista imposibilidad sobrevenida, pues no queda acreditada la denegación del préstamo hipotecario ni de la subrogación en el crédito hipotecario de la vendedora.

- Falta de previsión agravada porque el comprador tenía experiencia en la compraventa inmobiliaria o se trataba de una venta con fines especulativos

Para valorar la falta de previsión, y en definitiva, la diligencia exigible, se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes y la finalidad de la compraventa.

La SAP de Córdoba (Sección 1.ª), de 2 septiembre de 2010 *(JUR* 2011/ 173236), presenta una nota que la diferencia de los casos anteriores: Las vendedoras son personas físicas y las compradoras personas jurídicas, y no se vende una vivienda sino un inmueble para construir. Destaca el tribunal de segunda instancia que la evolución de la economía no se puede considerar algo imprevisible y, si más bien como un riesgo que ha de asumir quien se dedica a la actividad empresarial, pues las compradoras en este caso eran dos sociedades limitadas:

> *«(…) no existe previsión alguna en el contrato sobre que la parte compradora precisase financiación para pagar el precio pactado sin ningún tipo de problemas, y menos aún, a que el buen fin del contrato dependiese de la obtención de aquella, más aun cuando quien compra son empresas que conocen o deben de conocer las prevenciones que para asumir un negocio tienen que tener en orden a contar con la oportuna financiación. Pero es que, además, la evolución de la economía o de un sector de la misma, no puede llegar a ser considerado como una cosa imprevisible, y sí, más bien, como un riesgo que en la actividad empresarial haya de asumirse por quien se dedica a la misma y en cuyo desempeño ha de actuar la diligencia debida. Cabría pensar que también por esa misma evolución de la actividad inmobiliaria tras la firma del contrato, hubiesen subido los precios de los inmuebles, sin que ello suponga que el vendedor podría pedir un mayor precio apoyándose en esa circunstancia. Los contratos se pactan bajo unas determinadas condiciones y las mismas han de ser respetadas (…).*

Incide también en la falta de previsión de la compradora (*«quien se compromete a pagar un precio en una compraventa ha de asegurarse en primer término de contar con capacidad para asumirlo»*) y en su falta de interés en el cumplimiento del contrato a causa de la evolución del mercado inmobiliario, lo que no se puede repercutir a los vendedores *«que estaban en la legítima expectativa de cumplimiento del contrato en los términos en que fue pactado que ha de ser respetada»*[27].

También la SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 30 de abril de 2012 *(JUR* 2012/ 177955) basa su fallo en la falta de previsión y para valorar la imposibilidad se tiene en cuenta el hecho de que el comprador conocía la mecánica de los contratos de compraventa y, en su caso, la opción de obtener financiación para adquirir la vivienda. También se fundamenta en la falta de acreditación de haber agotado las posibilidades de financiación.

Entre las circunstancias que se tienen en cuenta para valorar el supuesto de imposibilidad se encuentra la finalidad del contrato celebrado, y concretamente si la compra persigue un fin especulativo. Así sucede en la STS (Sala de lo Civil),

de 8 de octubre de 2012 *(RJ* 2012/9027). Los hechos que dan lugar al fallo son los siguientes: Sogevalpa, S. L. vendió a un matrimonio dos viviendas con sus correspondientes trasteros. Los compradores adquirieron los inmuebles para revenderlos antes de la finalización de la obra —la venta se hizo con reserva de ceder a terceros—, obviando la escrituración y los gastos correspondientes. Como la situación económica se deteriora y las ventas se ralentizan, se ven en la necesidad de subrogarse en el préstamo hipotecario de la promotora, lo que se les deniega por su edad y falta de solvencia. Terminada la construcción, los compradores fueron requeridos notarialmente por dos veces para el otorgamiento de la escritura de compraventa sin que comparecieran al efecto. La vendedora interpone demanda interesando el cumplimiento del contrato. La compradora se opone a la demanda y formula reconvención. Alega que no tuvo intención de incumplir, que la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad financiera era imprevisible y que la situación económica existente hacía poco probable que se restringiera el crédito por lo que no concurre falta de previsión. Sin embargo, nuestro Alto Tribunal rechaza la existencia de imposibilidad sobrevenida:

> *«Esta Sala, aceptando el criterio expresado con claridad en la sentencia recurrida, entiende que los compradores adquirieron con fines especulativos, lo que les podía haber generado una rápida ganancia, obteniendo un precio superior al pactado con la promotora que había dirigido el arduo proceso de construcción, pero los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el artículo 1105 del Código Civil.*
>
> *Por lo expuesto, no se infringe el artículo 1184 del Código Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra».*

Similar a este supuesto es el que se plantea en la SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 7 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013/10332), pues también se trata de una compra con fines especulativos. El tribunal de apelación desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida siguiendo la doctrina de la STS de 8 de octubre de 2012.

- Existencia de una cláusula que prevé expresamente la obligación de cumplimiento a pesar de no obtenerse financiación

Este es el fundamento que se mantiene en la STS (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013/1604)[28], que desestima la existencia de imposibilidad sobrevenida, frente al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Castellón. Entiende acertadamente que es preciso deslindar la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra de la de obtener financiación bancaria. El pago del precio de las viviendas se suele efectuar gracias al crédito bancario y la Audiencia erró al estimar probada la imposibilidad de obtener financiación —*«aunque, sin considerar que caben otras alternativas ni que la negativa de dos entidades a prestar puede deberse a la escasa solvencia de los solicitantes o que el riesgo de financiación lo asumen en nuestro sistema, como regla, los deudores»*— y de ello derivar la imposibilidad de cumplir la obligación de pago. Descartada la existencia de imposibilidad sobrevenida de pago del precio, fundamenta la resolución en la cláusula 3.3. incorporada al contrato y por lo tanto aceptada por los compradores, en la que *«se regulan las consecuencias de que estos no obtuvieran financiación para pagar el precio —mediante el mecanismo subrogatorio antes mencionado o cualquier otro—. Y esas consecuencias consistieron precisamente, en la previsión del cumplimiento de dicha obligación en determinadas condiciones, que allí quedaron pactadas».*

B) *Sentencias que estiman la existencia de imposibilidad sobrevenida*

Estima la existencia de imposibilidad sobrevenida la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª) en las sentencias de 12 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/1241) y 26 de abril de 2012 *(JUR* 2012/199858). En ambos casos la resolución se fundamenta en la interpretación de los contratos, pues entiende que en ellos se había pactado que el vendedor se obligaba a conseguir la subrogación de la compradora en el préstamo hipotecario del que era titular. Por ello, acreditada la denegación por la presentación de los documentos de la entidad que había otorgado el crédito a la promotora [SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 26 de abril de 2012][29], entiende que no hay incumplimiento del comprador. Dicha denegación no es algo atribuible al comprador, sino imposibilidad sobrevenida a la que fueron ajenas las partes [SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2011] [30]. Por lo tanto, ni siquiera en estas sentencias se puede decir en sentido estricto que admiten que la denegación de financiación constituya un supuesto de imposibilidad sobrevenida, sino más bien, que se trata de supuestos en que el vendedor ha incumplido una obligación que había asumido en el contrato.

Igualmente estima la existencia de imposibilidad sobrevenida la SAP de Castellón (Sección 3.ª), de 13 de enero de 2012 *(JUR* 2012/166493), que rec-

tifica la sentencia de instancia que había desestimado tal imposibilidad. Afirma el tribunal de apelación:

> *«es criterio de esta Sala el que se pueda acceder a la resolución del contrato de compraventa en el caso, entre otros, que se deniegue la financiación prevista al suscribir un contrato como medio posibilitador del pago, dando lugar con ello a una verdadera imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador. Del mismo modo cuando se pierde la fuente de ingresos con que contaba. Tratándose una imposibilidad de carácter subjetivo o relativo en la medida en que se tiene en cuenta la situación y las posibilidades del deudor (sentencias número 201, de 2 de junio de 2010; número 120, de 7 de abril de 2011; número 129, de 15 de abril de 2011; número 181, de 30 de mayo de 2011)».*

Considera que en el caso juzgado la compradora ha intentado obtener la financiación y le ha sido denegada por dos entidades bancarias, sin que conste que ello le fuera imputable, por lo que concurre imposibilidad sobrevenida de cumplir el contrato por parte de la compradora por falta de financiación necesaria para poder cumplir su obligación de pago. Sin embargo, hay que destacar que se deniega la subrogación en el préstamo de la promotora y además la financiación en otra entidad, en este caso, por la previa existencia de otras operaciones de préstamo a favor del comprador en la misma y en otras entidades. También resulta llamativa la resolución del tribunal de apelación porque existe una cláusula en el contrato que prevé que, en el caso de no obtenerse la conformidad a la subrogación, el comprador se compromete a pagar a la vendedora el importe total del precio previsto para dicho préstamo.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE OBTENER LA SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En algunos supuestos, nuestros tribunales se han cuestionado si en el contrato concreto que enjuician se ha pactado una obligación del vendedor de obtener la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que él había concertado con una entidad bancaria. Y efectivamente, a veces entienden que procede la resolución del contrato ya que, cuando el comprador no consigue subrogarse en el préstamo hipotecario concedido al promotor-vendedor, existe incumplimiento de este último, porque se había comprometido a ello. Así sucede en las SSAP de Murcia (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/1241) y de 26 de abril de 2012 *(JUR* 2012/199858)[31], a las que ya nos hemos referido. En

los dos casos el comprador tenía la condición de consumidor, y la resolución se basa en que ha existido un incumplimiento del vendedor, pues del contrato se deriva que se comprometía a conseguir la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que tenía concertado. No hay incumplimiento imputable al comprador, y el incumplidor es el vendedor[32]. Sin embargo, las SSAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 30 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/267817) y de 20 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/117354) y la SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 21 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/215844), entendieron que no existía esa obligación en los casos que enjuiciaron.

Especialmente interesantes son las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. En la sentencia de 1 de octubre de 2012 *(RJ* 2012/9024), nuestro Alto Tribunal mantiene que es evidente que la parte vendedora ofreció a la compradora la posibilidad de obtener financiación, subrogándose si el banco lo autorizaba, en un previsto préstamo a la construcción. Esta oferta contractual, jurídicamente vinculante para la vendedora, consta en la publicidad de la promoción y en el contrato. Por eso, es razonable entender que la compradora esperara que la vendedora le anunciaría la posibilidad de subrogarse en el préstamo, lo que la vendedora no efectuó, incumpliendo con ello el contrato. Sin embargo no se trata de un incumplimiento resolutorio, pues dicha obligación era de actividad: *«Ahora bien, dicha obligación incumplida lo era de mera gestión o de actividad, pero nunca de resultado. Es decir, la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, es la entidad de crédito la que tiene la última palabra a la vista de la solvencia del deudor, lo que difícilmente habría aceptado el banco, pues el propio demandado reconoce que intentó gestionar directamente financiación y no lo consiguió por el elevado importe de la compra. A ello cabe añadir, que el incumplimiento de la vendedora no era trascendental, pues el propio afectado podía acudir a las correspondientes entidades financieras, no acreditando que esa posibilidad le fuese más gravosa económicamente que la hipotética subrogación».* Considera que se trata del incumplimiento de una obligación accesoria o complementaria, no principal, fundamentalmente *«porque su incumplimiento no tiene potencial suficiente como para generar, objetivamente, la frustración del contrato ya que la compradora podía acudir directamente a una entidad de crédito»*. El incumplimiento que da lugar a la resolución *«ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin* (STS, Civil, Sección 1 del 10 de noviembre de 2011)».

Por el contrario sí existe incumplimiento resolutorio del vendedor por este motivo en las recientes sentencias de 16 de enero de 2013 *(RJ* 2013/3254) y 12 de abril de 2013 *(RJ* 2013/3385). En la sentencia de 16 de enero de 2013, el Tribunal Supremo entiende que del tenor del contrato se deriva que «*en todo caso, si así lo desea el comprador, se subrogaría en el crédito hipotecario ges-*

tionado por FITENI (la promotora). Dicho tenor nos lleva a que la vendedora se comprometía a que la entidad financiera aceptase la subrogación, y para ello era necesario que la vendedora hubiese pactado con el banco que (…) la sola garantía hipotecaria fuese suficiente para la subrogación, por lo que el banco debería aceptar a todos los propietarios que lo quisieran». Tras referirse a la STS, de 1 de octubre de 2012, dice que a diferencia de lo enjuiciado en ella, en este caso la obligación del vendedor de facilitar la información no es accesoria, secundaria o prescindible, pues se asegura al comprador la financiación *en todo caso,* y su ausencia resultó determinante para frustrar el resultado del contrato, por lo que estima la resolución del contrato instada por los compradores.

También se estima existente esta obligación del vendedor en la STS de 12 de abril de 2013. En este caso, entiende nuestro Alto Tribunal que «*la redacción del contrato es altamente confusa, pues de los términos de la misma la 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*». En aplicación del artículo 1288 del Código Civil concluye que las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien ocasiona la oscuridad (vendedor o promotor) y por tanto, habiendo defraudado la vendedora las expectativas de financiación en las que justificadamente confiaba la compradora, procede la resolución del contrato.

Distinto es el fundamento estimatorio de la acción resolutoria de la STS de 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013/3268). En este supuesto, se plantea la relación entre el retraso en el plazo de entrega de la vivienda —previsto para 2007 y que se produjo en 2008— y la negativa de la entidad bancaria a la subrogación del préstamo hipotecario, por razón de la crisis económica que se produjo en ese lapso de tiempo, como hecho notorio[33]. Entiende el Tribunal Supremo que el plazo fue esencial en cuanto coincidió con la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario. Estima que procede la resolución del contrato aplicando la doctrina de la base del negocio. No se cumplió ni el plazo de entrega de la vivienda ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones puede parecer que no da lugar a la resolución del contrato, pero *«puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa».*

IV. LA DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN COMO SUPUESTO DE HECHO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA

Diferentes son los casos en que se prevé en el contrato la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario de la promotora como supuesto de hecho de una condición resolutoria. Se trata de una condición dependiente de la voluntad de un tercero que no es otro que la entidad de crédito que concedió el présta-

mo hipotecario al promotor, y que consiste en aprobar la referida subrogación. En estos casos, la cuestión litigiosa se limita a determinar si la denegación de subrogación reúne entidad bastante para fundamentar el ejercicio de la facultad resolutoria de referencia. Por tanto solo prosperará la resolución si se prueba dicha denegación (art. 1114 CC), pero cabe que no se declare la resolución porque no se considera acreditado suficientemente que el comprador tuvo verdadera voluntad de obtener la subrogación o que no fue concedida por causas imputables a él.

Sin embargo, no siempre la condición resolutoria consiste solo en la denegación de la subrogación en el préstamo del vendedor. Generalmente se añade también que no pueda obtenerse otro medio de financiación. Entonces, la prueba ha de consistir en haber agotado las gestiones precisas para obtener financiación, pero no hay que acreditar la existencia de imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación de pagar el precio por no obtener la subrogación o la financiación necesaria, sino la imposibilidad de obtener financiación.

1. Casos en que no se considera probada la condición

No se considera probada la condición en las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de octubre de 2010 *(JUR* 2010/412089); AP de Murcia (Sección 1.ª), de 21 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/112423), y AP de Zaragoza (Sección 4.ª), de 17 de marzo de 2010 *(JUR* 2010/220971).

En los casos resueltos en las dos primeras sentencias, la resolución dictada se basa en la ausencia de prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues las pruebas presentadas no acreditan que se hayan agotado las gestiones precisas para obtener la financiación. En los dos casos, la condición consistía en la no obtención de subrogación del comprador en la garantía hipotecaria del promotor o no obtención de otro crédito por el comprador. Y en ambos casos se estima que deben concurrir los requisitos precisos para que la imposibilidad sobrevenida sea liberatoria: objetiva, absoluta, duradera y que no resulte provocada por el comprador o no le sea imputable. En la SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de octubre de 2010[34], se presenta prueba de la denegación de financiación por una entidad bancaria, pero se había pedido por una cantidad superior a la que restaba por pagar a la firma de la escritura. No basta, por lo tanto, para el éxito de tal pretensión de resolución contractual con presentar la mera certificación denegatoria de la entidad financiera que concedió el crédito hipotecario a la vendedora, ya que en tal caso, afirma el tribunal de segunda instancia, el cumplimiento del contrato quedaría al único arbitrio del comprador, a través de la presentación de tal documento. Por el contrario, se exige al deudor una mayor actividad probatoria y en concreto la acreditación de haber agotado las gestiones precisas para obtener dicha

financiación. Y en la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 21 de febrero de 2012, no se presenta prueba documental de la denegación de la subrogación en el crédito hipotecario de la promotora, solo se alega que la denegación fue verbal, mientras que la vendedora presenta prueba documental del banco que había otorgado dicho préstamo a la promotora donde se dice de forma taxativa que no consta solicitud alguna de la compradora en orden a la subrogación del préstamo hipotecario. Solo se prueba la denegación de financiación por otra entidad, lo que el tribunal considera irrelevante, pues existe más facilidad para obtener el crédito con dicha entidad que concedió el crédito a la promotora que con otra, independientemente de que pudiera recurrir a una financiación ajena a esa entidad. También se considera irrelevante la alegación por el comprador del hecho de hallarse en el paro como causa que impide la obtención de financiación, pues no se ha probado el nexo causal.

A mi juicio, existiendo una condición resolutoria de denegación de subrogación o de otro tipo de financiación, no es preciso acudir a los requisitos de la imposibilidad sobrevenida. Basta probar que concurre el hecho que constituye la condición (art. 1123 CC) y que su cumplimiento no puede achacarse a la acción u omisión del comprador. Probado esto, sin necesidad de acudir a la imposibilidad sobrevenida, se produce la resolución. Sin embargo hay que hacer una precisión en relación a la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 21 de febrero de 2012, y es que el comprador ejercitó la acción resolutoria, no por cumplimiento de la condición, sino por imposibilidad sobrevenida, lo que justifica que el tribunal encauzase su fallo en base a la inexistencia de los requisitos de dicha causa de extinción de la obligación.

Distinta es la línea seguida por la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª), de 17 de marzo de 2010 *(JUR* 2010/220971)[35], que no acude a la prueba de los requisitos de la imposibilidad sobrevenida, sino del propio hecho constitutivo de la condición. En este sentido, estima el tribunal de apelación que, a pesar de que la parte actora había optado por subrogarse en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora, no había justificado que no se le concediera tal subrogación, pues el certificado aportado era de la denegación del préstamo hipotecario de otra entidad bancaria, lo que no justificaba la resolución (art. 1114 CC).

2. Casos en que se considera probada la condición

Sí se considera probado el cumplimiento de la condición en las sentencias de la AP de Sevilla (Sección 2.ª), de 29 de octubre de 2004 *(JUR* 2005/69578); AP de Alicante (Sección 8.ª), de 18 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/169602); AP de Barcelona (Sección 14.ª), de 8 de enero de 2009 *(AC* 2009/546); AP de Valencia (Sección 6.ª), de 14 de junio de 2011 *(JUR* 2011/391223); AP de Granada (Sección 4.ª), de 12 de noviembre de 2011 *(AC* 2011/676); AP de Mur-

cia (Sección 4.ª), de 24 de marzo de 2011 *(AC* 2011/462); AP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de julio de 2011 *(JUR* 2011/286499); AP de Sevilla (Sección 5.ª), de 8 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012/68388); AP de Madrid (Sección 9.ª), de 30 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012/65968); AP de Sevilla (Sección 8.ª), de 15 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011/72740), y AP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de junio de 2012 *(JUR* 2012/394985).

En los casos resueltos en la SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de junio de 2012 *(JUR* 2012/394985), y SAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 15 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011/72740), y SAP de Madrid (Sección 9.ª), de 30 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012/65968), la condición consiste solo en la denegación de subrogación en el préstamo hipotecario de la vendedora. Lo único que tenía que probar la parte compradora era que la entidad financiera, que había concedido el préstamo hipotecario a la vendedora, no aceptaba la subrogación y el tribunal considera que se ha acreditado, sin que se pueda achacar esa denegación al propio comprador.

En otros casos, la condición consiste en la denegación de subrogación o de otro tipo de financiación. Entonces, puesto que hay dos alternativas, entiendo que es suficiente probar una de ellas, como sucede en la SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 8 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012/68388)[36]: «*el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior*». También la SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 24 de marzo de 2011 *(AC* 2011/462), estima en su integridad la acción ejercitada por la actora, pues consta acreditada la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario concertado por la vendedora por no cumplir la solicitante los parámetros mínimos requeridos para la concesión de la operación. Esta denegación no resulta provocada por la compradora, ni es tampoco imputable, sino que depende de los estudios y valoración económica realizada por la entidad de crédito.

En otros casos, a pesar de que la condición es la denegación de subrogación o la denegación de otro tipo de financiación, se prueba de forma suficiente la concurrencia de las dos alternativas. En la SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de julio de 2011 *(JUR* 2011/286499)[37], los compradores desplegaron la diligencia exigible para obtener la subrogación, e incluso probaron que habían intentado obtener otra forma de financiación, sin que pueda achacarse esa denegación a la propia actuación de los compradores. Igualmente, en la SAP Granada (Sección 4.ª), de 12 de noviembre de 2011 *(AC* 2011/676), se considera probado que no se produjo la aprobación de la subrogación, e incluso llegaron los compradores a intentar obtener la financiación con otra entidad distinta, con resultado igualmente infructuoso. En la SAP de Valencia (Sección 6.ª), de 14 de junio de 2011 *(JUR* 2011/391223), se estima probado que cobraron realidad las pre-

visiones de esa condición resolutoria explícita, pues dos entidades bancarias denegaron a los compradores el préstamo hipotecario por falta de capacidad de pago y la propia entidad que financiaba a la vendedora, también les denegó el préstamo hipotecario. A ello no obsta el que *a posteriori,* esta misma entidad explicara a la demandada, a petición de esta, que cabría la subrogación en el préstamo hipotecario que afectaba a la vivienda, pues los compradores habían optado en el contrato de compraventa por no subrogarse en ese préstamo.

La condición consiste de forma genérica en la denegación de financiación para la adquisición de la vivienda en el caso que se enjuicia en la SAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 8 de enero de 2009 *(AC* 2009/546). En este caso se celebra un contrato de compraventa de vivienda entre dos particulares y se estima probado el cumplimiento de la condición resolutoria porque han intentado suficientemente obtener financiación y no la han conseguido.

En el caso resuelto por la SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 18 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/169602), se celebró un contrato de compraventa de una vivienda entre la compradora y una agencia de intermediación inmobiliaria. La parte compradora demanda a esta última para que le devuelva los 3.000 euros de señal y se resuelva el contrato. Dice la Audiencia que estamos ante una compraventa perfeccionada pero sometida a una condición resolutoria consistente en que no pudiera realizarse la operación por causa ajena a la parte compradora. Esa condición significaba que quedaba sin efecto la compraventa si la compradora no obtenía la financiación en una entidad bancaria mediante la concesión de un préstamo hipotecario, y en efecto la compradora no logró la referida financiación a pesar de sus activas gestiones en ese sentido como quedó demostrado, por lo que procede la resolución y la devolución de la señal.

La SAP de Sevilla (Sección 2.ª), de 29 de octubre de 2004 *(JUR* 2005/69578), trata de una compraventa entre particulares y se discute si existe o no una condición resolutoria tácita que consiste en la denegación de financiación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia consideran, tras analizar los documentos que firmaron las partes, y la conducta o hechos coetáneos y posteriores, que la concesión del préstamo hipotecario aparece configurado como una condición tácita y por ello, acreditada la denegación del préstamo, se entiende cumplida la condición resolutoria tácita, por lo que resulta de aplicación el artículo 1114 del Código Civil, en virtud del cual, se cancelan los efectos del negocio, procediendo la resolución del contrato con efecto retroactivo *ex tunc*.

Comentario aparte merece el supuesto de la SAP de Cádiz (Sección 8.ª), de 7 de marzo de 2011 *(JUR* 2011/250500). En este caso no hay condición resolutoria expresa consistente en la no obtención de financiación, aunque así lo pretende la compradora haciendo una interpretación improcedente del contrato. Es más, hay una cláusula que prevé que aunque no se obtenga financiación hay que pagar el precio: «En el supuesto que la entidad bancaria que hubiere otorgado el préstamo hipotecario no admitiera dicha subrogación, o el comprador no se

hallare interesado en la subrogación, el comprador vendrá obligado a satisfacer el importe reflejado en el apartado 3) de esta estipulación mediante transferencia bancaria o entrega de cheque bancario a la entrega de llaves y otorgamiento de la escritura pública de compraventa». Por lo tanto, se prevé expresamente que la no autorización de la subrogación en el préstamo no es obstáculo para el cumplimiento del contrato por la parte compradora[38].

V. DENEGACIÓN DE FINANCIACIÓN Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Otra posibilidad que cabe plantear es si la crisis económica actual, que dificulta enormemente el pago del precio y hace esta obligación mucho más gravosa para el comprador que no obtiene financiación, permite acudir a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas con fundamento en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, en las situaciones que estudiamos, las circunstancias sobrevenidas no afectan a la prestación en sí en la medida en que la prestación pecuniaria no se extingue pues el dinero existe siempre, aunque no disponga de él el deudor, y no llega a originar una situación de imposibilidad sobrevenida. Pero sí podemos entender, en principio, que existe una extraordinaria dificultad de cumplimiento[39].

Algunos Códigos regulan la llamada onerosidad sobrevenida y sus efectos [Código Civil italiano (arts. 1467 y sigs.), Código Civil portugués (art. 437), Código Civil holandés (libro 6, art. 258) y Código Civil alemán (parágrafo 313)[40]. También en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 493)]. Además se puede apreciar una tendencia en las normas de carácter supranacional o transnacional de dar acogida a la regulación de estos supuestos, en concreto en los Principios Unidroit y los Principios Europeos del Derecho de Contratos. Sin embargo, nuestro Código Civil no regula, las situaciones de onerosidad sobrevenida y frustración de la finalidad del contrato, lo que supone que son los tribunales los que deben examinar cada caso y dar el tratamiento que consideren acertado. Esto conduce, bien a decantarse por una postura enormemente restrictiva, defensora de la fidelidad del contrato y en consecuencia segura pero inicua, o bien por una línea de búsqueda de la justicia de cada caso, que valore las circunstancias que concurren en cada supuesto, con el peligro de cierta arbitrariedad e inseguridad (De Amunategui Rodríguez, 2003, 29)[41].

La jurisprudencia se muestra restrictiva en la admisión de modificar el contrato, dados los peligros que conlleva para la seguridad del tráfico jurídico. Estima que es necesaria (SSTS de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959 y 27 de junio de 1984, entre otras): 1) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. 2) Desproporción desorbitante

y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones. 3) Que todo acontezca por la sobrevenida aparición de circunstancias radicalmente imprevisibles. 4) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

La alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento respecto a las existentes al celebrase el contrato nos lleva a la valorar si la nueva situación en que se encuentra la obligación es fruto de circunstancias que han sobrevenido con posterioridad a su constitución. En este sentido, hay que tener en cuenta que en el momento de celebrarse los contratos que estudiamos, fluía el crédito y no siempre había motivo para dudar de la concesión de la subrogación en la hipoteca de la promotora o en la posibilidad de obtener otra financiación. Sin embargo, al tiempo de elevar el contrato a escritura pública, la situación ha cambiado y existe una situación generalizada de restricción del crédito.

La desproporción desorbitante permite diferenciar una hipótesis de excesiva onerosidad y un caso de simple dificultad en el cumplimiento[42]. En efecto, la desproporción debe ser extraordinaria, desorbitada e inusitada, por lo que habría que considerar excluidos no solo los casos en los que la mayor onerosidad provoca un desequilibrio que no alcanza el carácter de extraordinario desde un punto de vista cuantitativo, sino también aquellos en que el desequilibrio entra dentro del aleas normal del contrato, esto es, dentro de la normal incertidumbre en relación con el resultado económico propio del contrato en cuestión. Dentro de ese aleas entran, y no pueden dar lugar a la modificación del contrato, todos los problemas de carácter personal debidos al cambio de la situación económica del obligado (SSTS de 23 de junio de 1997) y en general, tratándose de actividades empresariales, todos los riesgos que entran dentro de esa actividad normal de una empresa (Del Olmo Guarido, 2004, 140 y 141)[43].

Quizá sí podría acudirse a la modificación del contrato si se acredita que existe una exorbitante desproporción entre el precio de la vivienda en el momento en que se celebró el contrato privado y el precio de esa misma vivienda en la fecha de otorgamiento de la escritura. Para ello habría que probar que ha existido una imprevisible y extraordinaria reducción de su valor en el mercado como consecuencia de la crisis económica que ha afectado al sector inmobiliario.

No se aplicará esta cláusula cuando el concreto riesgo era susceptible de ser previsto al momento de concluir el contrato (SSTS de 23 de junio de 1997 y 16 de octubre de 1989), pues no es un remedio para la imprevisión de los contratantes, sino de los acontecimientos extraños a la voluntad de los mismos (STS de 31 de octubre de 1963)[44]. En este sentido debemos recordar el principio de *pacta sunt servanda* y el hecho de que en los contratos en que se difiere el cumplimiento de alguna de las prestaciones se pueden y deben prever las consecuencias de una alteración de circunstancias de todo tipo (sociales y económicas, fundamentalmente) durante la fase de cumplimiento del contrato,

de manera que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se pueden evitar los efectos negativos de esa alteración. Por eso solo cabe la modificación si la alteración era imprevisible.

Finalmente es preciso también que la alteración de las circunstancias no haya sido provocada por uno de los contratantes, ya que, en caso contrario, se estaría dejando la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC).

Los contratos más susceptibles a los eventos extraordinario que puedan romper el equilibrio inicial de las prestaciones son aquellos en los que media un lapso de tiempo entre la conclusión del contrato y la ejecución del mismo, o cuando se está en presencia de un contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo. Como destaca DE AMUNÁTEGUI (2003, 236 y 237), «en muchos casos se ha utilizado la expresión «ejecución continuada» para describir este tipo de contratos, lo que no parece rigurosamente exacto. En realidad lo decisivo, lo esencial, será que medie un periodo de tiempo entre la perfección y la ejecución, lo que se llama una *distantia temporis* entre la conclusión y la ejecución. En consecuencia, podremos incluir en esta categoría los contratos de tracto sucesivo (en los que la prestación se cumple periódicamente), los de ejecución continuada, e incluso los de tracto único si la ejecución del contrato se difiere en un tiempo respecto de la conclusión; siendo indiferente que sean ambas o una sola de las partes las obligadas a lo largo del tiempo»[45].

La jurisprudencia no mantiene una línea clara. Hay sentencias en que se afirma con decisión que solamente pueden verse afectados por la alteración de las circunstancias los contratos de tracto sucesivo, mientras que hay otras en las que simplemente se acepta la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a esta clase de contratos. Respecto a los contratos de tracto único, podemos encontrar pronunciamientos en los que no se niega abiertamente pero se aprecia la dificultad de reconocer la operatividad de la onerosidad sobrevenida. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997/665) afirma que en los contratos de tracto único —como la compraventa— la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* «es de carácter aun más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida», doctrina confirmada por la STS de 15 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000/9214)[46].

Precisamente este es el argumento principal que se utiliza en las sentencias de la SAP de Alicante, de 21 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/215844), para negar la aplicación —que no había sido invocada por las partes— de la cláusula *rebus sic stantibus: «porque estamos ante un contrato de compraventa y, por tanto, de tracto único, siendo la aplicación de la cláusula en este tipo de contratos es aún más excepcional que en los de tracto sucesivo, aparte de que las circunstancias exigidas para la aplicación excepcional de la cláusula no sería de aplicación a supuestos como el presente y, en todo caso, no permitiría la resolución, sino la modificación o revisión del contrato con reajuste de prestaciones, pero en todo*

caso si se pretende adquirir un inmueble por un precio determinado es indudable que previamente se debe prever si se contaba o podía contar con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa, sin que puedan unilateralmente resolverlo o dejarlo sin efecto sin concurrir causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que prohíbe el artículo 1256 del Código Civil»[47].

En definitiva, si la compradora pretendía adquirir una vivienda debió haber previsto y examinado si contaba con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa. Para que la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la contratación permita la modificación de la relación obligatoria se requiere que sea extraordinaria y radicalmente imprevista e imprevisible y esto no se estima que concurra en los casos de denegación de financiación, ni tampoco en la situación de insolvencia sobrevenida.

Es muy importante destacar que lo cierto es que, en la práctica de nuestros tribunales, ante la dificultad de pago por denegación de financiación, no se acude, nada mas que con carácter residual, a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas, pues los compradores lo que buscan es la resolución en base a la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Sin embargo la importancia de esta posibilidad resulta trascendental desde la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013/1819), que tras descartar la existencia de imposibilidad sobrevenida en el caso enjuiciado por denegación de financiación, como había estimado la Audiencia Provincial de Castellón, reconoce la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos de imposibilidad real de obtener financiación por parte de los compradores de viviendas.

Destaca que como regla se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación (SSTS de 20 de mayo de 1997, 23 de junio de 1997, 8 de octubre de 2012, 1 de octubre de 2012, 20 de diciembre de 2012), pero que en la actualidad es clara la tendencia «*a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT*[48]*), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL*[49]*) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación*[50]*)».*

La aplicación de esta cláusula no ha de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación, 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 extraordinaria 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».

La posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica destaca esta sentencia, *«no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba (…)».* Estos factores son:

- El destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
- La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
- La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar.
- El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación.
- Y se valorarán también las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Estos factores, considera el Tribunal Supremo, no concurren en el caso enjuiciado. El único fundamento real que la sentencia apelada mantiene queda reducido a la crisis económica, hecho ciertamente notorio, y a la consiguiente restricción generalizada de los préstamos hipotecarios, hecho igualmente notorio. Se prescinde de los presupuestos más elementales para su aplicación al no considerar necesaria una comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, al prescindir por completo de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores mediante el solo y nada convincente argumento de que ambos compraban para su sociedad de gananciales, al identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito y fundada en un alto endeudamiento que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato o, en fin, al no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financia-

ción prevista sin por ello exonerarles del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de la asignación de riesgos seguido por la STS de 23 de abril de 2012 *(RJ* 2012/5913).

VI. CONCLUSIONES

I. Nuestros tribunales, como regla general, no admiten que la imposibilidad de obtener financiación —ya sea por la negativa de la subrogación en la hipoteca de la promotora o por la falta de concesión del crédito por cualquier entidad bancaria ajena a la promotora—, constituya un supuesto que ocasione la imposibilidad sobrevenida de pago del precio en la compraventa de viviendas.

II. Sin embargo, esto no quiere decir que no quepa en ningún caso la liberación del comprador o la revisión de su contrato. Teniendo en cuenta que en los supuestos de denegación de financiación, la prestación —pago del precio— no deviene imposible, pues en las obligaciones pecuniarias no cabe la imposibilidad sobrevenida como causa de liberación de la obligación (*genus nunquam perit*), si cabe hablar de una mayor, e incluso excesiva onerosidad y de una alteración sobrevenida de las circunstancias atendiendo a la crisis económica y la restricción del crédito. En definitiva, la vía no será generalmente la de la imposibilidad sobrevenida, sino la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus,* teniendo en cuenta que la posibilidad de que pueda aplicarse esa regla en determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato. En este sentido creo que, siempre que se den los presupuestos generales para la aplicación de la mencionada cláusula, teniendo en cuenta los factores señalados en la STS de 17 de marzo de 2013, será posible la revisión del contrato, y en caso de no ser posible, su resolución.

III. Por otra parte, es muy importante tener en cuenta las sentencias en que recientemente el Tribunal Supremo ha estimado la resolución del contrato de compraventa por entender que en él se establecía la obligación del vendedor de obtener la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que se le había concedido al primero, siempre que tal obligación tuviese carácter esencial.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de abril de 2002.
- STS de 4 de julio de 1997.
- STS de 20 de febrero de 1994.

- STS de 8 de octubre de 2012.
- STS de 1 de octubre de 2012.
- STS de 10 de diciembre de 2012.
- STS de 16 de enero de 2013.
- STS de 17 de enero de 2013.
- STS de 18 de enero de 2013.
- STS de 12 de abril de 2013.
- STS de 26 de abril de 2013.
- SAP de Sevilla (Sección 2.ª), de 29 de octubre de 2004.
- SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 18 de mayo de 2005.
- SAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 8 de enero de 2009.
- SAP de Sevilla (Sección 2.ª), de 29 de octubre de 2004.
- SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 18 de mayo de 2005.
- SAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 8 de enero de 2009.
- SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 26 de mayo de 2009.
- SAP de Zaragoza (Sección 4.ª), de 17 de marzo de 2010.
- SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de marzo de 2010.
- SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 30 de julio de 2010.
- SAP de Córdoba (Sección 1.ª), de 2 septiembre de 2010.
- SAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 15 de septiembre de 2010.
- SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de octubre de 2010.
- SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 23 de noviembre de 2010.
- SAP de Cádiz (Sección 8.ª), de 7 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 24 de marzo de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 7 de abril de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2011.
- SSAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Valencia (Sección 6.ª), de 14 de junio de 2011.
- SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de julio de 2011.
- SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 29 septiembre de 2011.
- SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 8 de noviembre de 2011.
- SAP de Granada (Sección 4.ª), de 12 de noviembre de 2011.
- SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 9 de diciembre de 2011.
- SAP de Madrid (Sección 9.ª), de 30 de diciembre de 2011.
- SAP de Castellón (Sección 3.ª), de 13 de enero de 2012.
- SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 23 de enero de 2012.
- SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 20 febrero de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 21 de febrero de 2012.
- SSAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 20 de febrero de 2012.
- SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 21 marzo de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 1.ª), 26 de abril de 2012.
- SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 30 abril 2012.

- SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de junio de 2012.
- SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 7 de diciembre de 2012.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011): *Derecho Civil,* Tomo II, 14.ª ed., Madrid: Edisofer.

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 de Madrid (Sección 19.ª), de 6 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/109064)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 4/2012 (págs. 99-117), disponible en http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/143/120)

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003): *La cláusula* rebus sic stantibus. Valencia: Tirant lo Blanch.

DEL OLMO GUARIDO, N. (2004): *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*. Navarra: Thomson-Aranzadi.

ERDOZAÍN LÓPEZ, J. C. (2009): «Comentario al artículo 1184», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil,* 3.ª ed., Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.

CASTILLA BAREA, M. (2001): *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid: Dykinson.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2011): en A. CAÑIZARES LASO, P. V. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO, M.ª R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil comentado,* vol. III, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Navarra: Thomson-Civitas.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1991): «Comentario al artículo 1182», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XVI, vol. 1.º, Madrid, Edersa.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.* (2011): *Elementos de Derecho Civil,* Tomo II, vol. 1.º, 5.ª ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ. Madrid: Dykinson.

LASARTE, C. (2011): *Principios de Derecho Civil, II: Derecho de Obligaciones*, 15.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013): «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013», en *Diario La Ley*, 7 de mayo de 2013, núm. 8077.

TENAS SEGARRA, J. V. (2006): «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte segunda», en J. F. DELGADO DE MIGUEL y V. L. SIMÓ SANTOJA (coord.), *Instituciones de Derecho Privado,* vol. 3, Tomo 1.º, Madrid: Civitas.

NOTAS

* Este trabajo forma parte de los resultados del Grupo de Investigación consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

[1] Cuando el vendedor se aviene a la resolución, se plantea la aplicación de la pena pactada para el caso de incumplimiento o, a falta de previsión de una cláusula penal, la indemnización de daños y perjuicios, como sucede, entre otras muchas en la SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 29 septiembre de 2011 *(JUR* 2011/411740) y en la SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 26 de mayo de 2009 *(JUR* 2009/280702).

[2] La Sala Primera del Tribunal Supremo ha estudiado la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación en numerosas ocasiones elaborando un importante cuerpo de doctrina que se resume en la sentencia de 30 de abril de 2002 *(RJ* 2002/4041), en los siguientes términos: *«Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: 1. La regulación de los artículos 1272 y 1184 (este se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, de 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997) recoge una manifestación del principio* ad imposibilia nemo tenetur *(sentencias de 21 de enero de 1958 y 3 de octubre de 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles* (impossibilium nulla obligatio est: *D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (sentencias de 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras). 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística —atendiendo a los «casos y circunstancias»— (sentencias de 10 de marzo de 1949, 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica, (sentencias, entre otras, de 15 de diciembre de 1987, 21 de noviembre de 1958, 3 de octubre de 1959, 29 de octubre de 1970, 4 de marzo, 11 de mayo de 1991 y 26 de julio de 2000). 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (sentencia de 6 de octubre de 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (sentencias, entre otras, de 8 de junio de 1906, 10 de marzo de 1949, 6 de abril de 1979, 5 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1987, 12 de marzo de 1994 y 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 de febrero, 12 de marzo y 6 de octubre de 1994). 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (sentencia de 13 de marzo) —que solo tiene efectos suspensivos (sentencia de 13 de junio de 1944)—, y la derivada de una situación accidental del deudor (sentencia de 8 de junio de 1906). 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (sentencias de 22 de febrero de 1979 y 11 de noviembre de 1987). 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (sentencia de 20 de marzo de 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (sentencias de 2 de enero de 1976 y 15 de diciembre de 1987), o le es imputable (sentencias de 7 de abril de 1965, 7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (sentencias de 15 de febrero y 23 de marzo de 199..., 17 de marzo de 1997, y 14 de diciembre de 1998), o se podía conocer (sentencia de 15 de febrero de 1994), o era previsible (sentencias de 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994 y 4 de noviembre de 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (sentencia de 23 de febrero de 1994). La sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanística de la finca. 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (sentencias de 8 de junio de 1906, 7 de abril de 1965, 6 de abril de 1979, 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, entre otras). La sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar*

la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento. 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle in incurso *en morosidad [art. 1182, y sentencia de 23 de febrero de 1994 (RJ 1994/1255)]».*

[3] TENAS SEGARRA, J. V. (2006), «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte segunda», en J. F. DELGADO DE MIGUEL y V. L. SIMÓ SANTOJA (coord..), *Instituciones de Derecho Privado,* vol. 3, Tomo 1.º, Madrid, Civitas (pág. 227).

[4] En este punto, destaca DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), en A. CAÑIZARES LASO, P. V. DE PABLO CONTRERAS, F. J. ORDUÑA MORENO, M.ª R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil comentado,* vol. III, Madrid, Civitas-Thomson Reuters (pág. 441), que «hay que insistir en la idea de que para que el deudor pueda liberarse de su obligación ha de haber puesto toda la diligencia que la situación concreta requería y no permanecer pasivo ante el acto o resolución de que se trate (por ejemplo, haber agotado la vía administrativa), al igual que valorarse si ha sido o no su conducta anterior la que ha provocado la resolución administrativa (por ejemplo, se denegó la licencia de apertura del local porque no cumplía las medidas reglamentarias de seguridad)».

[5] CASTILLA BAREA, M. (2001), *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson (págs. 188-191).

[6] TENAS SEGARRA, J. V., *ob. cit.* (pág. 226); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *ob. cit.* (pág. 440).

[7] CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 147).

[8] CASTILLO BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 194).

[9] CASTILLO BAREA, M., *loc. ult. cit.*

[10] CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 199), entiende que «los graves problemas económicos no deben sustentar la liberación del deudor. La incidencia sobre el patrimonio del deudor de las situaciones de crisis económica debe hacerse valer a través de otros expedientes jurídicos como son la insolvencia y las situaciones concursales. Y en estos la ley tampoco considera extinguidas las obligaciones del deudor por el hecho de que este no pueda pagar por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC)».

[11] Los hechos enjuiciados en la STS de 4 de julio de 1997, son los siguientes: Mediante documento privado se vende una finca urbana y se pacta el pago del precio a plazos. Se incluye en el contrato un pacto comisorio y una cláusula penal para el caso de impago del precio por el comprador. Producido tal impago, el vendedor interpone demanda en la que solicita la resolución del contrato. El comprador alega que a la firma del contrato tenía solvencia pero fue «presa de mala fortuna» y ya no puede hacer frente a los pagos de la forma pactada. Además manifiesta que trató infructuosamente de obtener créditos hipotecarios. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida, que había estimado la resolución del contrato por incumplimiento del comprador de la obligación de pagar el precio.

[12] Los hechos que resuelve la STS de 20 de febrero de 1994, fueron los siguientes: Se celebró un contrato de arrendamiento de una finca para explotación de guijo y se pactó una rebaja en el canon si transitoriamente aparecían circunstancias que disminuyeran la producción. En este supuesto debería previamente avisarse a la parte arrendadora, que podría admitir o discrepar de que las vetas de barro justifiquen la disminución del mínimo establecido, sometiéndose este supuesto al dictamen del Director Provincial del Ministerio de Industria. Tras un juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, los propietarios demandan a los arrendatarios solicitando las rentas no pagadas y una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por los arrendatarios. Los demandados solicitaron la absolución de la demandada por la nula productividad de la finca desde mayo de 1988, pues su condena a pagar la renta en estas condiciones, cuando por esa causa abandonaron la explotación, supondría un enriquecimiento injusto de los demandantes. Subsidiariamente, fundamentaban su absolución en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. También reconvinieron en solicitud de que se declarase que habían abandonado la explotación el 24 de mayo de 1988 y resuelto el contrato de arrendamiento porque los arrendadores no habían cumplido su prestación de entregar una

finca explotable para la obtención de guijo. Es de destacar que la prueba pericial practicada arrojó como resultado la inviabilidad total de la explotación económica del guijo en la finca arrendada, y más inviable aún si sufre un gravamen con el canon de arrendamiento. Los demandados, que apelaron la sentencia de instancia a la que habían reconvenido pidiendo la resolución del contrato, interponen recurso de casación por infracción del artículo 1124 CC y, subsidiariamente, apreciación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso y estimó que existía imposibilidad por circunstancias sobrevenidas e imprevistas que supusieron la frustración del fin del negocio.

[13] Tenas Segarra, J. V., *ob. cit.* (pág. 229).

[14] Díez Picazo y Ponce de León, L. (2008), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. II, 6.ª ed., Navarra, Thomson-Civitas (pág. 697).

[15] Salvo, dice Albaladejo (2011), *Derecho Civil,* Tomo II, 14.ª ed., Madrid, Edisofer (pág. 196), que el deudor pruebe que la cosa se habría destruido igual en poder del acreedor, esto es, aunque la hubiese entregado a tiempo.

[16] Lasarte, C. (2011), *Principios de Derecho Civil, II: Derecho de Obligaciones,* 15.ª ed., Madrid, Marcial Pons (pág. 155).

[17] Lacruz Berdejo, J. L., *et. al.* (2011), *Elementos de Derecho Civil,* Tomo II, vol. 1.º, 5.ª ed., revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández. Madrid, Dykinson (pág. 187).

[18] Lasarte, C., *ob. cit.* (pág. 152).

[19] En esta línea, Lasarte (*ob. cit*., pág. 154) considera que el criterio del buen padre de familia en nuestro Código no representa más que una previsión de carácter complementario introducida cautelarmente por el legislador para el caso de que «*la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento*». Mas si se tiene en cuenta que la diligencia concreta se deriva de la naturaleza de la prestación y de las circunstancias concretas de la relación obligatoria, difícilmente podrá darse tal resultado. Por otra parte, no debe olvidarse que el cumplimiento exacto, íntegro e indivisible de la prestación constituye el fin último de la obligación y, por tanto, es natural que el deudor haya de adecuar su diligencia a dicho cumplimiento.

[20] González Porras, J. M. (1991), «Comentario al artículo 1182», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XVI, vol. 1.º, Madrid, Edersa (págs. 258 y 259); Díez-Picazo Giménez, G., *ob. cit*. (pág. 123).

[21] La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión mantiene la misma opinión: Erdozaín López, J. C. (2009), «Comentario al artículo 1184», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil,* 3.ª ed., Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters (pág. 1423); Díez-Picazo Giménez, G., *ob. cit*. (pág. 440), dice que la imposibilidad «no debe serle imputable al deudor, y sobre este particular conviene recordar que la jurisprudencia ha reiterado en multitud de resoluciones que no cabe equiparar imposibilidad a dificultad (SSTS de 12 de febrero de 1992 *(RJ* 1992/982), 12 de marzo de 1994 *(RJ* 1994/1742), 20 de mayo de 1997 *(RJ* 1997/3890), debiéndose aplicar criterios objetivos en su apreciación y no el propio que tenga el deudor (…). Así, no lo será cuando debió haberlas previsto (por ejemplo, problemas de financiación, denegación de licencias, cambio de calificación de terrenos), cuando se debe a su previo incumplimiento de otras obligaciones de tipo administrativo o tributario (…) se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad del deudor (…) o si no ha realizado todo lo posible para vencerla y ha agotado todas las vías posibles de cumplimiento (…)».

[22] La demandada alega una precaria situación laboral: concluyó sus estudios de odontoestomatología en el año 2008, y desde entonces solo tuvo contratos de corta duración como autónoma; y en tales circunstancias, le ha sido absolutamente imposible atender a los pagos parciales pactados en el contrato, y mucho menos obtener financiación bancaria para conseguir el dinero necesario para acudir al otorgamiento de la escritura pública como acredita por la denegación por parte de la entidad Caja Madrid en fecha 11 de febrero de 2010, de la subrogación en el préstamo hipotecario.

[23] SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 19 de marzo de 2010: «*(…) el trabajo que desempeñaba (la actora-compradora) como auxiliar de enfermería en el Hospital San Juan de la Cruz al tiempo de la suscripción del contrato y por el que se obligaba al pago de 156.263,15 euros más*

IVA, como precio de la vivienda que adquiría, era de carácter temporal al ser su situación de interinidad, por más que ella confiara en una eventual permanencia por la causa de la baja de la compañera a la que sustituía, de modo que el cese poco más de cinco meses después, no se puede mantener como se insiste en que se trataba de algo totalmente imprevisible, como suceso totalmente ajeno a su voluntad en el que no interviniese culpa alguna de la misma, porque el adquirir tamaño compromiso en la situación descrita lo que demuestra a las claras es una falta de previsibilidad o si se quiere de diligencia y prudencia lo suficientemente relevantes como para excluir el caso fortuito y la fuerza mayor, porque lógicamente no se puede calificar aquella como una situación económica estable (…) no se puede obviar la alta probabilidad de que en tales condiciones dicha subrogación no fuese autorizada, debiendo como mínimo en el actuar diligente de una persona media, haber procedido a una consulta previa antes de comprometerse y es así que no lo hizo (…)».

[24] La STS de 10 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013/914), no plantea la cuestión de la denegación de financiación como causante de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero rechaza también unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario: «*resulta materialmente imposible saber si en verdad le interesaba o no subrogarse en un préstamo hipotecario contratado por la parte vendedora, ya que inicialmente consideró nulas las cláusulas sobre la subrogación, luego apeló por haberse declarado nulas y privársele de financiación y ahora impugna la sentencia que las declara inaplicables pero aportando la información sobre el préstamo de la que en su demanda decía carecer por completo, dando así la impresión de que precisamente cuando se le comunicaron las condiciones del préstamo y la inminente firma de la escritura pública fue cuando decidió desvincularse del contrato por cualquier medio».*

[25] Los hechos enjuiciados en la STS de 17 de enero de 2013, son los siguientes: El 28 de abril de 2008, doña A. y don J. P. compraron en documento privado a una compañía mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria una vivienda unifamiliar todavía en construcción; en el contrato se contemplaba la decisión de la parte compradora de «subrogarse al préstamo del promotor», pero también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación. El 5 de noviembre de 2008 la mercantil vendedora comunicó a los compradores la obtención de la licencia de primera ocupación de la vivienda, invitándoles a concertar fecha para el otorgamiento de la escritura pública; el siguiente día 24 los compradores comunicaron a la mercantil vendedora su intención de «rescindir» el contrato y recuperar la cantidad entregada a cuenta del precio. Ante la negativa de la vendedora, los compradores presentaron demanda de resolución alegando la imposibilidad de obtener financiación, aportando un documento de Bancaja en el que esta entidad hacía constar que a uno de los cónyuges demandantes le había sido denegada la concesión de un préstamo hipotecario «por la situación financiera actual de nuestro cliente, debido a su alto endeudamiento». La compañía mercantil demandada se opuso a la demanda, pidiendo su desestimación, y además formuló reconvención para que se condenara a los compradores a cumplir el contrato y a pagar la parte pendiente del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención. La Audiencia provincial de Castellón revocó la sentencia apelada, estimó la demanda y desestimó la reconvención. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la vendedora, casa la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

[26] Continúa señalando nuestro Alto Tribunal que, si bien la sentencia recurrida se funda formalmente en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, que guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en su artículo 1105, materialmente aplica la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Y analiza la posible aplicación de esta cláusula, cuestión a la nos referiremos *ut infra.*

[27] Sin embargo en el Fundamento Jurídico 10.º dice: *«No podemos pasar por alto lo antes indicado a propósito de las circunstancias cambiantes que se han vivido en nuestra sociedad en cuanto a la situación de crisis económica, con desplome radical del mercado*

inmobiliario y reducción drástica de la financiación que hasta entonces habían tenido particulares y empresas, cuestión esta que por su notoriedad no precisa prueba y a la que ha de ser permeable este Tribunal, sino para hablar de imposibilidad sobrevenida —tal y como antes se ha recogido—, si para entender que el incumplimiento en que ha incurrido la parte compradora tiene un componente al que ha sido ajeno, y por más que pudiera indicarse que se trata de riesgos de la actividad empresarial, la caída en picado de ese mercado y la financiación por más que tenga su víctima más señalada en este caso a los compradores, no puede decirse que resulta extraña también a los vendedores, cuando menos a la hora de dulcificar o mitigar el grado de incumplimiento que cabe imputar a los compradores, lo que posibilitaría, a juicio de esta Sala, la moderación de la cláusula penal prevista en el contrato, respetando con ello el anterior criterio jurisprudencial».

[28] Los hechos resueltos en la STS (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2013, son los siguientes: Don I. y doña B. compraron en documento privado el 28 de abril de 2008 una vivienda en construcción. Para el caso de que los compradores no cumplieran la prestación de pagar la parte aplazada del precio, los contratantes pactaron, a favor de la vendedora, la facultad de optar por resolver la relación, con pérdida por los incumplidores de una parte de la suma ya entregada, o por exigir el cumplimiento de la deuda pendiente. La misma opción fue expresamente reconocida a los compradores, para el caso de que fuera la vendedora la que no cumpliera la prestación a su cargo, esto es, no entregara la vivienda en el tiempo establecido para ello. La crisis en el funcionamiento de la relación contractual se produjo al tomar los vendedores la decisión de «rescindirla» y comunicar a la vendedora su voluntad en tal sentido con reclamación de la devolución de la parte del precio que ya habían abonado. La vendedora no aceptó en ningún momento esa voluntad de desistimiento y requirió a los compradores para que estuvieran en disposición de recibir la vivienda y de hacer efectivo simultáneamente el pago del precio adeudado. Los compradores interpusieron demanda en la que pretendieron la resolución del vínculo. Dicha pretensión resolutoria la basaron en la cláusula octava del contrato, que no es otra que la que facultaba a la vendedora, en caso de impago del precio, a resolver la relación o exigir el cumplimiento de lo debido.

Sin embargo, en el hecho séptimo del mismo escrito, también alegaron que su negativa a concurrir al otorgamiento de la escritura pública de venta no respondía «a un simple capricho», sino a «la imposibilidad de obtener financiación para el pago del préstamo hipotecario resultante». Para demostrar esa imposibilidad, presentaron dos documentos librados por dos entidades de crédito en el que constaba la negativa a prestarles el dinero interesado. El vendedor presentó reconvención en la que pedía el cumplimiento del contrato. En la primera instancia fue desestimada la demanda y estimada la reconvención. En la segunda instancia el resultado de la decisión del conflicto fue el opuesto. Consideró el Tribunal de apelación que el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores, ante «la falta de entidad bancaria que financiara la operación».

[29] Los hechos que se enjuician en la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 26 de abril de 2012, son los siguientes: El comprador, que tiene la condición de consumidor, pactó con la promotora la compra de una vivienda el 16 de diciembre de 2004, vinculándose eficazmente al íntegro clausulado del contrato, en el que consta que el resto del precio (tras escriturar el pacto) será satisfecho por el adquirente con el importe del préstamo hipotecario, a 25 años de duración, que a tal efecto tiene solicitado o solicitará el vendedor, y en el que se subrogará la parte compradora por el mero hecho de la firma del contrato, por cuyo motivo la parte compradora faculta a la parte vendedora para percibir de la entidad de crédito dicha cantidad. La vendedora, tras un retraso justificado, insta al comprador a escriturar la venta en 9 de octubre de 2009, tiempo en el que el comprador —que había venido cumpliendo con el pago de parte del precio concertado— esgrime una insuficiencia dineraria sobrevenida para atender la parte del precio aún sin abonar ante el fracaso de sus gestiones para que alguna entidad bancaria le conceda una hipoteca sobre la propia vivienda y con la entidad financiera que había concedido el préstamo hipotecario a la constructora, en el que habría de subrogarse al tiempo de elevar a público el contrato el comprador. La AP confirma la sentencia

del juzgado de primera instancia estimando la demanda *«al apreciar que ha existido una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento en el comprador por no haber podido obtener el crédito que le permitiera subrogarse en el préstamo hipotecario del vendedor»*. Entiende que no hay ningún incumplimiento imputable al comprador, existiendo imposibilidad sobrevenida de obtener financiación, y ha sido el vendedor quien no ha podido conseguir —tal como se daba a entender en el contrato— que la compradora se subrogase en el préstamo hipotecario: *«el contrato es de 16 de diciembre de 2004 y la posibilidad de elevarlo a escritura pública no se ofreció al comprador hasta transcurridos cinco años (23 de octubre de 2009), con lo que las circunstancias económicas habían cambiado y se había restringido el crédito dando lugar a la ya imposibilidad sobrevenida para el señor Jesús Luis de obtener la financiación adecuada, tal y como se demuestra por los documentos aportados relativos a la propia entidad de crédito que otorgó el préstamo y a otra dos distintas (documentos 2,3 y 4). No existe por tanto ningún incumplimiento atribuible al comprador, siendo la promotora la que no ha podido conseguir, tal y como se daba a entender en el contrato, que la compradora pudiera subrogarse en el préstamo hipotecario, lo que permite dar por resuelto el contrato tal y como pedía el demandante y lo acuerda la sentencia de instancia»*.

[30] En la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2011, se estima el recurso de apelación, lo que supone la estimación de la demanda y en consecuencia la resolución del contrato de compraventa en base a la interpretación de los términos del contrato a favor del consumidor. El tribunal parte de la condición de consumidor de que goza el comprador y bajo el amparo de la normativa de protección al consumidor (art. 10.2, párrafo segundo de la Ley 1984, y art. 80, párrafo último del Real Decreto-ley 1/2007), adopta la regla de interpretación en virtud de la cual las dudas en la interpretación de las cláusulas, condiciones o estipulaciones se resolverán en el sentido más favorable al consumidor. En este caso, el contrato se elabora por la promotora, de manera que a ella debe perjudicar toda oscuridad (interpretación *contra proferentem*). Oscuridad que estima existe en la cláusula segunda del contrato, pues en ella la promotora da a entender al comprador que no va a existir problema alguno con la subrogación de la hipoteca. Incluso se establece que es en ese momento en que se suscribe el contrato de compraventa, cuando la compradora se subroga en la hipoteca y la compradora faculta a la vendedora para percibir de la entidad de crédito la cantidad correspondiente, de manera que cuando se va a firmar la escritura, la compradora actúa en la confianza de que el resto del precio lo va a pagar con la hipoteca constituida o que se constituya por la propia promotora sobre la vivienda y en la que ya, de hecho, con la firma de ese contrato, se ha subrogado.

Se considera que el comprador puede ejercitar la acción resolutoria a pesar de que no puede pagar el precio por denegación de subrogación en el préstamo hipotecario concertado por la promotora-vendedora, pues no es sujeto incumplidor, sino que ha cumplido (*«…que ningún incumplimiento existió por parte de la comparadora…»*), y el incumplidor es el vendedor *(…siendo la promotora quien no ha podido conseguir, tal y como se daba a entender en el contrato, que la compradora pudiera subrogarse en el préstamo hipotecario…)*. No hay incumplimiento de la compradora, sino de la vendedora, aunque no interviniera culpa. Concluye que realmente, más que incumplimiento hay imposibilidad sobrevenida de cumplimiento al amparo de lo dispuesto en el artículo 1184 del Código Civil.

[31] Los hechos enjuiciados en ambas se recogen *ut supra* II.-2.B.

[32] Las dos sentencias tienen un voto particular del magistrado Andrés Pacheco Guevara. En la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2011, considera que habría que confirmar la sentencia impugnada que desestimó demanda en la que se ejercitaba por el comprador la acción resolutoria. Dice que los términos del contrato, en relación a la subrogación, son normales en el sector inmobiliario y carentes de una especial connotación abusiva del derecho de la parte mas fuerte, que es lo único que puede originar la nulidad de tales estipulaciones. En la SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 26 de abril de 2012, en la misma línea que en la anterior, afirma que no se ha probado el hecho que provoca la imposibilidad de cumplir la obligación de pago del precio, esto es la denegación de la subrogación. Estima probado que el comprador habría cumplido cabalmente con las sucesivas entregas de parte del precio concertado

hasta el momento de elevar el contrato a escritura pública, viéndose compelido a solicitar la resolución del contrato al carecer de financiación para atender las obligaciones mediante el mismo asumidas. Sin embargo no ha cumplido *«la obligación que asumió de subrogarse precisamente en el préstamo hipotecario concertado por la constructora en una oficina de La Caixa de Murcia, sin que pueda saberse con certeza si esa oficina le rechazó su pretensión, algo que convierte en inacogible la maniobra auspiciada para aparentar una insuficiencia económica y apearse del compromiso adquirido, el mismo de obligada observancia* ex *artículo 1091 del Código Civil».* Es decir, solicita la resolución del contrato de compraventa porque carece de financiación, pero no ha probado si la oficina que había concertado el préstamo hipotecario con la constructora realmente rechazó su pretensión de subrogarse. De acuerdo con las pruebas presentadas, la entidad no deniega su solicitud de subrogación a favor del comprador, sino que deniega su solicitud de préstamo hipotecario tramitada en otra sucursal y en otra localidad. En definitiva no se ha probado el hecho constitutivo de la imposibilidad sobrevenida. La facultad resolutoria que dimana del artículo 1124 del Código Civil, exige que el sujeto que pide la resolución sea cumplidor y reclame la resolución frente al incumplidor, pero aquí no se ha probado que el vendedor incumpliese palmariamente el plazo para entregar la casa vendida, dando así lugar a que las entidades financieras se negase al otorgamiento del préstamo hipotecario previsto. El magistrado denuncia que, como está sucediendo en otros casos, puedan «*los adquirentes urdir una trama para aparentar una insolvencia que, conforme al artículo 1105 del propio Código Civil, les permita liberarse de lo pactado (…)».*

[33] Señala que es hecho notorio, que por tanto no es necesario probar de acuerdo con el artículo 281.4 LEC, *«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».*

[34] En el caso enjuiciado en la SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 14 de octubre de 2010, la condición resolutoria pactada establece que en caso de no obtenerse la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria del promotor o en el caso de no obtención de otro crédito hipotecario por el comprador, la compradora goza de dos opciones: por un lado se obligaría a pagar a la parte vendedora en el plazo de treinta días el total importe previsto para dicho préstamo, cuyo incumplimiento determinaría la existencia de causa de resolución a instancia del vendedor; la segunda opción facultaría al comprador para resolver el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta. La parte compradora eligió esta segunda opción formulando la correspondiente acción resolutoria en base a la no obtención del mencionado préstamo hipotecario, aportando al efecto, certificación de una entidad bancaria en que se deniega la citada petición crediticia. Sin embargo, el tribunal, confirmando el criterio de la sentencia de primera instancia, desestima la pretensión de resolución contractual pues estima que se trata de *«un caso de imposibilidad sobrevenida como causa de justificación del no cumplimiento de lo acordado en el contrato de compraventa suscrito entre las partes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil. Como tiene declarado de forma reiterada el TS, la imposibilidad sobrevenida puede ser física o legal, pero en todo caso ha de ser objetiva, absoluta y duradera, y excluye la liberación del deudor cuando resulta provocada por él o le es imputable».* Y se estima que, en este caso, la no obtención de la financiación hipotecaria no puede calificarse como imposibilidad sobrevenida, en los términos señalados, y por tanto no reúne entidad suficiente en orden a sustentar con éxito la resolución contractual pretendida por la parte compradora pues la denegación por la entidad bancaria del correspondiente crédito hipotecario respondía a que el comprador lo había solicitado por una cantidad muy superior a la que le restaba por pagar a la firma de la escritura.

[35] En la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª), de 17 de marzo de 2010, la compradora ejercitó acción solicitando la resolución del contrato en base a la cláusula tercera, y por no haberle sido concedido el préstamo hipotecario según certificación de una entidad bancaria, que también aportaba y en relación al artículo 1.254 del Código Civil. La cláusula mencionada establece: *«el comprador podrá optar por la resolución del contrato en el momento en que conozca la*

no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior». La vendedora se opuso a la demanda por considerar que, a pesar de que la parte actora había optado por subrogarse en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora, no había justificado que no se le concediera el préstamo por esa entidad, pues el certificado aportado era de la denegación del préstamo hipotecario de otra entidad bancaria que no justificaba la resolución. La Audiencia considera que la cláusula establece un derecho de opción a la resolución del contrato sujeto a la condición de la no concesión del préstamo solicitado. Por tanto solo prosperará la resolución si se prueba la denegación (art. 1114 CC). Y en este caso no se ha probado el hecho en que consiste la condición pues la compradora debió justificar que concurrió en ella una verdadera voluntad de obtener el préstamo y que si no fue concedido fue por causas ajenas a ella. La concesión o denegación del préstamo depende de una previa solicitud de la parte compradora que es la que informa a la entidad de su situación para que sea evaluada. Pero se desconoce cual fue el presupuesto en base al cual fue denegado, sin que haya sido explicada la no concesión. En resumen, el documento presentado prueba que no se ha concedido el préstamo pero el demandado ha cuestionado la realidad de la manifestación reflejada en el documento y la parte actora no ha justificado lo contrario.

[36] En el supuesto enjuiciado en la SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 8 de noviembre de 2011 *(JUR* 2012/68388), el comprador, una entidad mercantil, compra dos viviendas con sus respectivos garajes y trasteros. Se dice en el contrato que *«no obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior».* La entidad que había concedido el crédito hipotecario a la vendedora denegó a la compradora las dos operaciones de subrogación hipotecaria solicitadas, por lo que la entidad actora comunicó a la vendedora su voluntad de resolver el contrato por dicha circunstancia. Ante la negativa de la vendedora interpone demanda el comprador, solicitando la resolución del contrato por cumplimiento de la condición resolutoria.

Hay que tener en cuenta, para valorar esta sentencia, que la entidad vendedora no contestó a la demanda, por lo que no pudo oponer frente a las pretensiones deducidas en la demanda los hechos que revelasen una conducta o actitud por parte de la compradora pasiva u omisiva, tendente a no acreditar o reunir ante la entidad financiadora de la compra los requisitos de solvencia necesarios que determinasen la voluntad de la entidad de crédito de aceptar la subrogación hipotecaria. Por tanto, el tribunal solo puede tener en cuenta los hechos alegados por el demandante que hayan sido debidamente acreditados. La Audiencia entiende que se acredita la denegación de las dos operaciones de subrogación solicitadas: *«Cierto es que las facultades resolutorias del contrato son siempre excepcionales, se han de interpretar restrictivamente, y las partes están obligadas a actuar con diligencia y buena fe para llevar a debido cumplimiento aquellas prestaciones a las que se comprometieron y conseguir el fin del contrato. Pero la buena fe se presume siempre, y quien sostenga lo contrario tiene la obligación, primero, de alegar en el proceso los hechos de los que resulte un comportamiento no conforme con la buena fe contractual, y en segundo lugar, la carga de acreditarlos. En el presente caso la demandada nada alegó en el momento procesal en que lo tenía que haber hecho, ni ha conseguido practicar prueba alguna de la que pueda desprenderse un comportamiento contrario a la buena fe contractual por parte del comprador del que resultase que si la condición no se cumplió fue debido única y exclusivamente a su voluntad».*

[37] La condición general tercera, apartado 3.3 del contrato establecía: *«No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior».* Se consideran acreditados los presupuestos exigidos para el

ejercicio de la facultad resolutoria, pues los compradores desplegaron la diligencia exigible para llevar a cabo la efectividad de la subrogación, porque tras denegarse la subrogación hipotecaria, solicitaron con la misma finalidad un préstamo, pero se les denegó ya que el actual nivel de ingresos del conjunto de los titulares hacía totalmente inviable un mayor incremento de sus cargas financieras y gastos. No se considera probada la mala fe alegada por el vendedor. La buena fe se deriva del hecho de que entregaron a cuenta del contrato de compraventa una importante cantidad de dinero y no existen datos para afirmar que ocultaron a las entidades financiera datos económicos o ingresos con la finalidad de que les fuera denegada la subrogación y la solicitud de un préstamo y poder ejercitar así la facultad resolutoria que preveía el contrato.

[38] Como destaca 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)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (pág. 100). [En línea], núm. 4/ 2012, disponible en http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/143/120), la cláusula de subrogación del comprador en la hipoteca que el promotor-constructor para financiar la construcción puede constituirse en una facilidad para el comprador en ciertos casos —despreocuparse en la búsqueda de financiación, con el consiguiente ahorro de costes, comodidad, etc.—, pero también conlleva el peligro de someter al comprador a condiciones de crédito más gravosas de las que pudiera obtener al margen de la financiación ofrecida, tanto en los intereses pactados como en los plazos de amortización. Por eso las cláusulas que imponen al comprador la subrogación en el préstamo del vendedor se entendieron pronto por la jurisprudencia como una limitación para los derechos del adquirente de acceder a un préstamo en mejores condiciones. Además, muchas cláusulas subrogatorias, aun cuando no eran imperativas, trasladaban al consumidor los gastos de cancelación u otras comisiones si el comprador no se subrogaba. Esta práctica se consideró abusiva en tanto que eran gastos a los que debía hacer frente el promotor. La Ley 44/2006, de modificación de la LGDCU, en línea con esta jurisprudencia, determinó que fueran consideradas abusivas en la compraventa de viviendas tanto la cláusula que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario como la que imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación (art. 10.11 LGDCU 1984). Estas previsiones en la actualidad se encuentran en el artículo 89.3 TRLGDCU: *«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:*

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).
b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.
c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.
d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando esta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad».

Por lo tanto, en la actualidad es nula por abusiva, la cláusula que impone la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor-vendedor y también la que establezca cualquier penalización en caso de que no lo haga y la que le repercute gastos que corresponden al vendedor (señaladamente los de gastos de cancelación) en el caso de las hipotecas para financiar su construcción.

[39] En este sentido, señala CASTILLA BAREA, M., *ob. cit.* (pág. 229): «Puede decirse que la imposibilidad sobrevenida excluye o hace innecesario el recurso a la teoría de la excesiva onerosidad, o a la de la cláusula *rebus sic stantibus,* por ejemplo, porque cada una de ellas parte de realidades diferentes: en el caso de la imposibilidad sobrevenida, como es bien sabido, es esencial que la prestación ya no pueda realizarse; en los casos a que tratan de dar respuesta las doctrinas que tiene en cuenta la alteración sobrevenida de las circunstancias, la prestación continúa siendo realizable, pero su cumplimiento es susceptible de producir algún resultado rechazable por el Ordenamiento jurídico, en atención a razones esencialmente de justicia o equidad».

[40] Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003), *La cláusula* rebus sic stantibus, Valencia, Tirant lo Blanch (pág. 19).

[41] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.* (pág. 29).

[42] Destaca DEL OLMO GUARIDO, N. (2004), *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Navarra, Thomson-Aranzadi (pág. 139), que «es preciso considerar tanto la prestación que se ve afectada por el cambio de circunstancias como la contraprestación que le sirve de causa, de modo que no basta considerar la variación que sufre aquella desde el momento de la constitución de la relación obligatoria hasta el momento del cumplimiento, sino que, es preciso que las circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible incidan sobre el valor de una de las prestaciones en relación con la otra provocando así, una verdadera ruptura del equilibrio contractual».

[43] DEL OLMO GUARIDO, N., *ob. cit.* (págs. 140 y 141).

[44] DEL OLMO GUARIDO, N., *ob. cit.* (pág. 142).

[45] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.* (págs. 236 y 237).

[46] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *ob. cit* (págs. 237 y 238).

[47] También se plantea la posible aplicación de esta cláusula por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), en su sentencia de 6 de octubre de 2010 *(JUR* 2011/232077), pero la considera inaplicable*,* pues fue alegada en el recurso pero no se ha pedido en la demanda una modificación del contrato, y el demandado solo pidió una absolución de la demanda. Es importante tener en cuenta que la Ley 493 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su párrafo tercero, dispone: *«Cuando se trate de obligaciones a largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución».*

[48] Artículo 6.2.2 Principios Unidroit: «Cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en esta norma».

Destaca SANCHÉZ MARTÍN, C. [(2013), «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8077] que «en el artículo 6.2.2 se define el fenómeno denominado *hardship* que se produce cuando un evento altera el equilibrio del contrato bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado. Es necesario que dicho acontecimiento sea conocido por la parte perjudicada en el momento de la conclusión del contrato, que esté fuera de su control y, por último, que la parte no haya asumido el riesgo de tales acontecimientos. En cuanto a los efectos de este fenómeno, el artículo 6.2.3 establece que la parte perjudicada está legitimada para exigir una renegociación, que por sí sola no suspende el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de falta de acuerdo se puede acudir a los tribunales para que se decida la controversia. Si se estima la existencia de *hardship,* el Tribunal puede poner fin al contrato en el momento y en los términos que estime oportunos o bien adaptar el contrato con el fin de restaurar el equilibrio».

[49] Artículo 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL: «1. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste del cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación.

2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que:

a) el cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato,
b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato,
c) el cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato.

3. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un periodo razonable, el tribunal podrá:

a) poner el fin al contrato con determinadas consecuencias,
b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias».

[50] Artículo 1213 de la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

(Trabajo recibido el 8-7-2013 y aceptado para su publicación el 16-9-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada tras la Ley 2/2013

Public and private property in spanish littoral after 2/2013 Act

por

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

Magistrado excedente

RESUMEN: La Ley 2/13 ha clarificado en algunos puntos la definición de los elementos integrantes del dominio público marítimo-terrestre; pero asimismo desafecta algunos terrenos y, en otros casos, los mismos dejan de ser ribera del mar y se posibilita pues su desafectación. No obstante, en algunos extremos, la Ley habría debido ser más clara en cuanto a la situación de los antiguos propietarios de terrenos cuya desafectación ahora se permite.

ABSTRACT: 2/13 Act has clarified the concept of public littoral properties. Besides, this Act transforms in private properties some grounds; in other cases, grounds stop beginning to sea shore. However, this new Act ought to have been clearer; concretely, when it defines former owners' situation.

PALABRAS CLAVE: dominio público marítimo-terrestre; desafectación; reintegro.

KEY WORDS: public littoral properties, restitution, freedom from affection.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS NOVEDADES EN EL CONCEPTO DE PLAYA Y DE ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: 1. Concepto de zona marítimo-terrestre: A) *Consideraciones generales.* B) *En especial, los terrenos artificialmente inundables: a)* El caso de las marinas; *b)* Concesiones salineras y para cultivos marinos. 2. Concepto de playa. 3. La redefinición de la ribera del mar como consecuencia de la ejecución de paseos marítimos. 4. Las previsiones específicas para la isla de Formentera.—III. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.—IV. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE NO AFECTADOS POR LA LEY 2/13: EN ESPECIAL, LOS ACANTILADOS Y LOS TERRENOS QUE HUBIERAN PERDIDO SUS CARACTERÍSTICAS NATURALES DE PLAYA, ACANTILADO O ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE: 1. Acantilados sensiblemente verticales. 2. Terrenos deslindados en su día como playa, acantilados o zona marítimo-terrestre y que hubieran perdido sus características naturales. —V. LAS NOVEDADES DE LA LEY 2/13 EN RELACIÓN CON LOS DESLINDES Y REINTEGRO A LOS ANTIGUOS PROPIETARIOS: 1. El reintegro de los antiguos bienes demaniales de la isla de Formentera. 2. Los núcleos de población incluidos en la Adicional séptima. 3. Los terrenos interiores a los paseos marítimos. 4. Los mecanismos de reacción de los antiguos titulares de los terrenos.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 2/13, en su Exposición de Motivos, alude a la permanente litigiosidad derivada del régimen transitorio de la Ley 22/88. Se indica que existen situaciones ambientalmente insostenibles, debidas a la situación de tolerancia que en la práctica se ha producido en ocasiones precisamente por la conflictividad de la Ley de costas; y se añade que hay que establecer un marco en que las relaciones en el litoral puedan tener continuidad a largo plazo. A este respecto, hace referencia al Informe Auken, que insta a España a revisar la Ley de costas para garantizar los derechos de los legítimos propietarios.

La Ley no modifica la definición de dominio público marítimo-terrestre en cuanto a las categorías que lo componen, pero introduce ciertas precisiones en los conceptos del artículo 3 de la Ley 22/88, siguiendo en buena medida la línea previamente marcada por el Reglamento. Además, a partir de ahora los terrenos inundables artificialmente no son demaniales, salvo que ya antes de la inundación lo fueran. En este punto, el cambio es en muchos casos más aparente que real, ya que el Reglamento excluye del demanio los terrenos artificialmente inundables cuya cota sea superior a la mayor de pleamar —art. 6—; la mayor novedad estriba en las marinas, cuyos terrenos inundados siempre se consideran

de dominio privado salvo los canales navegables, que se declaran de dominio público. Además, se elimina la referencia a las playas de origen artificial.

Otra novedad estriba en que ciertos núcleos de población se excluyen del demanio marítimo-terrestre, afirmando la Exposición de Motivos que no se trata de bienes integrantes de la ribera del mar. Se indica que se trata de núcleos residenciales en situación singular, edificados sobre terrenos que, por su degradación y características actuales, no son necesarios para la protección del dominio público marítimo-terrestre. Indica la Exposición de Motivos que se trata de núcleos incorporados al dominio público marítimo-terrestre en virtud de deslindes previos a la Ley 22/88 y cuyas edificaciones son también anteriores, con viviendas históricamente consolidadas; es decir, parece que se incluirían en el dominio público marítimo-terrestre, en su caso, en virtud del artículo 4-5 de la Ley de costas. En este sentido, quizá la Ley esté simplemente recogiendo la nueva doctrina del TS sobre dicho precepto, sentada a partir de su sentencia de 5-11-10. Esta interpretación incluso se corrobora a la vista del régimen a que se someten estos terrenos; ya que la efectividad de la desafectación se difiere al momento en que los ocupantes adquieran esos bienes en virtud de un negocio jurídico de los regulados en la Ley 33/03, de Patrimonio de las Administraciones Públicas[1].

En cambio, la Ley no afecta a otros elementos del dominio público marítimo-terrestre, como acantilados y los terrenos en su día deslindados como dominio público marítimo-terrestre y que hayan perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre; a pesar de que plantean algunos problemas en su aplicación.

La Ley 2/13, por otra parte, y en este punto ha sido criticada por Lozano Cutanda[2], remite bastantes cosas al Reglamento. Por ejemplo, la Exposición de Motivos alude a la intensificación de la protección de ciertos espacios mediante reglamento; este también deberá diferenciar el uso de las playas urbanas y naturales, nuevas categorías que acuña la ley.

Me centraré en las novedades sobre la definición del demanio marítimo-terrestre y en los cauces para hacer efectivas las nuevas prescripciones legales; ya que esta Ley comporta la desafectación de algunos terrenos hasta entonces demaniales, y establece en algunos casos un derecho de reintegro a sus antiguos propietarios o sus causahabientes.

II. LAS NOVEDADES EN EL CONCEPTO DE PLAYA Y DE ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE

La Ley 22/88 ensanchó sustancialmente el concepto de dominio público marítimo-terrestre[3]. Por lo pronto, el artículo 3 define la playa y zona marítimo-terrestre más ampliamente que la Ley 28/69. La Ley 2/13 introduce sin embargo

un cambio sustancial en relación con Formentera, donde los conceptos de playa y zona marítimo-terrestre vuelven a ser como bajo la Ley 28/69; además de haber introducido precisiones conceptuales y una importante previsión sobre los paseos marítimos.

Las nuevas prescripciones relativas a los paseos marítimos son importantes porque el TS afirma que la urbanización de unos terrenos no necesariamente les hace perder su condición de playa o de zona marítimo-terrestre. La sentencia del TS, de 16-6-04, Sala Primera, afirma, siguiendo la de 9-7-01, que pueden tener carácter demanial terrenos urbanos, si reúnen los caracteres indicados en la Ley 22/88, artículos 3 a 5[4]. Es decir, la urbanización de los terrenos no siempre hace perder a los mismos los caracteres físicos propios del dominio público marítimo-terrestre; además de que podría ser de aplicación, en su caso, el artículo 4-5 de la Ley 22/88, que, no obstante, últimamente es objeto de una interpretación restrictiva, como veremos. La nueva normativa sobre paseos marítimos impide, dentro de su ámbito de aplicación, la consideración de los terrenos situados al interior de los mismos como playa o zona marítimo-terrestre, aunque no hayan perdido su composición geomorfológica y características naturales; siempre que el paseo se haya autorizado o construido por el Estado con posterioridad a la Ley 22/88 y antes de la Ley 2/13[5].

1. Concepto de zona marítimo-terrestre

A) *Consideraciones generales*

Por lo que respecta a esta zona, la Ley 22/88 no la define por referencia a donde lleguen las olas en los mayores temporales ordinarios, sino en los mayores temporales conocidos; incluso esto podría ser superado por la pleamar en máxima viva equinoccial[6]. Así, bajo la Ley 28/69 la zona marítimo-terrestre se definía como «el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean»; en cambio, la Ley 22/88, antes de su modificación, la había definido como «espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas»[7].

El límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos se remite ahora, tras la Ley 2/13, a los criterios técnicos que establezca el Reglamento. Con anterioridad, este, artículo cuatro, establecía que: «Para fijar el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos

se utilizarán las referencias comprobadas de que se disponga». La Exposición de Motivos de la Ley 2/13 indica que se trata de dar mayor seguridad a los deslindes; en efecto, con el criterio del temporal conocido según las referencias comprobadas, barrios enteros de ciudades podrían pasar al dominio público marítimo-terrestre, ante temporales extraordinarios[8]. Así, hasta el momento, el problema se debía solventar caso a caso, conforme a los estudios del Ministerio de Medio Ambiente y las periciales, que podían llegar a resultados distintos en casos iguales. Ahora la pega puede estar en que el Reglamento utilice unos criterios técnicos equivocados. Quizá habría sido mejor volver a las previsiones de la Ley 28/69 y sustituir «conocidos» por «ordinarios», como se ha hecho en Formentera; o bien haber incluido dentro de la Ley unas pautas para que después el Reglamento concretara dichos criterios técnicos.

Habrá que estar a lo que diga la modificación del Reglamento en este punto; pero, conforme a lo que finalmente la misma determine, terrenos hasta ahora deslindados como dominio público marítimo-terrestre podrían quedar fuera del mismo, o viceversa.

La zona marítimo-terrestre se extiende asimismo por las márgenes de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas. En este punto, no se ha alterado la definición de la zona marítimo-terrestre, pero sí la servidumbre de protección. Así, se modifica el artículo 23 de la Ley 22/88, para permitir excepcionalmente la reducción a 20 metros de esa servidumbre en las márgenes de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas (art. 23). Esto se debe a que, por ejemplo, en el Gualdalquivir las mareas son sensibles hasta 25 kilómetros tierra adentro; pensemos en la cantidad de terrenos que radicaban en la servidumbre de protección por este hecho[9].

El artículo 3 de la Ley 22/88 añade que la zona marítimo-terrestre comprende las marismas, esteros, albuferas y marjales; y en general los terrenos bajos que se inundan por la filtración del mar, oleaje o mareas[10]. La Ley 2/13 ha precisado el significado de estos conceptos[11].

B) *En especial, los terrenos artificialmente inundables*

El artículo tres de la Ley 22/88, tal como se ha interpretado por la jurisprudencia, también comprendía los terrenos artificialmente inundados por el agua del mar; bien con el flujo o reflujo de las mareas mediante técnicas artificiales, bien los permanentemente inundados por el agua del mar a consecuencia de obras. Así, indica el TS que el artículo 43-6 del Reglamento, relativo a las marinas, en modo alguno colisionaba con aquel precepto, sino que en se limitaba a extraer todas las consecuencias de la norma legal; de hecho, la STS de 14-10-96 había confirmado la legalidad del Reglamento en este punto[12].

Podemos citar la STS, Sala Tercera, de 28-6-12, sobre un lago artificial, comunicado por un tubo con el mar. Se había justificado su inclusión en el demanio porque se trata de terrenos artificialmente inundados con agua del mar, por lo que era de aplicación el artículo 43-6 del Reglamento; además de considerar el alcance de las olas en los mayores temporales conocidos. El recurso se desestima porque el agua del mar llega por el canal hasta el lago; luego los terrenos se inundan con el agua del mar y les alcanza la marea, siendo de aplicación el artículo 3 de la Ley y 43-6 de su Reglamento. Se añade que aquello se había construido sobre una antigua salina; lo que da idea de cuáles habían sido los originales caracteres del terreno. El TS recalca que el artículo 43-6 no contradice, sino complementa, el artículo 3-1.*a)* de la Ley[13].

La STS de 12-4-12 es también significativa; sobre todo porque anticipa las previsiones después recogidas en la Ley 2/13. Señala que, aunque los terrenos se inundan artificialmente —mediante el juego de unos diques, se inundan puntualmente para botar los barcos de un astillero— su cota no es superior a la máxima viva equinoccial de pleamar; por lo que asimismo son naturalmente inundables por efecto de las mareas y forman parte del demanio[14]. Indica el TS que el artículo 6 del Reglamento matiza lo que disponía la Ley 22/88, al excluir del demanio los terrenos cuya cota sea superior a la máxima de pleamar. El criterio que sigue el TS, resultante de lo indicado en el Reglamento, es el finalmente acogido en la Ley 2/13, que afirma que los terrenos artificial y controladamente inundables no son demaniales salvo que ya lo fueran antes de la inundación; de donde se deduce que en este punto —y a excepción de las marinas— esta Ley, en gran medida, se ha limitado a clarificar las cosas y a elevar de rango el contenido de los preceptos reglamentarios. La principal novedad en este aspecto, de hecho, estriba en las marinas y las concesiones salineras y de acuicultura.

En efecto, la Ley 2/13 ha modificado el artículo 3 de la Ley 22/88; así que ahora se establece que no pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre los terrenos artificial y controladamente inundables, siempre que antes de la inundación no fueran demaniales; salvo los canales navegables de las marinas. Esto último se desprende del artículo 4-3, que incluye en el demanio los terrenos cuya superficie sea invadida por el mar salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 3-1.*a)* —terrenos artificial y controladamente inundables—; pero integrando en el dominio público los terrenos inundados que sean navegables. Con esto, se deja fuera del dominio público marítimo-terrestre las marinas; salvo los canales navegables —tal como se especifica en la DA 10—. La exclusión de la zona inundada de las marinas del demanio marítimo-terrestre constituye la verdadera novedad, como veremos.

El artículo 6 del Reglamento establece que: «Los terrenos inundados mediante técnicas artificiales, cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar, no se consideran incluidos en lo establecido en el apartado 3 del artículo anterior»,

relativo a los terrenos invadidos por el mar. En este sentido, la previsión de la Ley 2/13 —con excepción de lo referente a las marinas— no parece tan novedosa; en gran medida, se limita a expresar de otro modo una idea que ya se encontraba en el Reglamento, elevando además de rango ese contenido normativo.

Es cierto que no hay coincidencia literal entre la nueva previsión legal y el Reglamento: la Ley no contempla el requisito de que la cota sea mayor que la de pleamar, sino que utiliza un referente distinto para la exclusión del dominio público: que los terrenos, con anterioridad a la inundación, no fueran demaniales; además de que la inundación artificial debe ser «controlable»[15]. Cabe plantear si puede haber terrenos cuya cota sea inferior a la de pleamar pero que no fueran dominio público antes de la inundación; o viceversa, si podría haber terrenos cuya cota sea superior a la de pleamar y que hubieran sido dominio público marítimo-terrestre con anterioridad a la inundación. En cuanto a lo primero, si la cota es inferior a la de pleamar y le alcanzan las mareas, será un terreno inundable por el mar e integrado en el demanio marítimo-terrestre antes de la inundación artificial, según la interpretación jurisprudencial[16]. En cuanto a los terrenos de cota superior a pleamar pero que hubieran sido dominio público marítimo-terrestre antes de la inundación, si la cota es superior a la de pleamar no serían naturalmente inundables; pero podrían haber sido demaniales con anterioridad por otra causa —zona dunar, por ejemplo— y perdido esas características naturales, o incluso haberse elevado la cota sobre la máxima de pleamar debido a obras, habiendo sido los terrenos naturalmente inundables con anterioridad a las mismas[17]. En todo caso, la intención de la Ley 2/13 no es hacer pasar al dominio público terrenos que no lo fueran con anterioridad; de hecho, el artículo 6-2 del Reglamento debía entenderse sin perjuicio de que los terrenos quedaran incluidos en alguna otra categoría del demanio marítimo-terrestre.

a) El caso de las marinas

Con anterioridad a la Ley 2/13, las zonas inundadas de las marinas se entendían integradas en el demanio marítimo-terrestre en virtud del artículo 3-1.*a)* de la Ley 22/88 —aunque algunas sentencias, como hemos visto, reforzaban esta previsión con la consideración de que nos encontrábamos ante terrenos invadidos por el mar que han pasado a formar parte de su lecho por cualquier causa—. En este punto, la jurisprudencia había entendido, como se ha visto, que no había contradicción entre el artículo 43-6 del Reglamento y la Ley; si bien resultaba chocante que una previsión de tanto alcance se contuviera en una mera norma reglamentaria. Aparte de una serie de normas relativas a la servidumbre de protección, el Reglamento establecía que toda la zona inundada pasaría a formar parte del demanio marítimo-terrestre.

La Ley 2/13, no obstante, ha modificado estas previsiones; en concreto, su DA 10, en relación con el artículo 4-3 LC. De acuerdo con aquella, el terreno inundado para ejecutar los canales navegables, bien por el agua del mar o bien de los ríos hasta donde sean sensibles las mareas, en parcelas que con anterioridad no fueran dominio público marítimo, se incorporará al demanio. No obstante, no se incluyen en este los terrenos de propiedad privada colindantes a la vivienda, y retranqueados respecto al canal navegable, destinados a estacionamiento náutico individual privado; ni los terrenos privados colindantes con el canal e inundados a consecuencia de excavaciones, destinados a estacionamiento náutico colectivo y privado[18].

Es decir, *no todos los terrenos artificialmente inundados en las marinas se incorporan al dominio público marítimo-terrestre: solo canales navegables; no las zonas adyacentes destinadas al amarre, salvo que las mismas, originariamente, ya formaran parte de ese demanio*[19]. Como solo se incorporan al mismo los canales navegables, parece que los lagos artificiales, a que antes he hecho referencia, quedan a partir de ahora fuera del dominio público marítimo-terrestre, aunque no sean propiamente espacios adyacentes al canal[20]; salvo que con anterioridad esos lagos artificiales se integraran ya en el demanio marítimo-terrestre.

En síntesis, los terrenos controlada y artificialmente inundables como regla general solo se incorporan al dominio público si ya pertenecían al mismo antes de la inundación; pero los canales navegables de las marinas se incorporan en todo caso. La diferencia con la legislación anterior, pues —y dejando aparte casos marginales, a que he hecho referencia— estriba en la desafectación *ex lege* de las zonas inundadas de las marinas que no sean canales navegables ni se integraran en el demanio en el momento anterior a la inundación.

En tal sentido, para la efectividad de la desafectación habrá que practicar el deslinde. El tema estriba en si los afectados podrían, ante la inactividad administrativa en la práctica del mismo, únicamente recurrir ante el orden contencioso administrativo o si por el contrario podrían también acudir directamente al orden jurisdiccional civil para la práctica de acciones reales. Esto último resulta complicado, teniendo en cuenta la potestad de autotutela que implica el deslinde de las costas. Después volveré sobre ello.

b) Concesiones salineras y para cultivos marinos

La nueva transitoria primera, quinto, señala que, si los terrenos a que se refieren los apartados anteriores de dicha Disposición se hubieran inundado artificial y controladamente y destinado a acuicultura o salinas marítimas, quedan excluidos del demanio marítimo-terrestre *aunque sean naturalmente inundables;* pero es aplicable la servidumbre de protección. Por supuesto, también serán aplicables las previsiones sobre la servidumbre de tránsito.

Ya hemos visto que los terrenos artificialmente inundados, salvo los canales navegables de las marinas, no son ya dominio público marítimo-terrestre; pero salvo que antes de esta Ley formaran parte de aquel. Así, como se recordará, el Reglamento previó que cuando estuvieran por debajo de pleamar serían demaniales; al ser naturalmente inundables. Ahora se excluyen del dominio público ciertas actividades económicas que necesariamente radican en el litoral. La razón es simple: salvaguardar su viabilidad económica, seriamente afectada por el carácter concesional del título existente sobre los terrenos[21].

En cualquier caso, hay que efectuar varias precisiones. La primera, que esta disposición solo se refiere a las salinas e instalaciones de acuicultura; no, por ejemplo, a los astilleros, que asimismo muchas veces exigen la inundación artificial y controlada de una serie de terrenos y que también deben ubicarse en la ribera del mar o sus proximidades. Es decir, quizá habría sido más razonable aludir a las salinas y a las instalaciones de acuicultura de modo expreso; pero estableciéndose una cláusula abierta en la que se incluyeran además otras actividades económicas que asimismo deban ubicarse en el litoral y en las que también se haya procedido a la inundación artificial y controlada de los terrenos.

La segunda es de mayor alcance. Hemos visto que, como regla general, los terrenos controlada y artificialmente inundados —salvo los canales navegables de las marinas— se excluyen del demanio marítimo-terrestre; pero siguen siendo demaniales los que antes de la inundación lo eran. Sin embargo, *en el caso de estas actividades económicas, los terrenos se consideran de dominio privado, incluso si con anterioridad a la inundación artificial ya hubieran sido inundables y, por tanto, demaniales.* Como acabo de comentar, se trata del reconocimiento de la necesidad de preservar la viabilidad económica de muchas industrias.

Aún se puede efectuar una tercera precisión: La aplicabilidad de esta nueva disposición exige que los titulares de las empresas afectadas —o sus causantes— se hallen en alguna de las situaciones de la transitoria primera; esto es, haber sido legítimos propietarios a la entrada en vigor de la Ley 22/88; o bien estar protegidos por el artículo 34 LH, aun cuando no hubieran obtenido una sentencia civil firme a su favor —fallo favorable que, normalmente, se consigue cuando la primera adquisición privada fue anterior a la Ley de Puertos de 1880 o si la enajenación trajo su causa de la legislación desamortizadora; de acuerdo con el criterio más extendido en la jurisprudencia civil[22]—. Esto es coherente con la finalidad de la norma: no se trata de preservar todas las antiguas propiedades en las situaciones de la transitoria primera —donde la Ley 2/13 simplemente alarga los plazos concesionales y refuerza sensiblemente la situación de los incluidos en el apartado segundo— sino solo de permitir la viabilidad de algunas actividades económicas; si bien con la condición añadida de que nos encontremos ante una de esas situaciones, donde, no se olvide, existieron derechos de propiedad en su día adquiridos legítimamente —o, al menos, títulos protegidos por la fe pública registral—.

Podemos preguntarnos por qué la previsión sobre las salinas e industrias de acuicultura exige que el titular se halle en alguna de las situaciones de la transitoria primera. Pues bien: si son terrenos naturalmente inundables, parece que estaríamos en zona marítimo-terrestre. Pero esta es dominio público por expresa previsión de la CE. Una norma que declare propiedad privada terrenos de esa zona será contraria al artículo 132-2 CE. La Transitoria circunscribe su aplicación a quienes, a la entrada en vigor de la LC, se hallaran en alguna de las situaciones de los anteriores apartados. Ahora bien, hay dos inconvenientes: El primero, la Transitoria no solo se refiere a quienes poseyeran un título de propiedad reconocido en sentencia firme y a aquellos cuyos terrenos no tuvieran las características del demanio en la Ley 28/69, sino también a los protegidos por el artículo 34 LH. Pues bien, en este último caso, si el Estado ganara una acción reivindicatoria, entiendo que el reintegro no sería aplicable.

La segunda objeción es la siguiente: como veremos, lo lógico habría sido, tras la CE, mantener los enclaves privados y entender implícita en la misma un mandato de expropiación —una expropiación *real,* no una pseudoexpropiación a cambio de una concesión; y un mandato, no una simple posibilidad—; a pesar de lo que dijo la STC 149/91. Sin embargo, la Ley 2/13 no contiene un mandato de expropiación de estos terrenos; simplemente, los declara de dominio privado. Lo más respetuoso con la CE, asegurando asimismo la viabilidad de estas empresas, habría sido mantener las concesiones con los plazos y prórrogas recogidos en la nueva Ley; pero con obligación de indemnizar, a su finalización, la diferencia de valor entre la concesión y el antiguo título de propiedad, ya que se quiere conferir a estas industrias un trato distinto al resto de concesiones para garantizar su viabilidad.

La única posibilidad de salvar la constitucionalidad de la norma estriba en considerar que los terrenos, pese a ser naturalmente inundables, no forman parte de la zona marítimo-terrestre. La CE no la define; pero la ley tampoco tiene libertad absoluta para configurarla. ¿Es legítimo que el legislador extraiga de la zona marítimo-terrestre terrenos que, aun siendo naturalmente inundables por las mareas, no lo sean de hecho debido a la realización de obras que impidan dicha inundación; de forma que solo controladamente, por medios artificiales, se deje pasar el agua del mar?[23] Desde mi punto de vista, *ello resulta posible; siempre y cuando la obra humana que transformó de ese modo la zona marítimo-terrestre estuviera ya ejecutada a la entrada en vigor de la CE y el terreno hubiera perdido ya en ese momento sus características naturales. En suma, la nueva transitoria no debería ser de aplicación, a mi juicio, cuando la transformación física se hubiera consumado a partir del 29-12-78; sin que baste que hubiera sido anterior a la Ley 22/88. No obstante, a esta tesis cabe objetar que no se ha cuestionado la constitucionalidad de la transitoria segunda, que permite que incluso después de la CE y de la Ley de costas se consume una obra que gane terrenos al mar, y la adquisición de la propiedad de los terrenos desecados; la*

STC 149/91 se pronunció sobre ella —aunque la impugnación iba en sentido contrario— y declaró su constitucionalidad.

2. Concepto de playa

En cuanto a las playas, para la Ley 22/88 no importa que sean planas, que tengan vegetación o que no la tengan; se especifica que se comprenden en este concepto las dunas, bermas y escarpes[24]. Además, en su primitiva redacción se incluían expresamente las playas de origen artificial; pues bien, significativamente, la Ley 2/13 ha suprimido el inciso «naturales o artificiales», como veremos. En cambio, la Ley 28/69 solo consideraba playa las superficies planas y prácticamente sin vegetación, o solo con vegetación característica[25].

La Ley 2/13 no ha introducido, a excepción de lo que diremos, grandes novedades en el concepto de playa, más allá de incorporar algunos conceptos geográficos que la integran y elevar a rango legal y aclarar las previsiones reglamentarias sobre las dunas; salvo en el caso de Formentera, donde, como se verá, se vuelve al concepto de playa de la Ley 28/69. Las previsiones relativas a los paseos marítimos, no obstante, como veremos, inciden sobre el concepto de playa y de zona marítimo-terrestre. Además, *se han suprimido todas las referencias al posible origen artificial de las playas y de sus elementos integrantes.*

Analizaremos en primer lugar los elementos integrantes de la playa según la Ley 22/88; y a continuación las novedades introducidas por la Ley 2/13. Sobre lo primero, indica la STS de 12-4-12, con cita de la de 22-5-07:

> «El artículo 3.1.*b)* de la Ley 22/88… introduce novedades importantes que amplían el concepto jurídico de "playa", antes proporcionado por el artículo 1.1 de la Ley 28/69... De ellas, conviene destacar… las tres siguientes: Una, referida al carácter de la superficie de ese espacio, que antes había de ser "casi plana", y que hoy, *con la nueva Ley, puede ser, no solo inclinada, sino con irregularidades y ondulaciones; es así, porque aquel artículo 3.1.b) nos dice que la "playa" incluye, no solo las zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, sino también los escarpes, bermas y dunas.* Otra, referida a que *dos de estos accidentes que pasan a formar parte del concepto jurídico de playa, como son los escarpes y bermas, no necesariamente tienen que estar formados o constituidos por depósitos de materiales sueltos; sus características físicas —en cuanto declives ásperos del terreno, los primeros, y parte casi horizontal interior al escarpe o talud de fuerte pendiente causado por el oleaje, las segundas— y su proximidad al mar, los hace susceptibles de ser lugares en que se depositen materiales sueltos, pero el modo en que aparece redactado el repetido artículo 3.1.b) no requiere que tales depósitos hayan de permanecer allí, o que su presencia sea necesaria para poder incluir tales accidentes en el concepto jurídico que nos ocupa. Y una tercera, referida a que aquellos depósitos y estos accidentes pueden tener su origen, o pueden haber sido formados, tanto por la acción del mar o del viento marino, como por otras causas naturales o artificiales; su procedencia continental*

> *no es, así, una circunstancia que necesariamente excluya la inclusión de la zona en el concepto jurídico de playa;* aunque tal amplitud de causas posibles obligará, cierto es, a prestar una cuidadosa atención a la realidad física de la zona y a la finalidad que la norma ha perseguido…»[26].

En esta sentencia, cabe resaltar la referencia a las playas de origen continental; cosa que, como veremos, no ha corregido la Ley 2/13. Pero, como también se deduce de la sentencia, en estos casos habrá que ser especialmente cuidadosos: las playas no solo son dominio público marítimo-terrestre, sino lo son por ser *ribera del mar.* Es decir, la playa, aun la de origen continental, debe estar en contacto con el mar y con la zona marítimo-terrestre.

Pero posiblemente lo más conflictivo de la ampliación del concepto de playa en la Ley 22/88 sea la referencia a las dunas. Bajo la Ley 28/69, estas no integraban el dominio público marítimo-terrestre; salvo que fueran alcanzadas por el oleaje en algún temporal ordinario donde no fueran sensibles las mareas, o por estas donde lo fueran. Sobre las dunas, la STS, Sala Tercera, de 22-3-12 —FJ de la sentencia confirmada en casación— afirma:

> «*en principio las dunas, todas las dunas, se consideran en la LC como dominio publico marítimo-terrestre y, como señala la STS de 28-2-07, para excluir una duna del dominio público estatal, se precisa una prueba contundente de que el sistema dunar ha sido fijado por la vegetación hasta tal punto que no resulte necesaria para garantizar la estabilidad de la playa y defensa de la costa. En definitiva, que se ha convertido un elemento geológico muerto, sin actividad alguna para el entorno ni para sí misma, de forma tal que nada recibe de su periferia ni esta nada de aquella.* En el caso analizado… resulta evidente la existencia de arena suelta lo que impide afirmar que tales dunas no tienen interrelación con el entorno o que no existen materiales sueltos, como la arena, muy al contrario se percibe la existencia de arena, extremo que también resulta suficiente para incluir los terrenos del pleito en el dominio público marítimo-terrestre»[27].

Esta sentencia es resaltable porque afirma que del Reglamento se deduce una presunción de que las dunas son precisas para la estabilidad de la playa y defensa de la costa; lo que, como veremos, ya no es sostenible tras la Ley 2/13.

En el caso de la STS, Sala Tercera, de 10-5-12, las catas arrojaban un porcentaje de arena entre el 82 y el 93 por 100. Para la Administración, la parte del campo dunar más allá de la carretera no era precisa para garantizar la estabilidad de la playa; pero la finca del actor se hallaba en el mismo campo dunar, entre la carretera y la playa. El TS resalta en todo caso que lo incluido en el demanio marítimo-terrestre son las dunas litorales, no las continentales; y que la finalidad de su integración en el mismo estriba en garantizar la estabilidad de la playa.

> «Esta Sala ha señalado en la sentencia de 12-12-09 —reiterando la interpretación realizada en la STS de 6-7-04, que cita a la anterior STS de 17-7-01—, que "en el nuevo régimen jurídico de las costas españolas que la Ley 22/88 ha

> establecido se ha ampliado el patrimonio colectivo incluyendo entre los terrenos de dominio público marítimo-terrestre unas determinadas categorías espaciales, como las dunas litorales, que hasta entonces no necesariamente formaban parte de aquel. La nueva regulación, inspirada en el designio de conservar y proteger lo que queda del medio litoral frenando su deterioro físico (la Exposición de Motivos destaca, entre otros factores, la regresión de la línea de costa así como 'la destrucción de las dunas *litorales'*, en cuanto fenómenos especialmente negativos), tiene una decidida vocación de incorporar estas nuevas categorías a dicho patrimonio público 'ampliando la estrecha franja costera que actualmente tiene esta calificación demanial'. Concretamente, *las dunas litorales (no las continentales) quedan incluidas en la nueva definición de 'playa' siempre que estén formadas por la acción del mar o del viento marino, y al margen de que tengan o no vegetación"*.
>
> "'...La dicción legal permite abrigar ciertas dudas sobre el límite interior de estos espacios litorales que, en algunas ocasiones, avanzan considerablemente tierra adentro, dudas a las que el Reglamento…', ha respondido en su artículo 4.*d)* considerando incluidas en la delimitación de la playa las cadenas de dunas que estén en desarrollo, desplazamiento o evolución debida a la acción del mar o del viento marino, así como las fijadas por vegetación hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa".
>
> En la sentencia de instancia se desestima el recurso… *al haberse constatado la influencia marina de la zona y su carácter dunar, que garantiza la estabilidad de la playa…*».

La STS 23-5-08, Sala Primera, resuelve un caso en que en virtud del deslinde unos terrenos se habían incluido en zona marítimo-terrestre, con rectificación de las inscripciones registrales. Para los demandantes, no concurrían los caracteres previstos en los artículos tres a cinco de la Ley de costas; añaden que aquellos se habían deslindado antes de la Ley 28/69 y desafectado por decisión estatal expresa, y en su día habían sido legalmente urbanizados. El juzgado estima la demanda, al entender que los terrenos no son dominio público natural. Para el TS, estamos ante una zona de dunas, colindante con la playa, con poca vegetación y de carácter estático; y añade que, conforme al artículo 3 de la Ley de costas, las dunas son dominio público marítimo-terrestre. Para el perito, las dunas no eran precisas para la estabilidad de la playa, al estar fuera de su zona de influencia; pero para la Audiencia Provincial y para el TS, este dato es irrelevante —a pesar, podemos añadir, de lo que ya en aquel momento indicaba el Reglamento de la Ley de costas—[28]. Como vemos, esta sentencia utiliza un concepto de dunas a efectos de la Ley de costas más amplio que el empleado por la Sala Tercera; y que no responde a la finalidad de la inclusión de las mismas en el dominio público.

La ampliación del concepto de playa que implicó la Ley 22/88 tiene particular relevancia —además de que la playa es ribera del mar y desde el límite interior de esta computa la servidumbre de protección— porque la Transitoria 1-4 convirtió en concesionarios a aquellos cuyos terrenos no entraban dentro del

demanio marítimo-terrestre bajo la Ley 28/69 pero se comprenden dentro de la definición del mismo con arreglo a la Ley 22/88: En efecto, muchas urbanizaciones, y aun núcleos de población, anteriores a esta Ley, están construidos sobre dunas —que, con la Ley 28/69, no eran demanio marítimo-terrestre salvo que se integraran en la zona marítimo-terrestre—; y *la Sala Tercera viene afirmando que, pese a la urbanización, si de las catas y análisis granulométricos se deduce la composición arenosa de los terrenos costeros urbanizados y edificados, los mismos no habrán perdido sus características de playa y deben deslindarse como dominio público*[29]. Y además, al ser ribera del mar, no cabría su desafectación. Ello, aunque cuando se urbanizaron y edificaron, los terrenos no fueran playa conforme a la Ley 28/69.

Muchas veces, en efecto, los análisis granulométricos determinan que los terrenos son arenosos y reúnen las características geomorfológicas propias de la playa, aunque en superficie estén urbanizados[30]. Pues bien, la previsión de la Ley 2/13, que declara que los terrenos interiores a los paseos marítimos posteriores a la Ley 22/88 no son ribera del mar, previsiblemente afectará a muchos terrenos urbanizados que, aun reuniendo bajo la superficie la composición geomorfológica de la playa, quedan ahora excluidos de este concepto; como veremos[31]. Posiblemente ello no sea irrazonable; ya que habría que plantear el coste técnico y económico de la regeneración de las playas cuando existe urbanización en superficie, e incluso si resulta técnicamente viable.

Es decir, puede que las características geomorfológicas del terreno, en profundidad, sean las de una playa. Pero también habrá que preguntarse hasta qué punto la urbanización no habrá comportado el carácter irrecuperable de los terrenos. Es decir, posiblemente la clave debería estar en si científica y técnicamente es posible la recuperación de esos terrenos como playa, una vez finalizada la concesión y eliminada la obra urbanizadora existente.

En cuanto a las dunas, la Ley 2/13 sigue incardinándolas en la ribera del mar como integrantes de la playa; pero añade que solo se incluyen hasta el límite preciso para garantizar la estabilidad de la playa y defensa de la costa[32]. El Reglamento, artículo 4, considera playa las cadenas de dunas en desarrollo, desplazamiento o evolución por la acción del mar o viento marino; también incluyó las fijadas por vegetación hasta el límite necesario para garantizar la estabilidad de la playa y defensa de la costa. Ahora, las cadenas de dunas en desplazamiento solo son demanio marítimo-terrestre si son precisas para la estabilidad de la playa y la defensa de la costa[33].

A mi juicio, el sentido del nuevo precepto legal es el mismo que el de la norma reglamentaria[34]. La diferencia estriba en que la Ley 2/13, que silencia ya lo relativo a si las dunas tienen o no vegetación, utiliza de forma explícita el criterio finalista para determinar si las dunas se integran o no en la ribera del mar; pero dicho criterio finalista, en realidad, es el que asimismo subyace al propio Reglamento. Es decir, este acota dos casos en que se entiende en prin-

cipio que las dunas son necesarias para la estabilidad de la playa y la defensa de la costa —la STS de 22-3-12 es ejemplo de esta presunción— y así debería haberse interpretado. Pero, si antes podía entenderse que, cuando se dieran los supuestos reglamentarios —en particular, el primero— se presumía que las dunas eran precisas para la estabilidad de la playa y defensa de la costa, tras la Ley 2/13 ello debe probarse por la Administración cuando haya dudas. Y, desde luego, no cabe interpretar que las dunas alejadas de la playa, por mucho que se hayan formado por la arena de esta, el mar y el viento marino y se hallen en evolución y desplazamiento, formen parte de aquella; pero es que, a mi juicio, tampoco antes. Si las dunas son parte de la playa, solo podrán ser dunas, a estos efectos, las que se hallen en contacto inmediato con la ribera del mar. Insisto: en cualquier caso, el Reglamento debía ya interpretarse de ese modo: la referencia a las cadenas de dunas en evolución o desplazamiento debía entenderse en el sentido de que esas dunas en evolución servían para renovar el aporte de áridos a las playas.

Y otra diferencia con la legislación anterior estriba en que la primitiva redacción de la Ley 22/88 aludía explícitamente a causas naturales o artificiales como generadoras de las dunas, bermas, escarpes y en general de las playas. En cambio ahora, en relación en concreto con las dunas, se afirma simplemente que las mismas se forman con arena transportada por la acción del mar, del viento marino u «otras causas». Ya no se dice que esas causas puedan ser artificiales; con lo que podría colegirse que deben ser siempre naturales, ya que así lo son la acción del mar y del viento marino[35]. No solo eso, sino que además *se ha suprimido asimismo la referencia a las causas naturales o artificiales como generadoras de las playas, sus bermas y escarpes. Dicho de otro modo, la sensación es que la Ley 2/13 ha pretendido excluir del dominio público marítimo-terrestre las playas de origen artificial; sin perjuicio de que en su caso las mismas se integren en aquel por inundarse con el flujo de las mareas o sufrir el azote de los temporales por causas naturales*[36]. La Ley, no obstante, debería haber sido más explícita en este punto; desde luego, no tendría sentido que sea una norma reglamentaria la que determine si una playa artificial se integra o no en el dominio público.

3. La redefinición de la ribera del mar como consecuencia de la ejecución de paseos marítimos

Existen otros preceptos, no incorporados a la Ley 22/88, que inciden asimismo en la determinación del demanio marítimo-terrestre. Así, la Adicional tercera de la Ley 2/13 indica que la línea exterior de los paseos marítimos construidos por la Administración estatal, o por otras con su autorización, en el período comprendido entre la vigencia de la Ley 22/88 y esta ley, se entenderá a todos

los efectos como límite interior de la ribera del mar; se podrán desafectar los terrenos situados al interior de aquellos *ex* artículo 18 de la Ley 22/88. No se consideraran paseos marítimos, a estos efectos, las instalaciones que no alteren el terreno que los soporta, como caminos o pasarelas de madera apoyadas en terreno o en pilotes[37].

Con esto, quedan a salvo numerosos núcleos de población en los que se han construido paseos marítimos. Aunque estos paseos suelen estar por encima del nivel de la playa, muchas veces la fuerza de las olas llega hasta ellos, y asimismo las arenas de la playa a veces se impulsan por el viento hacia el paseo[38]. Además, muchas zonas costeras urbanizadas mucho antes de la Ley 22/88 están construidas sobre antiguas dunas, que en aquel momento no se integraban en el demanio. Como la urbanización no supone necesariamente, de acuerdo con la Sala Tercera y tal como hemos visto, la pérdida de las características naturales de playa o de zona marítimo-terrestre —si por ejemplo de los análisis granulométricos se deduce la composición esencialmente arenosa de los terrenos por debajo de la urbanización— muchos núcleos de población corrían el riesgo de ser objeto de un deslinde que los declarara ribera del mar, y por tanto dominio público marítimo-terrestre no desafectable; como de hecho ha sucedido con otros muchos. La Adicional Tercera permite desafectar todos los terrenos interiores a los paseos marítimos construidos o autorizados por el Estado después de la Ley 22/88 y antes de la entrada en vigor de la Ley 2/13[39].

En efecto, la DA 3.ª establece claramente que a todos los efectos el paseo marítimo no se integra en la ribera del mar. *A ningún efecto se entiende que el paseo marítimo, ni lo que está tierra adentro, se integra en la playa ni en la zona marítimo-terrestre; por mucho que las características geomorfológicas de los terrenos del paseo y los colindantes a este sean de composición arenosa.* Y esto no solo tiene importancia para la preservación de los títulos de propiedad sobre terrenos no deslindados como demaniales —aunque posean esas características— sino también desde la perspectiva urbanística, que es la que llena de contenido, a la postre, el derecho de propiedad. En efecto, conforme al artículo 23 de la Ley 22/88, la servidumbre de protección no cuenta desde el límite interior del dominio público, sino desde el límite interior de la ribera del mar, cuando ambos no coincidan. Así, a partir de ahora la servidumbre de protección contará en estos casos desde el límite exterior del paseo.

La DA 3.ª constituye un reconocimiento de lo que hay en la realidad e incluso —pese a lo que venía diciendo el TS— de la existencia de actos propios del Estado; ya que la previsión solo se refiere a los paseos posteriores a la Ley 22/88, cuyo artículo 44 indica que los paseos marítimos se deben ubicar fuera de la ribera del mar. La Ley 2/13 establece algo parecido a una presunción *juris et de jure* de que los paseos construidos tras la entrada en vigor de la Ley 22/88 se han ejecutado cumpliendo con su artículo 44; o bien, simplemente, como he apuntado, reconoce la existencia de actos propios del Estado. Es decir, si el

Estado autoriza o construye el paseo, está implícitamente reconociendo que los terrenos no formaban parte de la ribera del mar[40]. En cualquier caso, la previsión legal, así entendida, contrasta con la posición de la Sala Tercera, para la que no es precisa la revisión de oficio del deslinde cuando este se revela erróneo, ya que se exige su permanente adaptación a la realidad física —así, SSTS de 13 y 27-9, 12-1 y 5-12-12[41]—. De hecho, la nueva norma impide en estos casos aplicar esta jurisprudencia relativa a la posibilidad permanente de revisión de los deslindes; al menos en lo que concierne a la consideración de los terrenos como ribera del mar. Se echa de menos, no obstante, una previsión más general que hubiera acabado con esta línea jurisprudencial, que extrae unas conclusiones desde luego no acordes con la seguridad jurídica ni con la exigencia de revisión de oficio de los actos declarativos de derechos —entre los que se incluye, desde luego, el deslinde que deja fuera del demanio unos terrenos—.

Notemos además que la norma no se aplica a los paseos marítimos construidos antes de la Ley 22/88, ya que en ese momento la definición de dominio público marítimo-terrestre era muy distinta[42]. En todo caso, se puede plantear un problema en relación con los paseos que ya existían antes y que han sido remodelados con autorización del Estado e incluso por este tras la Ley de costas. En estos supuestos posiblemente la solución deba ser la que acoge la Adicional tercera; pensemos incluso que hay muchos casos en que el paseo, tras la Ley 22/88, se extiende longitudinalmente, sobre terrenos geomorfológicamente iguales a los afectados por el tramo antiguo del paseo remodelado. No tendría sentido excluir de la ribera del mar los terrenos afectados por la prolongación y no los anteriores[43]. Esta consideración se refuerza si se tiene en cuenta que los terrenos que se hallan tras un paseo marítimo anterior a la Ley 22/88, e integrados en el dominio público conforme a los criterios de la misma, en muchas ocasiones estarán incluidos en la transitoria primera, cuarto; supuesto este que merece una especial protección, aunque la STC 149/91 declarara su constitucionalidad.

Aparentemente, además, podría dudarse de la constitucionalidad de la Adicional Tercera, si se entendiera que permite la desafectación de terrenos que forman parte de la ribera del mar y que son por lo tanto dominio público marítimo-terrestre por prescripción constitucional[44]. Sin embargo, no lo creo así. La CE nos dice que las playas y zona marítimo-terrestre son dominio público estatal; pero no indica qué es lo que se integra en uno y otro de estos conceptos. Cuando la CE entró en vigor, en particular el concepto de playa, como hemos visto, era bastante más restringido que en la actualidad. La definición amplia de playa no es exigencia de la CE, sino una previsión de la Ley 22/88; y nada obsta a que otra Ley la modifique. Aun así, se podría entender que no es legítimo que, partiendo la Ley 22/88 —incluso tras su modificación— de un concepto muy amplio de playa y zona marítimo-terrestre, en atención a sus caracteres naturales, otra norma legal excluya de dicho concepto terrenos que poseen esas características, en atención a la circunstancia de que existe un paseo marítimo.

Pero también podemos pensar, como antes he señalado, que esta nueva previsión es un reconocimiento a la realidad fáctica: aunque, muchos metros por debajo de una urbanización, los análisis granulométricos arrojen como resultado que el suelo sigue siendo arenoso, ¿tiene sentido esperar que se extingan las concesiones y empezar entonces a desmontar la urbanización e intentar regenerar la playa? ¿Es realmente factible? ¿Lo exige realmente la Constitución?[45] Es más, ¿estamos en estos casos, realmente, ante una «playa»?

Además, en puridad la Ley 2/13, en este punto, no produce una desafectación *ex lege,* ni establece que directamente los terrenos pasen al dominio privado. Lo que dice la Ley es que esos terrenos, al no ser ribera del mar, pueden ser desafectados, si, conforme al artículo 17, no son precisos para la protección de la playa o de la zona marítimo-terrestre. Esto significa, a mi juicio, que dentro de estos terrenos interiores a los paseos marítimos habrá que diferenciar dos casos. El primero, aquel en que se haya practicado un deslinde posterior al paseo, que los haya incluido en la ribera del mar —nuevo deslinde que estaría rectificando el previo a la ejecución del paseo; ya que la DA 7.ª de la Ley 22/88 exige el previo deslinde antes de la construcción de estas obras y además su art. 44-5 obliga a que el paseo se ubique fuera de la ribera del mar—[46]. En este caso, en principio los terrenos, a consecuencia de la Ley 2/13, dejan de ser ribera del mar, pero eventualmente se incardinarían en el artículo 4-5 de la Ley 22/88[47]. Con los nuevos criterios de interpretación de este precepto, como veremos, los afectados podrían sin embargo pedir la práctica de un nuevo deslinde, y la desafectación de esos terrenos por no ser precisos para la protección del demanio marítimo-terrestre —así, STS de 5-11-10, Sala Tercera—. En realidad, la DA 3.ª así lo contempla expresamente; es decir, está acogiendo los nuevos criterios jurisprudenciales. Más adelante volveré sobre estas cuestiones.

Si no se hubiera practicado tras la ejecución del paseo un nuevo deslinde que hubiera incluido los terrenos dentro de la ribera del mar, la solución es aún más clara: ningún nuevo deslinde podrá incluirlos en el demanio por ostentar las características naturales propias de aquella. Tema distinto estriba en si podrían incluirse en un deslinde posterior a la Ley 2/13, con base en el artículo 4 de la Ley 22/88; en especial, el artículo 4-5. Pero, como el TS exige, para la aplicación de este precepto, que el Estado demuestre que los terrenos son precisos para proteger el demanio natural, y de la actuación estatal al construir o autorizar el paseo marítimo parece deducirse lo contrario, no parece que aquel sea aplicable[48]. *En realidad, tras la Ley 2/13 resultará virtualmente imposible su inclusión en dicho demanio, salvo invasión por el mar; ya que tampoco es ya posible su consideración como ribera*[49]*. La Ley 2/13 confiere así seguridad jurídica a estas situaciones, que afectan sobre todo a terrenos urbanizados; lo que resulta especialmente importante a la vista de la amplitud de los criterios manejados por la Sala Tercera en orden a entender que persisten los caracteres naturales del artículo 3 de la Ley 22/88 sobre terrenos ya urbanizados. Es decir, tras la Ley 2/13, ya no sería*

aplicable la jurisprudencia de la Sala Tercera que afirma el mantenimiento de la condición de playa, pese a la urbanización de los terrenos, a la vista de los análisis granulométricos; cuando el terreno se halle al interior del paseo.

4. Las previsiones específicas para la isla de Formentera

La DA 4.ª contiene normas específicas para Formentera, justificándose en su especial geomorfología. Indica Lozano Cutanda[50] que la Exposición de Motivos no explica en qué consiste esa especial geomorfología. La única explicación es que se trata de una isla muy pequeña —dieciséis kilómetros de largo en su parte más larga y 100 kilómetros cuadrados—; así que la utilización de los criterios definitorios generales del dominio público marítimo-terrestre no solo habrían producido la demanialización de buena parte de la isla, sino además la integración de gran cantidad de su superficie dentro de la zona de servidumbre de protección.

En este punto, la Ley 2/13 vuelve a los criterios de la Ley 28/69 para la definición de demanio marítimo-terrestre; si bien, conforme al artículo 132-2 CE, con la salvedad de que no pueden existir enclaves de propiedad privada en las playas y zona marítimo-terrestre. Así, solo las playas y zona marítimo-terrestre se integran en ese demanio; pero, además, tanto una como otra se definen como lo hacía el artículo 1 de aquella Ley con carácter general[51]. No obstante, se concreta el concepto de temporal ordinario, entendiéndose por tales los repetidos al menos tres veces en los cinco años inmediatamente anteriores al inicio del deslinde.

En el caso de Formentera, el deslinde debe llevarse a cabo en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 2/13; el deslinde, lógicamente, se puede practicar también a instancia de parte. Se añade que los propietarios de terrenos que tras el deslinde dejen de ser demaniales, con título inscrito antes de la Ley 22/88, serán reintegrados en su dominio. Esta previsión contrasta con el silencio de la Ley en relación con los antiguos titulares de terrenos deslindados como demaniales e interiores a paseos marítimos; aunque seguramente la diferencia de tratamiento —la ausencia de previsión expresa de reintegro en estos casos— se deba a que, para los paseos, previamente es preciso un acto específico de desafectación. Más adelante volveré sobre ello.

III. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La DA 7.ª de la Ley 2/13 excluye además determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre; concretamente, los indicados en el anexo, y con la extensión derivada de la planimetría prevista en el mismo[52].

Se trata, según la Exposición de Motivos, de terrenos que no forman parte de la ribera del mar y que han sido degradados; con lo que en realidad quedaban en gran medida incluidos en el demanio marítimo-terrestre en virtud del artículo 4-5 de la Ley 22/88. Muchos de esos terrenos, según la Exposición de Motivos, reunían los caracteres del artículo primero de la Ley 28/69; y con posterioridad perdieron sus características naturales[53].

El problema estriba en los casos en que los terrenos, conforme a los análisis y catas que se hubieran practicado, no hayan perdido —pese a su urbanización— los caracteres propios de la ribera del mar; conforme a la jurisprudencia antes señalada. Aun así, parece que en estos casos *ex lege* hay que considerar que estos terrenos no son ribera del mar. Quizá, al igual que pasa con los paseos marítimos, estemos ante una tímida reacción del legislador frente a la posición de la jurisprudencia, que, como hemos visto, difícilmente considera que los terrenos hayan perdido sus características naturales pese a estar urbanizados.

En este caso, no obstante, se prevé que los terrenos quedan desafectados y pueden transmitirse a sus ocupantes por cualquiera de los negocios previstos en la Ley 33/03. Es decir, no se prevé el reintegro a los titulares registrales, sino que es preciso un negocio de transmisión; que lógicamente será oneroso, artículo 132 de la Ley 33/03 —salvo que el ocupante fuera un sujeto al que fuera factible efectuar una cesión gratuita, como el ayuntamiento respectivo—. La efectividad de la exclusión se condiciona a ese negocio de transmisión.

¿Por qué este trato diferencial respecto a Formentera? El legislador parece entender que no estamos ante un acto propio del Estado, como en los paseos marítimos —sobre los que no obstante volveremos después—; ni ante un caso muy particular, como los terrenos artificialmente inundados —donde también se prevé el reintegro—. Por ello, aquí no se trata de practicar un nuevo deslinde y reintegrar a los antiguos titulares —como tampoco en los paseos marítimos—; sino que, por determinación legal, ciertos núcleos se excluyen del demanio marítimo-terrestre si sus «ocupantes» conciertan con el Estado un negocio de transmisión. La regla general, artículo 19 de la Ley 22/88, es que los terrenos desafectados formen parte del Patrimonio estatal como bienes patrimoniales, pudiéndose ceder gratuitamente al municipio o Comunidad Autónoma si la afectación no es previsible; pero en este caso se prevé expresamente la transmisión a un particular, si se cumplen los requisitos de la Ley 33/03.

El problema, a mi juicio, estará cuando los ocupantes sean titulares amparados por la transitoria primera apartados uno y cuatro; es decir, quienes eran propietarios legítimos y pasaron a ser concesionarios. ¿Cómo va a serles exigible la readquisición onerosa? Esta cuestión tiene un alcance más allá de las previsiones de la Adicional séptima; de forma que se proyecta asimismo con carácter general sobre los terrenos desafectados conforme al artículo 18 de la Ley 22/88 —y démonos cuenta de que esta desafectación se puede hasta cierto punto generalizar, ante la nueva doctrina que interpreta restrictivamente el art. 4-5—.

En efecto, pensemos en un terreno deslindado como demanial, pero sobre el que, a la entrada en vigor de la Ley 22/88, hubiera existido un legítimo título de propiedad. Si el terreno después se desafecta por haber perdido sus caracteres naturales y no ser preciso para la protección del demanio, ¿tiene sentido exigir a los actuales concesionarios un negocio jurídico oneroso de adquisición? Después volveré sobre esto[54]; pero se puede adelantar que difícilmente se cumplirán las exigencias de justo equilibrio entre los derechos de los antiguos propietarios y el interés general si les exigimos la readquisición onerosa de sus antiguas propiedades —como asimismo pasa en los paseos marítimos—. Ese justo equilibrio es exigido en todo caso por el TEDH en sentencias como *Hentrich contra Francia*, *Radanovic contra Croacia, Kozacioglu contra Turquía, Smokovitis contra Grecia* y *Beyeler contra Italia,* entre otras muchas. Si los terrenos ya no son precisos para la protección de la ribera y por eso se han desafectado, ¿no será más lógico su reintegro a los antiguos titulares que después fueron transformados en concesionarios?[55] En efecto, el interés general que justificó su inclusión en el dominio público ha decaído; luego lo lógico es su devolución a los antiguos titulares, que fueron privados de sus propiedades a cambio de solo un derecho concesional, que nunca puede tener el mismo valor. Si, en esta circunstancia, exigimos al antiguo propietario la readquisición onerosa del bien, estaremos obligándole a pagar algo que no ha recibido —el justiprecio— y ello, con base en el simple interés crematístico del Estado; que no es justificación suficiente para tal injerencia en los derechos patrimoniales de los afectados.

IV. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE NO AFECTADOS POR LA LEY 2/13: EN ESPECIAL, LOS ACANTILADOS Y LOS TERRENOS QUE HUBIERAN PERDIDO SUS CARACTERÍSTICAS NATURALES DE PLAYA, ACANTILADO O ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE

Una vez analizadas las novedades de la Ley 2/13 sobre el concepto de demanio marítimo-terrestre, hay que aludir a algunas previsiones de la Ley 22/88 que no se han modificado, pese a su litigiosidad. Me refiero a los acantilados y a los terrenos en su día deslindados como demaniales y que han perdido sus caracteres naturales.

En relación con estos últimos, posiblemente la Ley 2/13 no les haya afectado porque, tras la STS de 5-11-10, Sala Tercera, se ha consolidado una interpretación restrictiva del artículo 4-5 de la Ley de costas, de acuerdo con la cual el precepto solo será aplicable si los terrenos son necesarios para la protección del dominio público marítimo-terrestre, conforme al artículo 17; ya que en otro caso deberán ser desafectados. Con esta nueva interpretación posiblemente termine reduciéndose la litigiosidad que la norma suscitaba; pero habría sido conveniente

aprovechar la modificación legislativa y establecer expresamente esta exigencia de origen jurisprudencial[56]. En cuanto a los acantilados, pese a su elevada litigiosidad tampoco se ha modificado su regulación; quizá porque el concepto de acantilado sensiblemente vertical se halla en el Reglamento y no en la Ley. Pero quizá habría sido conveniente introducir en esta unos criterios de definición de acantilado sensiblemente vertical más claros, que hubieran permitido reducir la litigiosidad que genera la aplicación de la norma reglamentaria. Convendría además haber aclarado la forma de medir las servidumbres en este caso.

1. Acantilados sensiblemente verticales

Como he anticipado, es abundante la litigiosidad sobre los acantilados. Posiblemente, ello se debe a la abundancia de construcciones en los mismos, la mayoría con licencia e inscritas en el Registro; litigiosidad asimismo relacionada con la servidumbre de protección. Hay que recordar que los acantilados no eran dominio público bajo la Ley 28/69, salvo que se integraran en parte en la zona marítimo-terrestre[57]. Y el otro problema estriba en que no se exige que el acantilado se halle en contacto con la ribera del mar: basta su contigüidad con otros elementos del demanio marítimo-terrestre; lo que supone un concepto excesivamente amplio de acantilado a efectos de la Ley 22/88, además de poco funcional, si consideramos que la STC 149/91 había afirmado la constitucionalidad del artículo 4 por su finalidad de protección del demanio marítimo-terrestre pero, muy en especial, de la ribera del mar[58].

No obstante, quizá los problemas disminuirían si los criterios reglamentarios que definen el acantilado sensiblemente vertical fueran más claros[59]. La STS de 8-11-12, Sala Tercera, entre otras muchas, indica que, conforme al Reglamento, la verticalidad debe medirse en promedio y no en relación con vértices aislados, en un caso en que se aducía que en esos puntos la pendiente era menor de 60 grados; lo que supone conceptuar el acantilado como unidad morfológica[60].

Pero la consecuencia más importante de la demanialización de los acantilados, según la Sala Tercera, estriba en que, de esta manera, a partir de su coronación se inician las servidumbres; con lo que se consigue una mejor protección de la franja costera[61]. La sentencia de 8-11-12, antes citada, llega a la conclusión indicada en cuanto a la finalidad de la demanialización de esos acantilados:

> «Como se señala en la STS de 28-4-04, "La inclusión del concepto de 'acantilados', como una nueva categoría del dominio público… constituyó una auténtica novedad dentro del mismo —a diferencia de otras categorías tradicionales que simplemente fueron configuradas de modo diferente—, hasta el punto de no aparecer la misma en el Proyecto... Al no encontrarse mencionados en la CE, tal inclusión fue una opción del legislador, que se refleja en la sistemática legal... Como ha señalado… la STS de 13-7-01, la noción de 'acantilado' que la LC de

> 1988 emplea no solo se caracteriza por su verticalidad más o menos pronunciada y su contacto con el mar, con la playa o con otros elementos del dominio público marítimo-terrestre, sino también por su estabilidad y permanencia como parte integrante 'normalmente rocosa' de una zona costera característica".
>
> También ha señalado… la sentencia de 20-1-04 que "...cuando el acantilado sensiblemente vertical, definido como tal por el artículo 6.3 RC, esté en contacto con la ribera del mar… *la línea de la ribera del mar se encuentra en el punto de coronación del acantilado, de modo que resultan coincidentes en ese caso el límite interior de la ribera del mar con el del dominio público marítimo-terrestre, y, por tanto, no procede el trazado de una y otra línea al practicar el deslinde…* al no concurrir el supuesto previsto en los artículos 19.1 y 26.1 del Reglamento… *debiendo medirse, por consiguiente, la servidumbre de tránsito y la de protección, según establecen concordadamente los artículos 23.1 y 27.1 de la LC, 43.1 y 51.1 de su Reglamento, desde el punto de coronación del acantilado, en el que, como hemos dicho, coinciden el límite interior del dominio público marítimo-terrestre y el de la ribera del mar..."*
>
> Esta nuestra tesis interpretativa… se basa en la finalidad protectora del dominio público marítimo-terrestre perseguida por la LC *22/88*, que no se alcanzaría si se considerase que los acantilados sensiblemente verticales, en contacto con la ribera del mar, no forman parte de esta, pues, de ser así, resultarían ilusorias por imposibles las servidumbres de tránsito y de protección, establecidas precisamente con el fin de impedir la degradación del referido dominio»[62].

Pero, como indica García Pérez[63], una cosa es el límite interior de la ribera del mar, desde donde se empieza a medir la servidumbre de protección, y otra el límite interior del dominio público. Estas sentencias, y las posteriores, como afirma la autora, confunden ambos conceptos si el acantilado se halla en contacto con la ribera del mar; cuando la ribera del mar debe definirse conforme a los criterios del artículo tres de la Ley de costas.

Por otra parte, y dejando de lado ahora la confusión indicada, tanto en este caso como en los restantes, hay que preguntarse si no habría sido posible conseguir la preservación de la costa salvaguardando los derechos ya adquiridos legítimamente; es decir, si la DT 1-4, en síntesis —y pese a su declaración de constitucionalidad por STC 149/91— realmente efectuó una adecuada ponderación de los intereses en juego. En otros términos, si no habría sido posible, simplemente, medir la servidumbre de protección desde la coronación del acantilado, pero preservando las titularidades privadas legítimamente adquiridas existentes en el acantilado vertical[64]. Es más, habría sido conveniente, si realmente el legislador pretende que las servidumbres se midan desde la coronación del acantilado, que se hubiera establecido expresamente; ya que de la Ley 22/88 se deduce lo contrario, como hemos visto, y por mucho que la Sala Tercera haya llegado a aquella conclusión.

Y también habría sido acertado modificar el precepto, a fin de que se incluyeran en el demanio marítimo-terrestre solo los acantilados en contacto con el mar o su ribera. En efecto, de las sentencias citadas se deduce que la finalidad

protectora de la norma solo concurre si el acantilado se halla en contacto con la ribera del mar. Es decir, no tiene sentido considerar integrado en el dominio público marítimo-terrestre al acantilado no contiguo con esa ribera y a la vez afirmar que las servidumbres deben medirse desde la coronación del acantilado para protegerla; porque, aunque esto se circunscriba por la Sala Tercera a los acantilados que se hallan en contacto con la playa o zona marítimo-terrestre, de aquí se deduce que solo estos últimos cumplen con la finalidad protectora que, conforme a la STC 149/91, justifica la enumeración del artículo 4 de la Ley 22/88.

2. Terrenos deslindados en su día como playa, acantilados o zona marítimo-terrestre y que hubieran perdido sus características naturales

Posiblemente, uno de los casos más problemáticos sea el de los terrenos que en su día fueron playa, acantilado o zona marítimo-terrestre pero que, debido a la urbanización o por otras razones, han perdido esos caracteres naturales, y que el artículo 4-5 de la Ley 22/88 —no modificado por la Ley 2/13— incluye en el demanio marítimo-terrestre; si bien en este caso el artículo 18 de la ley 22/88 previó la posibilidad de su desafectación[65]. Como he anticipado, la consolidación jurisprudencial de un criterio restrictivo en la aplicación de este precepto quizá pueda reducir la litigiosidad; pero habría sido conveniente incorporar la interpretación acuñada por el TS al texto de la Ley.

Para que sea de aplicación ese artículo 4-5, es preciso que los terrenos se hayan deslindado como dominio público marítimo-terrestre —puede verse STS de 28-6-05, entre otras—[66]; bien antes de la Ley 22/88, bien tras la misma. Se dejan fuera pues terrenos que fueron en su día playa, si nunca fueron deslindados[67]. La STS de 10-5-12 casa la sentencia y estima en parte el recurso. Había habido dos deslindes previos, de 1946 y 1969; pero este último había excluido del demanio los terrenos, al considerarlos sobrantes. Por ello, no se podía entender que los terrenos se hubieran incluido como demanio marítimo-terrestre en un deslinde anterior: en suma, ese deslinde anterior a que alude el artículo 4-5 *es el inmediatamente anterior al que ahora pretende practicarse*[68].

Además, la Sala Tercera, como he anticipado, insiste, desde la sentencia de 5-11-10, en que no basta para aplicar el artículo 4-5 que los terrenos en su día hubieran sido deslindados como demaniales, sino que es preciso que resulten necesarios para la protección del dominio público, en los términos de los artículos 17 y 18. En caso contrario, deberán ser excluidos del deslinde. Esta interpretación jurisprudencial es coherente con la STC 149/91, cuando declara la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley de costas porque su finalidad es la protección del dominio público marítimo-terrestre y, muy en especial, de la ribera del mar. Así, la STS, Sala Tercera, de 11-10-12, en el caso del artículo 4-5

de la ley de costas, exige un plus de motivación para mantener la demanialidad. Se había practicado un deslinde en 1969. La Audiencia Nacional había entendido que el nuevo deslinde en el tramo controvertido coincidía con el antiguo. Para el TS, si bien en ese caso se llegó a la conclusión de que los terrenos no habían perdido sus características naturales de zona marítimo-terrestre y playa, al tratarse del punto más interior alcanzado por temporales conocidos y al estar los terrenos constituidos por materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, formadas por la acción del mar o viento marino,

> «Asiste la razón a la recurrente al criticar… la Sala de instancia… cuando indica que "[...] si el deslinde ahora impugnado coincide entre los vértices… con el aprobado por la OM de 18-4-69, el deslinde en ese subtramo es válido e inatacable con independencia de la justificación geomorfológica que se recoja en el expediente"—, pues, como esta Sala ha declarado, en la interpretación realizada del artículo 4.5 de la LC, en el supuesto de deslindes que ratifican deslindes anteriores —cuyos terrenos han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre—, *tales terrenos no deben mantenerse indefinidamente en el ámbito del dominio público, por el solo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos los haya incluido en su día como demaniales, por lo que*, *tal inclusión de tales terrenos en el dominio público, en posteriores deslindes, requiere un plus de motivación que acredite la conveniencia para el interés general de la permanencia de tales bienes en el dominio público, con su correspondiente protección como tal, lo cual tiene su fundamento, en sentido inverso, en la legitimación administrativa para efectuar nuevos deslindes, prevista en el artículo 12.6 de la LC,* como ocurre en el deslinde impugnado, que se motiva en que el anterior no incluía todos los bienes a los que la Ley atribuye carácter demanial (es el caso de las SSTS de 21-7-11 y de 12 -12-11)»[69].

Esta interpretación jurisprudencial, que aparte de lógica tiene su apoyo en la conjunción sistemática del artículo 4-5 y el artículo 18 de la Ley de costas, debería haberse llevado al texto de la ley. Por lo demás, la misma, como antes he resaltado, puede ser decisiva en relación con la final desafectación de los terrenos interiores a los paseos marítimos, que han dejado de ser ribera del mar por determinación legal. No obstante, salvo el caso de los paseos marítimos, será difícil que nos encontremos ante el supuesto del artículo 4-5; teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial según el cual la urbanización no comporta sin más la pérdida de las características naturales de un terreno como playa —o, en su caso, zona marítimo-terrestre—.

V. LAS NOVEDADES DE LA LEY 2/13 EN RELACIÓN CON LOS DESLINDES Y REINTEGRO A LOS ANTIGUOS PROPIETARIOS

La Ley 2/13 contiene previsiones sobre los deslindes, que modifican la Ley de costas. Por ejemplo, el artículo 13 bis dos prevé expresamente que, cuando se altere la configuración del litoral y nuevos terrenos se hayan integrado, en consecuencia, en el demanio, sus antiguos titulares pasarán a ostentar una concesión gratuita por setenta y cinco años, con respeto a los usos y aprovechamientos existentes; siendo viables las obras de consolidación, reforma y modernización que no impliquen aumento de altura, volumen u ocupación[70]. Es decir, se prevé una solución para los casos en que unos terrenos pasen a ser demaniales a consecuencia de un temporal, por ejemplo[71]. Esta solución es la misma prevista en la transitoria primera, cuarto, para los afectados por el cambio en la definición legal del demanio a consecuencia de la Ley 22/88; que, a mi juicio, era aplicable por analogía en los supuestos que nos ocupan[72].

De mayor interés para este trabajo son las previsiones relativas a los deslindes que deberán practicarse a la vista de la redefinición del dominio público marítimo-terrestre producida por esta Ley —en otros términos, los deslindes que deben llevarse a cabo a consecuencia de la desafectación *ope legis* de los terrenos— o las desafectaciones que sean consecuencia de las nuevas previsiones legales —por ejemplo, en el caso de los paseos marítimos, si la Administración decide desafectar los terrenos interiores a los mismos—[73].

La DA 2.ª de la Ley 2/13 obliga al Estado a iniciar la revisión de los deslindes ejecutados y afectados por esta ley; la DT 3.ª aclara que los procedimientos iniciados con anterioridad deben resolverse conforme a ella. Si la Administración no lo inicia de oficio, ha de instarse por los interesados; en tal caso, el silencio a los dos años es negativo, y se podrá pretender ante el orden contencioso la adaptación del deslinde a la nueva Ley. En efecto, no tiene sentido hablar de caducidad del deslinde cuando el expediente se inicia a instancia de parte[74]. Por supuesto, excluidos los terrenos del demanio, bien a consecuencia del nuevo deslinde o de un pronunciamiento del orden contencioso, procederá la rectificación registral; aunque con carácter general a estos efectos sea competente el orden civil —vid. STS de 22-10-01—[75].

Lo más interesante, a nuestros efectos, es la previsión relativa al reintegro de los terrenos deslindados a sus antiguos propietarios —o sus causahabientes—. Resulta necesario tanto acotar el campo de aplicación de esta previsión como estudiar los mecanismos de reacción que pueden utilizar los antiguos propietarios ante la pasividad o negativa de la Administración a proceder a ese reintegro; negativa que, precisamente, podría basarse en entender el Estado que el reintegro no es aplicable en el caso concreto —por ejemplo, en el caso de Formentera, por considerar que no hubo titulares registrales—: como veremos

enseguida, posiblemente el supuesto más problemático sea el de los terrenos interiores a los paseos marítimos.

En efecto, *la Adicional quinta señala que quienes a la entrada en vigor de la Ley 22/88 eran propietarios registrales de terrenos que debido a esa ley pasaron al dominio público, o sus causahabientes, serán reintegrados en el dominio de sus bienes que tras la Ley 2/13 dejen de formar parte de aquel, una vez revisados los deslindes.*

En primer lugar, se exige simplemente la condición de propietario registral a la entrada en vigor de la Ley 22/88. No se exige una sentencia firme civil que haya declarado que los terrenos eran de titularidad privada a la entrada en vigor de esa Ley. Ni siquiera se exige expresamente que la titularidad registral esté amparada en el artículo 34 LH; con lo que, en la literalidad de la norma, el reintegro podría ser aplicable incluso al caso de inmatriculación, si bien entiendo que el Estado podría intentar, en su caso, la acción reivindicatoria.

En segundo lugar, quedan aquí incluidos los afectados por la transitoria primera, cuarto —terrenos que antes de la Ley 22/88 no eran demanio terrestre porque no poseían sus características naturales conforme a la Ley 28/69; y que tras la Ley 2/13 se excluyen del mismo—. Pero, además, hay que preguntarse si con carácter general asimismo podrían ser titulares del derecho de reintegro quienes hubieran estado incluidos en el artículo 6-3 de la Ley 28/69; esto es, los amparados en el artículo 34 LH pero cuyos terrenos fueran playa o zona marítimo-terrestre conforme al artículo 1 de esa Ley, caso en que dichos terrenos se excluían del deslinde sin perjuicio de que el Estado ejercitara la acción reivindicatoria. Esto es más complicado, ya que en tal caso los terrenos poseían los caracteres de playa o zona marítimo-terrestre de acuerdo con las restrictivas nociones empleadas por la Ley 28/69; por lo que es muy difícil que sus titulares puedan haber sido beneficiados por la Ley 2/13 en cuanto a la desafectación de sus terrenos[76]. Pero, en el caso de terrenos inundados artificialmente para salinas o cultivos marinos —transitoria primera, quinto—, se incluye expresamente a todos los afectados por la transitoria primera en sus distintos apartados; aunque ello tiene su lógica[77].

1. El reintegro de los antiguos bienes demaniales de la isla de Formentera

La consideración anterior puede ser particularmente significativa en el caso de Formentera. Recordemos que, en este supuesto, el demanio marítimo-terrestre vuelve a tener el ámbito que poseía bajo la Ley 28/69. Pues bien, conforme a la Ley 2/13, deben ser reintegrados en sus titularidades los antiguos propietarios de terrenos no incluidos en la definición legal del artículo 1 de aquella Ley —esto es, los afectados por la DT 1-4 de la Ley de costas—.

La cuestión estriba en si, además, deben ser reintegrados en su derecho de dominio quienes poseían títulos amparados en el artículo 34 LH, y los que

obtuvieron a su favor sentencia firme declarativa de su derecho de propiedad, sobre terrenos que poseyeran los caracteres del artículo 1 de la Ley 28/69. La respuesta es negativa: *todos los terrenos que poseen las características que indicaba el artículo 1 de la Ley 28/69 —si bien con el matiz de que ahora se precisa además el concepto de temporal ordinario; de donde eventualmente podría derivarse alguna variación— se consideran, en la isla de Formentera, dominio público marítimo-terrestre, si actualmente siguen ostentando esas características; fuera cual fuera su situación jurídica real y registral a la entrada en vigor de la Ley 22/88.*

En suma, quienes pueden pedir el reintegro, en el caso de Formentera, son los afectados por la transitoria primera apartado cuarto, básicamente[78]. A ellos habría no obstante que añadir los antiguos titulares de enclaves, a que aludía el artículo 6-3 de la Ley 28/69, cuyos terrenos, en la actualidad, hayan perdido las características naturales indicadas en la Disposición adicional cuarta. Ello es posible dado el restrictivo concepto de demanio marítimo-terrestre en Formentera, que no incluye el caso del artículo 4-5 de la Ley de costas.

Por otra parte, como acabo de comentar, la ley solo exige la condición de antiguo titular registral; así que el reintegro procede asimismo en relación con aquellos que nunca hubieran litigado y por tanto nunca hubieran obtenido una sentencia civil firme a su favor. El problema estriba, no obstante, en los casos en que la sentencia civil haya declarado que el titular registral no era verdadero propietario —por ejemplo, por ser la primera inscripción posterior a la Ley de Puertos de 1880 y no proceder los terrenos de la legislación desamortizadora, conforme al criterio más al uso en la Sala Primera—. ¿Tiene sentido el reintegro en esos casos? ¿Hay que entender que la Ley 2/13, para estos supuestos, deja sin contenido la cosa juzgada a favor del Estado? A mi juicio, no es así. El reintegro es un deber derivado del nuevo deslinde, pero el Estado podría, si nunca se ha litigado, ejercitar la declarativa de dominio —o, tras el reintegro, la reivindicatoria— si considera que los titulares registrales nunca fueron verdaderos propietarios; si en su día el Estado hubiera ganado el pleito civil, hay que entender que no procede el reintegro, sino seguir con el régimen concesional.

2. Los núcleos de población incluidos en la Adicional séptima

Este caso se exceptúa del derecho de reintegro, ya que la desafectación exige para su efectividad la suscripción de un negocio de enajenación, que, salvo para los casos en que procede la cesión gratuita, debe ser onerosa, conforme al artículo 132 LPAP; si bien su artículo 134 permite aplazamiento del precio, con garantía, hasta diez años.

Hemos visto que no es lógico que quienes hubieran ostentado, de acuerdo con el Registro y al amparo del mismo, titularidades reales, se vean ahora

obligados a efectuar la readquisición onerosa. Aunque del valor de tasación se descontara el de la concesión a efectos de la determinación del precio del negocio oneroso, la previsión de readquisición onerosa no resulta razonable en estos supuestos. La readquisición onerosa solo tendrá sentido cuando el Estado hubiera obtenido a su favor un pronunciamiento firme del orden civil, que indique que no hubo derechos de propiedad privada sobre los bienes. En cambio, en los casos de la transitoria primera, apartado cuarto, de la Ley de costas, así como cuando el particular haya obtenido una sentencia civil firme declarativa de su derecho histórico de propiedad, entiendo que lo procedente es sin más el reintegro[79]. En efecto, de la Exposición de Motivos se deduce que esos núcleos de población ya eran demaniales bajo la Ley 28/69 e incluidos en deslindes antes de la Ley 22/88; y después han perdido sus caracteres naturales. Pero no es descartable que haya terrenos que, aun reuniendo las notas del artículo uno de aquella Ley, sin embargo hubieran sido reconocidos en su día como de titularidad privada —por ejemplo, por derivar la primera transmisión de la legislación desamortizadora, o por ser la cadena de inscripciones anterior a la Ley de 7-5-1880, de acuerdo con los criterios de la Sala Primera—; o incluso que parte de estos núcleos se encuentren en la situación de la DT 1-4.

El problema se planteará si el particular —o su causante— nunca hubiera litigado contra el Estado; sin que por tanto exista sentencia alguna relativa a la existencia de antiguos derechos de propiedad privada. En estos casos, una opción consistiría en aplicar la norma legal y exigir la enajenación onerosa del bien, pero con posibilidad de que el particular ejercite una acción declarativa de su derecho histórico de dominio, a la que vaya aneja la pretensión de devolución del precio de la enajenación; o bien plantear directamente la reivindicatoria o la declarativa de dominio, sin pretender su readquisición onerosa. No parece en cambio posible exigir en este caso el derecho de reintegro de forma directa, a menos que previamente se ejercite con éxito la correspondiente acción civil frente al Estado.

3. Los terrenos interiores a los paseos marítimos

Formalmente no parece que en este caso sea aplicable el reintegro, ya que no nos encontramos ante una revisión de los deslindes. Lo que establece la Adicional tercera es que los terrenos dejan *ex lege* de formar parte de la ribera del mar y que pueden ser desafectados si no resultan necesarios para la protección del dominio público marítimo-terrestre. Es decir, la norma afecta a los terrenos interiores al paseo que tuvieran los caracteres propios de la ribera del mar; estos terrenos ahora en principio siguen siendo demaniales, pero se permite su desafectación. Parece que el supuesto sería asimilable al de la DA 7.ª; pero la Adicional Tercera no exige de forma expresa el negocio jurídico oneroso, quizá

porque, en el caso de los paseos marítimos, la desafectación debe decidirse caso a caso por la Administración[80].

Si los terrenos interiores al paseo no estuvieran deslindados como dominio público, no habrá problema; ya que no ha habido declaración de demanialidad[81]. En cuanto a los terrenos que *ex lege* pierden ahora su condición de ribera del mar, aunque la Ley 2/13 no establece la desafectación automática sino solo su posibilidad, será muy raro que se den las circunstancias que impidan la desafectación; a la vista de la interpretación jurisprudencial del artículo 4-5 LC, como hemos visto.

El problema estriba en que, tras la construcción del paseo, y antes de la Ley 2/13, se haya efectuado un nuevo deslinde que declare que los terrenos interiores al paseo son ribera del mar —por ejemplo, a la vista de las nuevas catas y análisis granulométricos que determinen que los terrenos son cadenas dunares; o a consecuencia de la acción de un temporal—; cuando esos terrenos interiores al paseo marítimo hubieran sido en su día objeto de derechos de propiedad[82]. En efecto, como los paseos marítimos no se pueden ubicar en la ribera, conforme al artículo 44 de la Ley 22/88, lo lógico es que no haya existido deslinde anterior a la construcción del paseo marítimo que haya incluido los terrenos en ella. Pero, teniendo en cuenta que es viable «redeslindar» los bienes cuando el deslinde anterior no se acomode a la realidad y a los criterios legales, no puede descartarse que, construido un paseo marítimo tras la Ley 22/88, después de dicha construcción se haya practicado un nuevo deslinde que declare ribera del mar los terrenos del paseo e interiores al mismo, como hemos visto; aparte del caso previsto en el apartado tercero de la Adicional séptima —paseos ubicados sobre la ribera del mar en suelos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la Ley de costas—.

Estos antiguos derechos de propiedad en terrenos interiores al paseo pueden ser, en primer lugar, los de la transitoria primera, cuarto, es decir, terrenos que fueron privados hasta la Ley 22/88; esto sucede por ejemplo con las urbanizaciones construidas sobre dunas, cuando no se haya perdido esta característica natural a pesar de la urbanización, ya que las dunas no se integraban en el demanio bajo la Ley 28/69. Los otros derechos radicarían sobre terrenos que, aun teniendo los caracteres del artículo uno de la Ley 28/69, no hubieran sido deslindados en su día por existir títulos del artículo 34 LH; y luego una sentencia civil declarara que se trataba de verdaderos títulos de propiedad con anterioridad a la Ley 22/88. Esos terrenos a buen seguro poseen los caracteres del artículo 3 de la Ley de costas —salvo alteración de sus características físicas—; pero, si se ha ejecutado el paseo, quedan extramuros de la ribera del mar.

Tras la Ley 2/13, estos terrenos, deslindados como ribera del mar tras la construcción del paseo, deben dejar de ser considerados como tal —y no pueden volver a serlo, salvo modificación legal o, a mi juicio, invasión por el mar; ya que lo que hace la nueva Ley es excluir en estos casos la aplicación de los criterios

del artículo tercero[83]— y pueden desafectarse si resultan innecesarios para la protección del litoral, conforme al artículo 18. Sin embargo, la desafectación, artículo 19, en principio comporta la integración de los bienes en el Patrimonio del Estado; no la devolución a los antiguos propietarios. ¿Tiene esto sentido? Ninguno, desde el momento en que, si los bienes son desafectados, no parece que exista ninguna razón válida que permita una diferencia de tratamiento con los terrenos excluidos del dominio público marítimo-terrestre en virtud de los nuevos criterios de la Ley 2/13; sobre todo, en el caso de Formentera[84]. Todavía más, en este caso de los paseos marítimos ni siquiera se prevé expresamente la enajenación onerosa directa a los antiguos propietarios. No tiene sentido que, en el caso de los paseos marítimos, los antiguos titulares resulten de peor condición que los «ocupantes» de los núcleos de población de la Adicional séptima. Pero es que, además, como hemos visto, en este caso tampoco tiene sentido la enajenación onerosa a quienes consten como antiguos propietarios legítimos; lo que sucederá tanto en el caso del apartado cuarto de la transitoria primera como en el supuesto en que exista una sentencia firme civil declarativa de un derecho histórico de propiedad privada.

En suma, también en el caso de los paseos marítimos procede el reintegro, una vez desafectados los bienes, si consta que estos, en su día, fueron propiedad legítima del actual ocupante o de su causante; sin que en estos casos quepa considerarlos bienes patrimoniales del Estado tras su desafectación. Solo pasarán a serlo los bienes interiores al paseo marítimo que, habiendo dejado de ser ribera del mar y desafectados, no conste que hubieran sido en su día legítimas propiedades privadas. La interpretación contraria rompería el justo equilibrio exigido por el TEDH para las injerencias sobre los derechos patrimoniales; ya que los intereses en juego ya no serían los generales que exigen la demanialización de la costa, sino los intereses financieros o patrimoniales del Estado.

En síntesis, a mi juicio la única diferencia con el régimen general de reintegro estriba en que, en este último, en principio procede la devolución ante la simple inscripción registral, sin perjuicio de que el Estado ejercite una acción reivindicatoria o declarativa de dominio; mientras que, en el caso de los paseos marítimos y el de las poblaciones de la Adicional séptima, solo procederá el reintegro en los casos de la transitoria primera, apartado cuarto, y en aquellos en que el particular hubiera obtenido una sentencia civil firme declarativa de su derecho de dominio conforme a la normativa anterior a la Ley 22/88.

Así entendida, la DA 3.ª no solo confiere seguridad jurídica de cara al futuro en relación con los terrenos interiores a los paseos marítimos —al impedir nuevos deslindes que los declaren ribera del mar— sino además se solventa el problema de las antiguas propiedades privadas en los terrenos interiores al paseo marítimo; para el caso en que, tras la ejecución del mismo y antes de la Ley 2/13, se hubiera practicado un nuevo deslinde que hubiera incluido esos terrenos dentro de la ribera del mar y, tras la Ley 2/13, los mismos sean desafectados.

Otra interpretación de las Adicionales 3.ª y 7.ª las haría difícilmente compatibles con la protección del derecho de propiedad resultante de la jurisprudencia del TEDH, ya que se rompería el justo equilibrio entre los derechos privados de carácter patrimonial y los intereses generales; en todo caso, como he apuntado, el reintegro debería preverse expresamente para todos los casos de desafectación.

4. Los mecanismos de reacción de los antiguos titulares de los terrenos

La Ley 2/13 sigue manteniendo los efectos plenos del deslinde, la plena autotutela administrativa en este punto; ya que el deslinde declara que unos bienes son de dominio público, o los excluye del mismo. Es decir, para declarar la demanialidad o excluir unos bienes de la misma, sigue siendo preciso el previo deslinde.

Esto significa que aquellos cuyos terrenos han dejado de ser demaniales conforme a la Ley 2/13 deberán instar del Estado el deslinde —salvo que se hubiera iniciado de oficio—, conforme a la Adicional segunda; sin que, desde mi punto de vista, sean viables las acciones civiles reivindicatorias directas, salvo lo que diremos. Entiendo que, como regla general, ni son viables las acciones reivindicatorias o declarativas de dominio autónomas —es decir, anteriores al deslinde— ni las posteriores al deslinde y cuyo objeto sea, a la postre, la impugnación en vía civil de los resultados del mismo; ya que, a mi juicio, el artículo 14 de la Ley 22/88 solo comprende los casos en que la exclusión de un terreno del dominio público marítimo-terrestre venga determinado por la existencia de una titularidad civil previa, como pasa en el caso de la transitoria segunda, tercero, de la Ley 22/88[85]. Solo en estos casos serán viables las acciones reivindicatorias frente a los resultados del deslinde.

Pero también serán viables esas acciones civiles cuando, una vez desafectados los terrenos, el Estado los haya declarado patrimoniales en vez de proceder al reintegro[86]. O lo que es lo mismo, las acciones civiles reivindicatorias —o, en su caso, declarativas de dominio—, en el marco de las previsiones de la Ley 2/13, serán viables cuando el Estado, tras desafectar los terrenos mediante el deslinde, entienda improcedente el reintegro. En cambio, esas acciones civiles no tendrán sentido —con la salvedad antes apuntada— cuando se dirijan a impugnar el resultado del deslinde, ya que su control corresponde al orden contencioso, conforme al artículo 9-4 LOPJ; y ello se extiende a la totalidad de los efectos del deslinde, incluyendo los efectos jurídico-reales de los deslindes del dominio público marítimo-terrestre.

Las acciones civiles serán especialmente útiles en el caso de los terrenos interiores a los paseos marítimos; cuando el Estado los haya declarado patrimoniales en vez de reintegrarlos. Esas acciones civiles buscarán simplemente la recuperación del bien, sin pago del precio, cuando en su día el particular

hubiera obtenido una sentencia firme a su favor, y normalmente en el caso de la transitoria primera, cuarto, de la Ley 22/88; en otros supuestos, el afectado deberá asimismo solicitar la declaración de que, en su día, ya fue legítimo propietario. En el mismo sentido, estas acciones serán muy útiles, ante la falta de claridad de la Ley, cuando el Estado exija un precio para enajenar al «ocupante» los bienes a que se refiere la Adicional séptima, y ese ocupante hubiera sido en el pasado legítimo propietario.

Pero asimismo estas acciones podrán ejercitarse por el Estado cuando, procediendo en principio el reintegro al titular registral, aquel entienda que dicho titular nunca fue verdadero propietario, conforme a los criterios manejados por la jurisprudencia civil. En efecto, la Ley 2/13, como hemos visto, indica que el reintegro procede frente al titular registral; pero puede que este no haya sido verdadero propietario, habiéndolo declarado una sentencia civil firme. En tal caso, no procede reintegrar un derecho de propiedad que, de acuerdo con sentencia firme, nunca existió. Pero también puede que el titular registral nunca hubiera litigado frente al Estado; y que este, tras reintegrar el bien, lo reivindicara, al entender que nunca hubo un verdadero derecho de propiedad privada sobre el mismo[87]. O puede que el Estado, antes de reintegrar, ejercite la declarativa de dominio, para evitar su devolución al titular registral[88].

VI. CONCLUSIONES

I. La Ley 2/13 ha supuesto un cierto avance en la protección de quienes habían sido, antes de la Ley 22/88, legítimos propietarios en las zonas luego convertidas en dominio público. Con carácter general, no obstante, este avance no viene tanto de la mano de la redefinición del dominio público marítimo-terrestre como más bien por el alargamiento del plazo máximo de las concesiones y al permitirse ahora su transmisión entre vivos; así como al haberse equiparado sustancialmente los antiguos titulares amparados por el artículo 34 LH a quienes hubieran obtenido a su favor una sentencia firme declarativa de su derecho de dominio, referida al momento anterior a la Ley 22/88. En cuanto a la definición del dominio público marítimo-terrestre, en gran medida las nuevas previsiones se orientan a la elevación de rango y clarificación de algunos contenidos que ya se hallaban en el Reglamento de Costas; lo que, al menos en cuanto a la ribera del mar, resulta lógico, ya que se trata de bienes integrados en el dominio público por expresa previsión constitucional.

No obstante, algunas previsiones de la Ley 2/13 implican la exclusión de ciertos terrenos del demanio marítimo-terrestre; como los terrenos inundados de las marinas —salvo canales navegables—, concesiones salineras y de acuicultura, e isla de Formentera —donde el retroceso del dominio público es notorio porque se vuelve a la definición del art. 1 de la Ley 28/69—, supuestos en que

directamente se produce por ministerio de la ley la desafectación y procede el reintegro a sus antiguos titulares. Parece que hay que concluir lo mismo en relación con las playas artificiales; salvo que sean zona marítimo-terrestre. Pero además, resulta notable la previsión sobre los paseos marítimos, ya que muchas veces los terrenos interiores a ellos se construyeron sobre dunas cuando estas no integraban el demanio marítimo-terrestre; si bien en este caso la desafectación no es automática y el texto legal adolece de falta de claridad respecto de la posición en este caso de los antiguos propietarios, aunque a mi juicio hay que entender que también estos tienen derecho al reintegro en caso de desafectación. Y, en el supuesto de los núcleos de población de la DA 7.ª, debería asimismo haberse diferenciado expresamente la situación de quienes en su día fueron legítimos propietarios, para clarificar que en este caso no procede la readquisición onerosa sino el reintegro.

La novedad relativa a los paseos marítimos cobra especial relieve al poner coto a la interpretación excesivamente restrictiva que sostiene la Sala Tercera para considerar que los terrenos han perdido sus caracteres naturales; además de que, al afectar a la definición de ribera del mar, incide sobre la servidumbre de protección.

II. En cualquier caso, las previsiones relativas al reintegro ponen de relieve las paradojas que plantea el artículo 19 de la Ley de costas para los casos de desafectación; ya que este precepto tampoco prevé el reintegro a los antiguos titulares que se vieron transformados en concesionarios a la entrada en vigor de la Ley de costas, y ello puede, como hemos visto, romper las exigencias de justo equilibrio entre los intereses generales y los derechos privados patrimoniales que exige en todo caso el TEDH. El contraste del artículo 19 con las previsiones sobre el reintegro es notable; y, o bien exige reinterpretar el precepto cuando hubiera habido legítimas titularidades dominicales a la entrada en vigor de la Ley 22/88, o exigirá plantear su constitucionalidad, incluso desde la perspectiva del principio de igualdad[89].

En último término, habría que plantear si las novedades son suficientes desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDH, cuando interpreta el alcance y contenido del derecho de propiedad. Lo más respetuoso con este derecho habría sido expropiar todos aquellos terrenos que se encuentran en la ribera del mar y que por tanto forman parte del dominio público marítimo-terrestre por previsión constitucional expresa[90], y haber mantenido enclaves privados en los terrenos que no forman parte del dominio público por mandato constitucional. La solución por la que optó la Ley 22/88, y plasmada sobre todo en su Transitoria primera, superó el test de constitucionalidad, y, a diferencia de la antes apuntada, resultaba económicamente viable[91]; pero no sé hasta qué punto el TEDH consideraría que la compensación legalmente prevista es equitativa[92]. A este respecto, dicho Tribunal se ha pronunciado repetidas veces en relación con la posible colisión entre el dominio público y el derecho de propiedad; su conclusión, esencialmen-

te, es que la integración de un terreno en el dominio público debe comportar la compensación equitativa al titular amparado por el Registro. Son significativas las sentencias *Emiroglu contra Turquía* y *Yildirir contra Turquía;* así como la sentencia *Koktepe*[93]. La STEDH *NA contra Turquía* afirma asimismo que se ha vulnerado el derecho de propiedad al haberse demolido, sin indemnización, un hotel situado en dominio público[94]. Y también resulta significativa la sentencia *Depalle contra Francia;* ya que en este caso, aun siendo claro desde el principio que los recurrentes no ostentaban la propiedad sobre los terrenos, ni gozaban de la protección registral de un verdadero derecho de propiedad, el TEDH analiza cuidadosamente su situación para evitar que finalizara su derecho concesional de forma desproporcionada.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Mas, M. J. (2013): «¿Son viables las acciones civiles frente al deslinde de costas?», en *RAP,* 192.

Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M. (1993): «Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/91, de 4-7», en *REALA,* núm. 258.

Barnés Vázquez, J. (1990): «La Ley de costas y la garantía indemnizatoria», en *RAnAP,* 2.

Blasco Díaz, J. L. (1999): *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Boix Palop, A. (2004): *Las convalidaciones legislativas,* Iustel, Madrid.

Calero Rodríguez, J. R. (1995): *Régimen jurídico de las costas españolas,* Aranzadi, Pamplona.

De Fuentes Bardají, J. (dir.) (2011): *Manual de dominio público marítimo-terrestre y Puertos del Estado,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Desdentado Daroca, E. (2007): *La expropiación de los enclaves privados en el litoral,* Civitas-Thomson, Madrid.

— (2011): «La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas: análisis crítico y propuestas de solución», en *RAP,* 186.

Díaz Fraile, J. M. (1991): *La protección registral del litoral,* Centro de Estudios Registrales.

García de Enterría, E. (1996): «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de costas», en *RAP,* 141.

— (1998): *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid.

García Pérez, M. (1995): *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial,* Marcial Pons, Madrid.

— (2004): «El deslinde de las costas», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña,* núm. 8.

— (2006): «La indeterminación del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de costas de 1988. A propósito del deslinde de los acantilados», en *RAP,* 169.

García Pérez, M. y Sanz Larruga, F. J. (2014): *Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la*

Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. Ponencia presentada al IX Congreso de la AEPDA, Santiago de Compostela, febrero de 2014.

González Salinas, J. (2000): *Régimen jurídico actual de las costas,* Civitas, Madrid.

González-Varas Ibáñez, S. (1995): *El deslinde de las costas,* Marcial Pons, Madrid.

Horgué Baena, C. (1995): *El deslinde de las costas,* Tecnos, Madrid.

Leguina Villa, J., y Desdentado Daroca, E. (2005): «El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero», en *RAP,* 167.

Lozano Cutanda, B. (2013): «La Ley 2/13, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral: las diez reformas clave de la Ley de costas», *Diario La Ley,* 3-6-13.

López Pellicer, J. L. (1990): «Los derechos adquiridos en zona del demanio marítimo-terrestre en la nueva Ley de costas», en *REDA,* 68.

López Ramón, F. (1981): «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas», en *RAP,* 96.

Martín-Retortillo Baquer, L. (1982): «¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?», en *REDA,* 34.

Martínez Escudero, L. (1979): *Playas y costas: régimen jurídico administrativo,* Montecorvo, Madrid.

Meco Tébar, F. (1998): *El deslinde de las costas: efectos jurídico civiles,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Meilán Gil, J. L. (1988): «El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el proyecto de Ley de costas», en *REDA,* 57.

— (1990): «Régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de costas», en *Jornadas sobre la Ley de costas,* IVAP, Oñate.

— (1996): «El dominio público natural y la legislación de costas», en *REDA,* 139.

Menéndez Rexach, A. (1990): «La Ley de costas 22/88», en *Jornadas sobre la Ley de costas,* IVAP, Oñate.

— (1992): «La configuración del dominio público marítimo-terrestre», en *La Ley de costas: legislación y jurisprudencia constitucional,* EGAP, Santiago de Compostela.

— (2014): *La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre.* Ponencia presentada al IX Congreso de la AEPDA, Santiago de Compostela, febrero de 2014.

Miralles González, I. (1992): *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de costas,* Civitas, Madrid.

Montoro Chiner, M. J. (1988): «La Ley de costas: ¿un proyecto viable?», en *REDA,* 58.

Morell Ocaña, L. (1972): «La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado», en *RAP,* 68.

Moreno Cánoves, J. (1990): *Régimen jurídico del litoral,* Tecnos, Madrid.

Perales Madueño, F. (1991): «La Ley de costas y las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres», en *RDU,* 125.

Pérez Conejo, L. (1999): *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas,* Comares, Granada.

— (2001): *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral,* IAAP.

Quintana López, T. (1986): «La privatización de los terrenos de que ha sido desalojado el mar», en *RAP,* 111.

Revuelta Pérez, I., y Narbón Lainez, E. (2010): «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», en *RCDI,* 720.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. del P. (1998): «Reconocimiento de titularidades privadas en dominio público marítimo-terrestre. Alcance y límites», en *RAP,* 146.
— (1999): *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección,* Marcial Pons, Madrid.
— (2009): «El dominio público marítimo-terrestre: la parte terrestre», en GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Derecho de los bienes públicos,* Tirant lo Blanch, Valencia.
RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2003): *Comentarios a la Ley de costas. Doctrina y jurisprudencia (con las modificaciones introducidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre)*, Dijusa, Madrid.
RODRÍGUEZ OLIVER, J.M. (1975): «Ley de costas y propiedades particulares», en *REDA*, 6.
SÁINZ MORENO, F. (1982): «Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre», en *RAP,* 99.
SÁNCHEZ DE LAMADRID AGUILAR (1989): «Un nuevo paso jurisprudencial en la contemplación del dominio público marítimo-terrestre», en *La Ley,* Madrid, 17-11-89.
SÁNCHEZ GOYANES, E. (coord.) (2010): *El Derecho de costas en España,* La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.
SOSPEDRA NAVAS, F. (2004): «Los conflictos entre el dominio marítimo-terrestre y la propiedad privada», en *Poder Judicial,* 76.

NOTAS

[1] Se establecen además previsiones para los tramos de litoral en riesgo grave de regresión, para cuya definición se estará a los criterios reglamentarios. En estas zonas se limitan las ocupaciones y se pueden establecer contribuciones especiales para actuaciones de protección, conservación o restauración. Además, se establecen distintos criterios de utilización según estemos ante playas naturales o urbanas, dos nuevos conceptos legales.

La duración máxima de las concesiones se amplía hasta setenta y cinco años —las autorizaciones, a cuatro— y las primeras se declaran transmisibles también entre vivos; además, para las transmisiones *mortis causa* se amplía a cuatro años el plazo de comunicación. Las concesiones amparadas en la previa normativa se ven prorrogadas; así como las situaciones de los titulares de los derechos de la transitoria 1-2. Se prevé asimismo la posibilidad de prórroga de las concesiones en puertos que no son de interés general en los mismos términos establecidos en el Decreto legislativo 2/11; no obstante, entiendo que esto queda subordinado a lo que diga la legislación autonómica, competente sobre esos puertos. Se regula también un régimen especial para los bienes de interés cultural situados en el demanio marítimo-terrestre, dando cobertura a la Transitoria novena del Reglamento. La ley modifica además la Transitoria 1-2, para que todos los amparados en el artículo 34 LH sean concesionarios.

Con el nuevo plazo máximo concesional, dice la Exposición de Motivos, se trata de impedir la extinción inmediata de concesiones, a partir de 2018; aunque se requiere informe ambiental para las industrias de la Ley 16/02. En efecto, los supuestos que amenacen gravemente la sostenibilidad del litoral deben recibir un tratamiento diferente; y de hecho la prórroga de las concesiones se somete a informe ambiental. En todo caso, si la obra está en riesgo cierto de ser alcanzada por el mar, estaremos ante una causa de extinción de la concesión.

La ley flexibiliza además el régimen de las obras en la zona de servidumbre: En la de tránsito se permiten ahora obras de consolidación, reforma y modernización; siempre que no impliquen aumento de volumen, superficie o altura. Además, para este tipo de obras ya no se exige autorización autonómica, sino una declaración responsable; para las de nueva planta, sí parece mantenerse la autorización autonómica.

[2] Lozano Cutanda, B., «La Ley 2/13, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral: las diez reformas clave de la Ley de costas», en *Diario La Ley,* 3-6-13. La autora añade que algunas normas autonómicas sobre protección del litoral pueden entrar en conflicto con la nueva Ley. Sobre la Ley 2/13, se puede también consultar la ponencia de M. García Pérez y F. J. Sanz Larruga, *Reflexiones en torno a la Ley 2/13, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/88, de costas,* presentada al IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, así como la de Menéndez Rexach, A., *La nueva regulación de las costas. Un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre,* presentada al mismo Congreso, celebrado en febrero de 2014.

[3] Vid. Meilán Gil, J. L., «El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el proyecto de Ley de costas», en *REDA,* 57, 1988, págs. 361 y sigs.; del mismo, «El dominio público natural y la legislación de costas», en *REDA,* 139, 1996, págs. 7 y sigs.; Calero Rodríguez, J. R., *Régimen jurídico de las costas españolas,* Aranzadi, Pamplona, 1995; González Salinas, J., *Régimen jurídico actual de las costas,* Civitas, Madrid, 2000; Moreno Cánoves, *Régimen jurídico del litoral,* Tecnos, Madrid, 1990; Sánchez Goyanes, E. (coord.), *El Derecho de costas en España,* La Ley, Madrid, 2010 —especialmente, los trabajos de Martínez Cordero, J. R., «Concepto legal: bienes que lo integran», págs. 237 y sigs.; Agudo González, J., «El concepto de dominio público marítimo-terrestre. Concepto constitucional; bienes que lo integran (art. 3 L.C). Doctrina constitucional en la materia (problemas de constitucionalidad y su solución», págs. 227 y sigs.—; Rodríguez González, M. del P., «Reconocimiento de titularidades privadas en dominio público marítimo-terrestre. Alcance y límites», en *RAP,* 146, 1998, págs. 225 y sigs.; de la misma, *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección,* Marcial Pons, Madrid, 1999; así como, «El dominio público marítimo-terrestre: la parte terrestre», en González García, J., *Derecho de los bienes públicos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 483 y sigs.; Montoro Chiner, M. J., «La Ley de costas: ¿un proyecto viable?», en *REDA,* 58, 1988, págs. 181 y sigs.; Miralles González, I., *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de costas,* Civitas, Madrid, 1992; López Pellicer, J. L., «Los derechos adquiridos en zona del demanio marítimo-terrestre en la nueva Ley de costas», en *REDA,* 68, 1990, págs. 533 y sigs.; Menéndez Rexach, A., «La Ley de costas 22/88», en *Jornadas sobre la Ley de costas,* IVAP, Oñate, 1990; del mismo, «La configuración del dominio público marítimo-terrestre», en *La Ley de costas: legislación y jurisprudencia constitucional,* EGAP, Santiago de Compostela, 1992, págs. 37 y sigs.; Pérez Conejo, L., *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas,* Comares, Granada, 1999; del mismo, sobre el régimen anterior a la Ley 22/88, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral,* IAAP, 2001; Blasco Díaz, J. L., *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Leguina Villa, J., y Desdentado Daroca, E., «El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero», en *RAP,* 167, 2005, págs. 7 y sigs.; Rodríguez López, P., *Comentarios a la Ley de costas. Doctrina y jurisprudencia (con las modificaciones introducidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre)*, Dijusa, Madrid, 2003; Díaz Fraile, J. M., *La protección registral del litoral,* Centro de Estudios Registrales, 1991; De Fuentes Bardají, J. (dir.), *Manual de dominio público marítimo-terrestre y Puertos del Estado,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011; Bandrés Sánchez-Cruzat, J. M., «Dominio público marítimo-terrestre y propiedad privada en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/91, de 4-7», en *REALA,* núm. 258, 1993, pág. 377.

Para la situación anterior a la Ley de costas, Sáinz Moreno, F., «Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre», en *RAP,* 99, 1982, págs. 199 y sigs.; Martínez Escudero, L., *Playas y costas: régimen jurídico-administrativo,* Montecorvo, Madrid, 1979; Martín-Retortillo Baquer, L., «¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?», en *REDA,* 34, 1982, págs. 517 y sigs.; Rodríguez Oliver, J. M., «Ley de costas y propiedades particulares», en *REDA*, 6, 1975, págs. 365 y sigs., entre otros muchos.

[4] La STS de 27-9-12, Sala Tercera, indica que: «La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica,

estando contemplada en las DDTT de la propia LC la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1.*b)* de la LC y 3.1.*b)* de su Reglamento, por lo que si, como en este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre». Si el terreno se ha urbanizado puede que haya perdido sus características naturales; aunque al parecer no era ese el caso. Las de 23-2-12 y 12-1-12 afirman lo mismo. La de 19-4-12, Sala Tercera —FJ aceptado de la sentencia recurrida— indica: «lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones, sino tal como es por naturaleza, de manera que las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde»; STS de 21-6-05, citando los precedentes anteriores siguientes: sentencias de 20-10-03, 30-12-03, 10 y 12-2-04, 2-3-04, 4-5-04, 5-5-04 y 11-5-04».

[5] En todo caso, para la STS de 27-9-12, Sala Tercera, es la Administración la que debe probar que los terrenos poseen las características indicadas en los artículos 3 a 5 de la Ley de costas. La de 31-5-12 confirma una sentencia parcialmente estimatoria en relación con un deslinde. Se trataba de un tramo de costa rocoso, de poca altura, donde según la Administración llegan las salpicaduras de las olas y estas cubren la zona en los temporales. La Audiencia Nacional estima el recurso porque, de acuerdo con los reportajes, no entiende probado que se trate de una zona afectada por el oleaje.

[6] Indica el artículo 4 del Reglamento: «Las variaciones del nivel del mar debidas a las mareas incluirán los efectos superpuestos de las astronómicas y de las meteorológicas. No se tendrán en cuenta las ondas de mayor período de origen sísmico o de resonancia cuya presentación no se produzca de forma secuencial.» Indica Horgué Baena, C., *El deslinde de las costas,* Tecnos, Madrid, 1995, pág. 59, que la Ley de costas excluye los efectos de los temporales y mareas de origen sísmico —también niega el efecto de demanialización de estas últimas Rodríguez González (1999: 266)—; no obstante, para González Salinas (2000: 95), el Reglamento incluye también, indebidamente, las mareas sísmicas secuenciales. El autor añade, *loc. cit.,* que la Ley solo incluye las mareas astronómicas o equinocciales, y no las meteorológicas; pero que, de nuevo indebidamente, el Reglamento incluye asimismo los casos en que se superponen los efectos de la marea equinoccial con los de la marea meteorológica —asimismo, Calero Rodríguez (1995: 191)—. Una crítica a la inclusión de las mareas meteorológicas en Meilán Gil (1988: 361 y sigs.), quien insiste en que estos fenómenos, además de anormales, se separan de la tradición jurídica; este autor, «Régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de costas», en *Jornadas sobre la Ley de costas,* IVAP, Oñate, 1990, pág. 45, resalta que esa referencia se encontraba en el proyecto de ley pero no pasó a su texto.

Por otra parte, como señala González Salinas (2000: 94), la ampliación del espacio demanial también se produce porque, bajo la Ley 28/69, se distinguía entre los lugares en que fueran sensibles las mareas y aquellos en que no lo fueran; solo en este segundo caso habría que estar al oleaje en los máximos temporales ordinarios. En cambio, ahora también en el Atlántico y Cantábrico, pese a haber mareas, se tendrá en cuenta el dato de los mayores temporales conocidos si su alcance es mayor que el de esas mareas; tal como asimismo había resaltado Meilán Gil, J. L. (1990: 43, y 1988: 361 y sigs.). Vid., asimismo, Calero Rodríguez (1995: 189).

[7] Como señala González Salinas (2000: 93), la Ley 22/88 no alude ya a la navegabilidad de los ríos.

El artículo 4 de la Ley incluye además los terrenos invadidos por el mar y que hayan pasado a formar parte de su lecho por cualquier causa. También el artículo 6 considera demaniales los terrenos invadidos por el mar; esto ya se desprendía de la ley 28/69, aunque esta contemplaba en su artículo 5 la desafectación *ex lege* por causas naturales, que incluso podía dar lugar a la recuperación de antiguas propiedades privadas. El caso es subsumible

en el artículo 132-2 CE; no es una ampliación legal del demanio marítimo-terrestre —vid. MEILÁN GIL, 1996: 42—.

La STS de 27-9-12, Sala Tercera, entiende probado que, ante la necesidad de proteger las viviendas del azote de los temporales, «se ejecutaron unos escollerados que han supuesto una barrera para los procesos litorales y una importante pérdida de playa en la zona contigua. Medida de protección que además de impedir el deterioro y la destrucción de las casas, impide que las olas alcancen el límite establecido…». A mi juicio, esto sería insuficiente para considerar demaniales los terrenos, ya que la Ley de costas, artículo sexto, permite llevar a cabo obras de contención para evitar el alcance del oleaje; es decir, para evitar el pase de unos terrenos privados al dominio público. Lo que pasa es que, en ese caso, además, las casas estaban edificadas sobre las dunas. La de 14-6-12 (FJ aceptado de la sentencia recurrida) añade: «el artículo 6.2 del Reglamento… precisa que pertenecen al dominio público los terrenos «naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes». Se puede dudar de la legalidad del precepto, teniendo en cuenta lo indicado en el artículo sexto de la Ley —así, DESDENTADO DAROCA, E., *La expropiación de los enclaves privados en el litoral,* Civitas-Thomson, Madrid, 2007, pág. 51—. Posiblemente el matiz estribe en que una cosa son las obras frente a la acción del oleaje —sobre todo, ante posibles temporales— y otra las que impidan la inundación de los terrenos por el flujo y reflujo de las mareas: solo en el primer caso las obras impedirán la inclusión del terreno en el dominio público, al hacerlos inmunes al oleaje. Las SSTS de 17-2-04, 25-5-05, 9-12-08 y 17-2-09, entre otras, afirman la legalidad del Reglamento en este punto; previamente también la STS de 17-7-96. Puede verse GONZÁLEZ SALINAS (2000: 96); para el autor, quedan fuera del precepto reglamentario los casos comprendidos en el artículo 6 de la Ley, y la diferencia estriba, a su juicio, en que en este caso estamos ante obras cuya finalidad específica es la defensa ante el oleaje y la invasión de las arenas. Vid., asimismo, CALERO RODRÍGUEZ (1995: 244); el autor (1995: 271) entiende que el artículo 9 del Reglamento se refiere a las inundaciones e invasión de arenas que no quedan impedidas a pesar de las obras; mientras que el artículo 6 haría referencia a las obras cuya finalidad es causar una inundación. A mi juicio, es de aplicación el artículo 9 del Reglamento, que reitera lo dicho en el artículo 6 de la Ley, y solo cuando este no sea de aplicación —por ejemplo, por no estar la obra autorizada— podrá aplicarse el artículo 6-2 del Reglamento; además del matiz apuntado relativo a la causa de la inundación —oleaje o mareas—.

La STS de 17-5-12 se refiere a un caso en que desde el Ministerio se impulsó la modificación del paseo marítimo, ya que se habían producido grandes temporales que habían afectado a una parte del mismo. Los demandantes aducían la incorrección de estas afirmaciones, ya que existe un acantilado de unos dos metros y medio, al que nunca ha llegado el oleaje en su coronación. El recurso fue finalmente desestimado.

[8] Una crítica a la referencia de la Ley de costas a los mayores temporales conocidos, por la inseguridad que ello comporta, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (1999: 267), si bien añade que, teniendo en cuenta la inclusión de playas y acantilados en el demanio, el efecto de los temporales muchas veces no será decisivo. Vid., asimismo, LÓPEZ PELLICER (1990: 535 y sigs.); MEILÁN GIL (1988: págs. 361 y sigs.).

La STS de 15-11-12 confirma la de la Audiencia Nacional, que trata de la demanialidad hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos. La sentencia desestima el recurso, al considerar que el informe pericial de parte no había desvirtuado la fundamentación contenida en la memoria del deslinde, ya que se había basado en datos simulados, obtenidos del retroanálisis del oleaje, sin que por otra parte hubiera precisado a qué años se extendía el mismo; cuando existen años como 2002 en que se registraban alturas de la ola superiores. «El perito toma como punto de partida para calcular la cota de inundación correspondiente al mayor temporal conocido, un dato de ola máxima que no corresponde al mayor temporal conocido, lo que incide sobre los posteriores cálculos efectuados en el informe y en definitiva sobre la cota de inundación obtenida, que no puede por ello asumirse ni en correlación, las

conclusiones a las que llega. A lo anteriormente expuesto debe añadirse que la altura significante de ola es un valor estadístico: la media del tercio superior de altura de olas, lo que significa que siempre habrá alturas mayores a la de del valor de altura significante.

…Respecto al alcance de las edificaciones por las olas que, según el citado estudio, no se produciría por servir la citada barrera natural de protección de la costa, hay que traer a colación lo actuado en el anejo 9 de la memoria… En visita efectuada a El Golfo se observa que a causa del temporal de los días 23 y 24-10-99 se han realizado trabajos de emergencia para evitar la posible invasión del mar en varios edificios del pueblo, construyéndose una barrera natural de piedra con una longitud de 150 metros… adjuntándose fotos tomadas el día 26-10-99... Dichas fotografías muestran con claridad la barrera de protección levantada para proteger los edificios, lo que no viene sino a poner en entredicho las conclusiones a que llega el citado estudio».

[9] La STS de 14-6-12, Sala Tercera, desestima el recurso, al encontrarnos ante terrenos bajos que si no se han inundado es debido a obstáculos artificiales, en las marismas del Guadalquivir. La Audiencia Nacional se había basado en la alusión a las marismas que efectúa el artículo tres de la Ley de costas, porque esos terrenos se inundan debido a las mareas, al ser la cota de pleamar de 2,32 metros y los terrenos más bajos; sin que se haya demostrado que se trate de aguas fluviales —asimismo, SSTS de 30-9-08 y 31-12-08—. Se añade que los terrenos fueron cultivados y dedicados a usos ganaderos por el Instituto de Colonización, que construyó un sistema de diques y drenaje; antes de la construcción de los diques, la marea penetraba 108 kilómetros tierra adentro, y en la actualidad unos 25 kilómetros. Los terrenos estaban a 20 kilómetros de la desembocadura del río; el TS resalta en todo caso que las márgenes de los ríos, hasta donde se hagan sensibles las mareas, son demanio marítimo-terrestre. Menéndez Rexach, A., *La configuración…,* cit., pág. 45, entiende que los terrenos naturalmente inundables, pero que no se inundan debido a un sistema de diques, son dominio público marítimo-terrestre.

[10] González Salinas (2000: 81), afirma que, al aludirse a terrenos que se inundan debido a filtraciones marinas, se desvirtúa el concepto léxico y tradicional de zona marítimo-terrestre —asimismo, Meilán Gil (1988: 361 y sigs.)—. Lo mismo indica en relación con la previsión reglamentaria de los terrenos bajo cota de pleamar; al entender que se consideran demaniales aunque ni siquiera por mano del hombre pudieran inundarse. También Meilán Gil, J. L., «Régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de costas», en *Jornadas sobre la Ley de costas,* IVAP, Oñate, 1990, pág. 43, indica que la Ley de costas desnaturalizó los conceptos de playa y zona marítimo-terrestre.

Para Rodríguez González (1999: 71), el problema de la inclusión en la ribera del mar de albuferas y marjales consiste en que podría dar lugar a un dominio público discontinuo, que además afectaría a las servidumbres. Meco Tébar, F., *El deslinde de las costas: efectos jurídico-civiles,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, critica la ausencia de definición de estos conceptos en la primitiva redacción de la Ley.

[11] «Albufera: cuerpos de aguas costeras que quedan físicamente separados del océano, en mayor o menor extensión por una franja de tierra. Estero: caños en una marisma. Marisma: terreno muy llano y bajo que se inunda periódicamente como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas o de la filtración del agua del mar. Marjal: terreno bajo cubierto por un manto de agua que da soporte a abundante vegetación».

En la STS, Sala Tercera, de 25-5-12, se aducía que el terreno no puede ser marisma porque la cota es dos metros superior a la del río; y porque las especies vegetales no soportan las aguas salobres. Pero el perito judicial indica que los terrenos son alcanzados por pleamar; habiendo además vegetación de dos clases, siendo distinta la de los terrenos inundados por la marea. Existían además, según el perito, otros terrenos que no son inundables debido a medios artificiales.

[12] Recordemos el artículo 43-6 del Reglamento: «La realización de obras, tales como marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres, que den origen a la invasión por el mar o por las aguas de los ríos, hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, de terrenos

que con anterioridad a dichas obras no sean de dominio público marítimo-terrestre, ni estén afectados por la servidumbre de protección, producirá los siguientes efectos: *a)* El terreno inundado se incorporará al dominio público marítimo-terrestre. *b)* La servidumbre de protección preexistente con anterioridad a las obras, mantendrá su vigencia. *c)* En los terrenos que no sean objeto de la servidumbre a que se refiere la letra *b)* anterior no se generará una nueva servidumbre de protección en torno a los espacios inundados, sino que, exclusivamente, será de aplicación, en ese caso, la servidumbre de tránsito. En cualquier caso, dichas obras precisarán del correspondiente título administrativo para su realización». Puede verse PERALES MADUEÑO, F., «La Ley de costas y las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres», en *RDU,* núm. 125, 1991, pág. 74.

[13] «La aplicación conjunta de los artículos 3.1.*a)* LC y 43.6 de su Reglamento no resulta contradictoria, ya que los citados preceptos contemplan realidades fácticas compatibles, que concurren en el caso analizado, en el que las obras realizadas han dado lugar a la invasión de los terrenos por el mar, hasta el interior del lago, haciéndose sensible el efecto de las mareas y situándose, por ello, la línea de deslinde en el punto más interior alcanzado por las olas en los mayores temporales conocidos; y todo ello, sobre unos terrenos que con anterioridad a la ejecución de las obras de construcción del lago artificial —años 1986 y 1987—, y a la LC de 1988, no pertenecían al dominio público marítimo-terrestre, lo que justifica la delimitación efectuada...».

[14] «La progresiva aproximación de la mano de obra agrícola hacia núcleos urbanos e industriales próximos a partir de los años sesenta provocó un claro retroceso del terreno ganado a la antigua marisma al abandonarse extensas superficies de cultivos y pastos ganados al mar, lo que provocó su inundación por el deterioro de los diques… que los resguardaban de las mareas, poniéndose de relieve la sorprendente rapidez con la que las antiguas llanuras mareales desecadas pueden reintegrarse nuevamente a la dinámica natural estuarina» (FJ aceptado de la sentencia de la Audiencia Nacional). Además, en el expediente se indicaba que esta ría se inunda por pleamar hasta 11 kilómetros tierra adentro. Si la sentencia quiere decir que los terrenos no habrían sido demaniales de no haber sido naturalmente inundables, al ser la inundación artificial puntual y controlable, justamente la misma anticipa el nuevo criterio legal plasmado en la Ley 2/13. Por otra parte, la sentencia clarifica que no se deben confundir los terrenos artificialmente inundables del inundable por causas naturales pero cuya inundación se ha impedido por barreras artificiales; caso en que, como veíamos, a mi juicio hay que diferenciar si lo que se impide es una verdadera inundación natural —en cuyo caso, pese a todo, los terrenos serán demaniales— o si se está impidiendo el alcance puntual del oleaje por temporales, en cuyo caso del artículo 6 de la Ley 22/88 se deduce que los terrenos no se incorporarán al demanio si efectivamente quedan preservados del alcance de las olas.

Puede verse DESDENTADO DAROCA, E., «La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas: análisis crítico y propuestas de solución», en *RAP,* 186, 2011, pág. 211; LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA (2005: 14 y sigs.). Para MEILÁN GIL (1996: 42 y sigs.), finalmente el Reglamento excluye del dominio público ciertos terrenos inundados artificialmente —si sobrepasan la cota de pleamar— e incluye en el mismo terrenos que de hecho no lo han sido al estar impedida la inundación por obras.

[15] Con esta expresión, y salvo lo que diremos sobre las marinas, parece que se incluyen en el demanio los terrenos inundados artificialmente de forma permanente.

[16] Podría pensarse, no obstante, en algún caso muy concreto, como aquel en que, siendo la cota inferior a la de pleamar, el terreno estuviera separado del mar por un accidente natural, como una colina, que impidiera el paso del agua; y que la obra de inundación artificial hubiera consistido en una canalización que salvara ese accidente natural. En este caso, quizá se podría entender que los terrenos eran demaniales antes de la Ley 2/13, pero no tras su aprobación. La STS de 17-6-13, Sala Tercera, afirma no obstante que, al existir un obstáculo natural, consistente en una cadena de dunas, los terrenos no eran inundables por las mareas; por lo que estaban fuera del demanio, aunque se comunicaban con el mar por medios artificiales. En concreto, se trataba de unas salinas.

Para Lozano Cutanda (2013), «se excluyen del dominio público todos los terrenos inundados de forma artificial como consecuencia "de obras o instalaciones realizadas al efecto", siempre que se pruebe que "antes de la inundación no fueran de dominio público". Aquí interesa precisar *que el Reglamento de Costas ya consideraba excluidos del dominio público los terrenos inundados mediante técnicas artificiales, "cuya cota sea superior a la de la mayor pleamar", pero ahora se amplía esta previsión a todos los terrenos inundados artificialmente, incluidos los de cota baja que hasta ahora estaban expresamente excluidos. El Reglamento… declaraba así que los terrenos "naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes, forman parte del dominio público marítimo-terrestre", y así lo había corroborado una nutrida jurisprudencia*.

Con esta modificación, quedan fuera del dominio público marítimo-terrestre las marismas, salinas marítimas o zonas de acuicultura inundadas artificialmente y que antes de la inundación fueran de propiedad privada. En todos estos casos, si existiera deslinde, la Administración deberá proceder a revisarlo».

[17] Este caso parece que sería incardinable entre los terrenos desecados o ganados al mar, que son demaniales salvo lo dispuesto en la Transitoria segunda de la Ley de costas.

[18] «1. Son urbanizaciones marítimo-terrestres los núcleos residenciales en tierra firme dotados de un sistema viario navegable, construido a partir de la inundación artificial de terrenos privados. 2. Las urbanizaciones marítimo-terrestres deberán contar con un instrumento de ordenación territorial o urbanística que se ajuste a las prescripciones que en materia de dominio público marítimo-terrestre se establecen en esta disposición y en sus normas de desarrollo. 3. La realización de las obras para construir los canales navegables de la urbanización marítimo-terrestre que dan lugar a la invasión por el mar o por las aguas de los ríos hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas de terrenos que antes de dichas obras no sean de dominio público marítimo-terrestre, ni estén afectadas por la servidumbre de protección, producirán los siguientes efectos: *a)* El terreno inundado se incorporará al dominio público marítimo-terrestre. No obstante, no se incluirán en el dominio público marítimo-terrestre los terrenos de propiedad privada colindantes a la vivienda y retranqueados respecto del canal navegable que se destinen a estacionamiento náutico individual y privado. Tampoco se incorporarán al dominio público marítimo-terrestre los terrenos de titularidad privada colindantes con el canal navegable e inundados como consecuencia de excavaciones, que se destinen a estacionamiento náutico colectivo y privado. *b)* La servidumbre de protección preexistente con anterioridad a las obras mantendrá su vigencia. No se generará una nueva servidumbre de protección ni de tránsito, en torno a los espacios inundados. *c)* El instrumento de ordenación territorial o urbanística deberá garantizar a través de viales el tránsito y acceso a los canales, en la forma que se establezca reglamentariamente. 4. Los propietarios de las viviendas contiguas a los canales navegables tendrán un derecho de uso de los amarres situados frente a las viviendas. Este derecho está vinculado a la propiedad de la vivienda y solo será transmisible junto a ella. 5. Las obras para la construcción de los canales navegables y los estacionamientos náuticos a los que se refiere la letra *a)* del apartado 3, precisarán del correspondiente título administrativo para su realización y en ningún caso afectarán a tramos de costa que constituyan playa o espacios protegidos, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente».

La referencia a la zona de servidumbre de protección supone simplemente que, si con anterioridad a la construcción de la marina ya existía dicha zona, la misma se mantiene; pero no se genera una nueva.

[19] Resalta Lozano Cutanda (2013) que: «Estas previsiones tratan de solucionar el problema de legalidad que se suscita en algunas urbanizaciones de la Costa Brava, como Empuriabrava, en las que las viviendas se sitúan al borde de canales artificiales con embarcaderos propios. Ocurre, sin embargo, que los estacionamientos náuticos que la Ley privatiza coinciden, en muchos casos, con los seis metros de la servidumbre de protección que debe estar expedita para el paso público y los vehículos de vigilancia y salvamento. Por ello, la Ley dispone

que "el instrumento de ordenación territorial o urbanística deberá garantizar a través de los viales el tránsito y acceso a los canales, en la forma que se establezca reglamentariamente"».

[20] Como el artículo 4-3 establece que son demaniales los terrenos invadidos por el mar por causas distintas a las inundaciones artificiales y controladas, pero con la salvedad de que fueran navegables —en cuyo caso, los entiende comprendidos en el demanio— se podría pensar que un lago artificial navegable en una marina, formado por agua del mar, también sería demanial. No obstante, quizá la alusión a los terrenos navegables que efectúa el artículo 4-3 esté haciendo solo referencia a los canales navegables de las marinas. Si el lago no se hallara dentro de una marina, al estar permanente y no controladamente inundado, sería demanial.

[21] Puede verse DESDENTADO DAROCA, E. (2011: 181 y sigs. y 207 y sigs.), quien señala que, antes de la Ley 2/13, se había barajado la posibilidad de desafectación selectiva —vid. asimismo, LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA (2005: 42 y sigs.)—, opción que no consideraba posible sin una reforma legal, aunque cita la STS de 5-11-10, que permite dicha desafectación en un caso de construcción por la Administración de un paseo marítimo —para el TS, la posibilidad de ampliación del mismo no significa que el terreno sea preciso para la utilización y protección del dominio público, cuando ni siquiera existía proyecto aprobado—; y critica la doctrina del TS y del Consejo de Estado, que, en relación con concesiones de desecación anteriores a la Ley de costas, consideran transmitida o no la propiedad del terreno desecado en función del tipo de uso, de forma que, si la situación de los terrenos es irreversible por su integración en la malla urbana, se considerará transmitida la propiedad, y no en otro caso. La autora, además, considera que, conforme a la literalidad de la transitoria segunda, nunca se debería haber establecido reglamentariamente un plazo máximo para estas concesiones, ya que esa Transitoria respeta la situación derivada de las cláusulas concesionales, incluyendo el plazo o ausencia del mismo. Vid., asimismo, LEGUINA VILLA y DESDENTADO DAROCA (2005: 23 y sigs.); RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., «Enclaves preexistentes; marismas; y terrenos ganados al mar», en *El Derecho de Costas en España,* cit., págs. 980 y sigs.; y los clásicos estudios de MORELL OCAÑA, L., «La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado», en *RAP,* 68, 1972; LÓPEZ RAMÓN, F., «Consideraciones sobre el régimen jurídico de las marismas», en *RAP,* 96, 1981; QUINTANA LÓPEZ, T., «La privatización de los terrenos de que ha sido desalojado el mar», en *RAP,* 111, 1986, págs. 387 y sigs.

[22] SSTS de 8-6-01, y de 5-3 y 12-2-04, todas de la Sala Primera; entre otras muchas. La de 8-6-01 afirma, con cita de las de 26-4-86, 20-1-93 y 12-11-88: «como también declaró esta Sala en sentencia de 11-6-85, los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado, probar los hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre ellos aduzca; posición obstativa del particular que solo puede prosperar si acredita la desafección de los bienes por acto de soberanía, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; para lo cual no puede bastar la simple inscripción registral, pues están fuera del comercio...». Sobre la significación de la Ley de 7-5-1880, al haber reconocido los derechos previamente adquiridos, MEILÁN GIL (1988: 361 y sigs.). SÁINZ MORENO, F., «Dominio público estatal de las playas y zona marítimo-terrestre», en *RAP,* 99, 1982, esp. págs. 212 y sigs., afirma que la referencia jurisprudencial a la Ley de Puertos de 1880 tiene como inconveniente que la demanialidad de las playas estaba ya prevista en la legislación histórica.

[23] Me refiero a terrenos que ya bajo la Ley 28/69 eran zona marítimo-terrestre.

[24] MEILÁN GIL (1996: 428 y sigs.) había resaltado la excesiva indeterminación de los conceptos manejados por la Ley 22/88 a la hora de definir el demanio marítimo-terrestre —frente a la mayor precisión de la Ley 28/69 y normas anteriores—. También RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (1999: 66 y sigs.) asimismo alude al criterio expansivo de la LC en la determinación del demanio marítimo-terrestre. Se refieren asimismo a la indeterminación del concepto de playa MECO TÉBAR (1998: 25). HORGUÉ BAENA (1995: 61); GONZÁLEZ SALINAS (2000: 74 y sigs. y 97 y sigs.), quien resalta que los conceptos legales no corresponden con el valor léxico de estos

vocablos. Considera que tiene sentido que integren la playa las bermas y escarpes, pero no las dunas. Resalta además, *op. cit.,* págs. 82 y sigs., que hasta la Ley 28/69 las playas como tales no eran demaniales, sino solo en la medida en que se integraban en la zona marítimo-terrestre —vid. asimismo MEILÁN GIL (1988: 361 y sigs.); también alude este autor a la desnaturalización de ambos conceptos—. La desaparición, con la Ley 2/13, de diversas referencias a la demanialidad de terrenos cuyas características provienen de causas artificiales va en la línea de las críticas de este autor al entonces proyecto de Ley de costas. Y LÓPEZ PELLICER (1990: 538 y sigs.) indica que muchas veces la playa se superpone a la zona marítimo-terrestre.

[25] Las playas se definían, en la primitiva redacción de la Ley 22/88, como zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

La Ley 2/13 incluye además definiciones de los elementos integrantes de la playa: «Berma: parte casi horizontal de la playa, interior al escarpe o talud de fuerte pendiente causada por el oleaje —esta definición ya se encontraba en el Reglamento—. Dunas: depósitos sedimentarios, constituidos por montículos de arena tengan o no vegetación que se alimenten de la arena transportada por la acción del mar, del viento marino o por otras causas. Escarpe: escalón vertical en la playa formado por la erosión de la berma».

La STS de 12-4-12 ratifica el deslinde, frente a las alegaciones de la recurrente, ya que «se trata de una zona arenosa de clara consideración marina —arenas, guijarros, bermas o dunas formadas por la acción del mar o del viento…—». La de 15-11-12, también de la Sala Tercera, alude al concepto de playa: «…las edificaciones invaden el dominio público y se encuentran levantadas sobre terrenos con las características físicas de playa y en los mayores temporales el agua del mar llega al límite interior de la delimitación propuesta… Se aprecia el límite exterior de la playa de arenas negras, densas y gruesas mezcladas con cantos rodados basálticos y coincide la carretera con la separación entre los depósitos de naturaleza marina con los de origen exclusivamente continental. Se añade que las edificaciones ejercen de barrera que impide que los mayores temporales sobrepasen la carretera y a la existencia de una barrera de rocas que evita que las edificaciones sean invadidas por el mar… Se trata de una playa de arenas negras, mezcladas con cantos rodados basálticos que se acumulan al borde del escarpe, estando los más gruesos y pesados en la parte más alta del mismo, en la zona donde se pone en juego más energía por ser la zona de batida.

También se señala que se trata de una zona sometida a una fuerte presión antrópica en la que la carretera que recorre longitudinalmente la zona separa la playa de la zona de origen continental… La zona en cuestión está constituida por arenas eólicas que constituyen la playa objeto de Proyecto de deslinde y que estos depósitos están formados por granos de rocas volcánicas diversas, de carbonatos y una elevada proporción de fragmentos de conchas calcáreas, que se encuentran mezclados con gran cantidad de piroclastos sueltos …resultantes de su proyección aérea desde los campos volcánicos próximos. Estudio que no viene sino a poner de relieve que la zona en cuestión tiene la consideración de playa y que está afectado por la acción del mar.

…Se observa la arena de la playa más al interior de la primera línea de casas, lo que pone de relieve las características naturales del terreno».

[26] La sentencia afirma que las notas definitorias de la playa son: «1) *Que en las riberas del mar o de las rías existan depósitos de materiales sueltos, tales como arenas, gravas, etc.;* 2) Que no solo incluye las superficies sensiblemente planas, sino también escarpes, bermas y dunas. 3) Que es indiferente que tengan o no vegetación; y, 4) Que *los depósitos de materiales pueden estar originados no solo por causas naturales, como la acción del mar o del viento marino, sino también por otras causas artificiales, por lo que la existencia de materiales sueltos producida por la actividad humana no impide la calificación del terreno como de playa».*

[27] La STS de 27-9-12 confirma el deslinde porque las viviendas están sobre la arena de la playa, constituyendo una barrera artificial que ha impedido el desarrollo del sistema dunar: «se puede comprobar el estrechamiento brusco que sufre la playa en dicho tramo…que se

debe… a la construcción de espigones que interfieren la deriva litoral y a la urbanización sobre depósitos sedentarios litorales que actúan como obstáculos para los procesos dinámicos. Asimismo… los terrenos donde se han construido dichas casas revisten las características de playa; es una zona arenosa, como se observa con claridad en los terrenos no construidos existentes a ambos lados de las citadas casas, lo que corrobora lo expuesto en el citado apartado del estudio…». Se constata además que en algunos temporales, las olas sobrepasaron incluso la primera línea de edificaciones.

Parece, pues, que en este caso las construcciones no han hecho perder las características de la playa. De hecho, la Audiencia Nacional había concluido que no era aplicable el artículo 4-5 de la Ley de costas: «de… acuerdo con las características analíticas de los materiales, texturales y edafológicas, las muestras se clasifican como pertenecientes al "Sistema dunar". En la propuesta y justificación del límite del dominio público marítimo-terrestre… se destaca con carácter previo, que el área de estudio se corresponde con un sistema dunar que ha sido ocupado por cultivos en un inicio (fotografía de 1960) y por el uso urbanístico después (fotografía de 1980). Se señala que el hecho de que los terrenos hayan sido cultivados desde hace varias décadas no implica que estos hayan perdido sus características naturales originarias ya que todas las calicatas realizadas nos demuestran la existencia de depósitos litorales bajo los cultivos. Así, *las zonas en las que se deja la tierra inculta temporalmente o en las que es removida con fines urbanísticos, muestran las características naturales y originales de estos terrenos, regenerándose rápidamente ecosistemas propiamente costeros…».*

[28] En todo caso, esta sentencia se refiere a la misma playa respecto de la que se dictó STC 211/09, con base en la anulación del deslinde previo por el orden contencioso. Esta última estima el amparo contra la sentencia civil desestimatoria de la demanda de los afectados, por haberse ignorado simplemente la anulación del deslinde; y finalmente daría lugar a la STS de 25-5-10, estimatoria de la demanda civil.

[29] La STS de 25-5-10, Sala Primera, estima la casación y la reivindicatoria porque previamente la Sala Tercera había anulado el deslinde, entendiendo que los terrenos, edificados, no eran playa al encontrarse seis metros sobre el nivel del mar. Para la sentencia recurrida, los terrenos eran dunas fijas, sobre una playa estática y asentada; sin que pese a la urbanización hubieran perdido sus características morfológicas: «…están compuestos de arenas y son en realidad unas dunas, al igual que los terrenos colindantes, de iguales características; una dunas estáticas con escasa vegetación formada de manera natural que en lo no construido conservan esas características, siendo reconocibles las dunas en cuanto tales. La playa, en su sentido vulgar, colinda con esa zona y es estática, no afectando lo edificado sobre el terreno litigioso a su dinámica; pero el muro que delimita el paseo marítimo existente al frente de las viviendas supone un obstáculo al avance del mar, pues este llega hasta él, aunque con escaso calado, en condiciones "muy excepcionales", pero hasta tal punto de que de no existir ese muro el agua de mar penetraría en los terrenos unos diez metros. Siendo estas las características físicas del lugar… no puede por menos de afirmarse que nos hallamos ante una "playa" en el sentido legal antes expuesto e, incluso, ante una zona marítimo-terrestre en la parte en esos diez metros que el agua de mar cubriría, aunque sea ocasionalmente y en los máximos temporales conocidos, el terreno. A esta conclusión no puede ser obstáculo… que la propia Administración del Estado haya considerado que otros terrenos colindantes y de iguales características no son playa ni zona marítimo-terrestre; …los actos propios de la Administración no pueden servir para privatizar el demanio, y debe decirse ahora que frente a la correcta calificación como demanio del terreno litigioso, no puede oponerse la calificación de la Administración en sentido contrario aun recayendo sobre terrenos similares, pues en todo caso debe primar la legalidad frente a la ilegalidad...». El criterio de la Sala Tercera, no obstante, había sido el contrario; y finalmente lo fue también el de la Sala Primera.

[30] La STS, Sala Tercera, de 17-5-12 —FJ confirmado de la sentencia recurrida— afirma que la arena alcanza la línea de deslinde, además de que las catas confirman que se trata de una playa, de acuerdo con el análisis granulométrico; por lo que el que la cota fuera superior a pleamar por existir un acantilado era irrelevante, además de que no era un acantilado sino

una berma. «Tampoco desvirtúa la consideración alcanzada… el hecho de que por parte del Ayuntamiento…se realicen regeneraciones de la playa para reparar los desgastes producidos por la acción del mar, regeneraciones que dan lugar a los depósitos de arena que se observan».

La de 22-3-12 asimismo desestima el recurso, en un caso de terrenos a los que llega la arena de la playa: «El análisis granulométrico permite concluir, según el informe, que *los terrenos analizados son depósitos eólicos no estabilizados sobre los cuales se observa la existencia de arenas sueltas depositadas por la acción del viento. En el citado informe se hace referencia del sistema dunar, se indica que el paisaje está constituido en su totalidad por dunas, destacando las formaciones dunares antiguas fosilizadas (constituyen costras calcáreas y depósitos de mares) y otras que aún no han llegado a fosilizarse*. Las primeras se encuentran rodeadas, y en cierto modo cubiertas, por arenas móviles y las dunas activas dan lugar a relieves importantes… se han incluido dentro del dominio marítimo al constituir una unidad morfogenética "sistema dunar" muy alterado por la explotación turístico-recreativa y los procesos de erosión inducidos por diversas acciones humanas»… «La Sala de instancia llega a la conclusión de que en los terrenos concurrían las características naturales previstas… para su inclusión en el dominio público, lo que motivó en que, siendo el tramo ahora impugnado colindante con el tramo resuelto en su anterior sentencia de 4-6-09… eran aplicables las mismas razones que las indicadas en aquella sentencia, en la que declaró que "*...La existencia de arena y restos de conchas marinas sobre un suelo arenoso semiestabilizado indica que, a pesar de tal carácter, la arena es aportada por el viento en una interrelación de flujos marinos vinculados a la dinámica litoral, interrelación que afecta a los terrenos de la recurrente"*. El estudio indicaba que el porcentaje de arena oscila entre el 63 y el 88.5 por 100».

[31] La STS, Sala Tercera, de 12-1-12, desestima el recurso. Se alegaba que existe una terraza y pista de tenis; pero constaba un muro que impide el paso de la arena; la parcela colindante, donde no hay muro, se halla llena de arena. Previamente había existido otro deslinde de 1975; la terraza y pista de tenis existen desde 1963 y el suelo estaba clasificado como urbano. Pero que unos terrenos se consideren playa porque la fuerza del viento arrastra hacia ellos arena es a mi juicio completamente insuficiente. Según esto, cualquier huracán podría convertir en dominio público más de la mitad de muchas ciudades costeras; además, el artículo seis de la Ley de costas indica la posibilidad de hacer obras de defensa frente a la invasión de las arenas de la playa o de las olas. Así, primero debe tratarse de una *invasión,* no de mero arrastre de pequeñas cantidades de materiales sueltos. Segundo, cuando —como era el caso— se ha construido un muro de protección, el muro puede ser suficiente para impedir la invasión y el pase de los terrenos al demanio. Sobre el riesgo de demanialización de terrenos por aterramientos, vid. González Salinas (2000: 280 y sigs.), quien resalta que, como además los aterramientos inciden en la configuración de la ribera, también alteran la medición de las servidumbres.

Si, en este caso, existiera un paseo marítimo construido después de la Ley de costas, tras la Ley 2/13 habría resultado imposible un pronunciamiento de estas características.

[32] Una crítica a la definición de las dunas en la Ley 22/88 en González Salinas (2000: 99 y sigs.); para este autor, está justificada la inclusión de las dunas en el demanio en tanto en cuanto aporten áridos, pero añade que el criterio de definición es indeterminado y que podría llegarse a la existencia de una playa discontinua —playa seca, seguida de terreno que no tenga las características de ribera del mar, y luego una duna—. No obstante, a mi juicio, de los criterios reglamentarios, y ahora de los nuevos criterios legales, cabe deducir otra cosa; sin embargo, la STS de 12-7-05 entiende incluidas en el dominio público marítimo-terrestre unas dunas existentes en la coronación de un acantilado, de forma que no se exige contacto con la ribera del mar sino solo con el demanio marítimo-terrestre. Me pregunto qué función pueden cumplir esas dunas para la defensa de la costa y estabilidad de la playa. Para Calero Rodríguez (1995: 193 y sigs.), si bien la interpretación teleológica comporta que las dunas serán ribera del mar cuando sirvan al aporte de áridos, la referencia reglamentaria a la estabilidad de la playa y defensa de la costa es muy imprecisa; y que dentro del Reglamento se incluyen las dunas vivas y las muertas. También Rodríguez González (1999: 73 y sigs.)

alude a la conflictividad de las dunas y de la definición de las playas; al señalar que unas dunas que penetraran muy hacia el interior carecen de funcionalidad respecto de la playa y no son ribera. En tal sentido, insiste (1999: 268) en que en Huelva existen cadenas de dunas que penetran muy hacia el interior.

[33] Afirma HORGUÉ BAENA (1995: 62) que lo más conflictivo dentro del artículo 3 de la Ley 22/88 estriba en las dunas. Entiende así que, aunque su finalidad es la regeneración de áridos y la preservación del equilibrio litoral, la indeterminación conceptual es notoria; a lo que añade que, como las dunas forman parte de la ribera del mar, esa indeterminación incide sobre las servidumbres. E indica MEILÁN GIL (1996: 43 y sigs.) que no es fácil la constatación física de las dunas. Resalta además que se incluían dentro del concepto de duna no solo las formadas por la acción del mar o del viento marino sino también por otras causas naturales o artificiales; lo que implica, como señala el autor, un amplísimo concepto de dunas. Añade además que los criterios reglamentarios son cláusulas atributivas de discrecionalidad administrativa.

[34] Para LOZANO CUTANDA (2013), «la Ley precisa que integran el dominio público marítimo-terrestre únicamente "hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa". Hasta ahora, el Reglamento hacía esta acotación únicamente para las dunas «fijadas por vegetación», pero a partir de ahora la Ley aplica este criterio a cualquier tipo de dunas, aunque para ello será preciso que se trate de "zonas de depósitos materiales sueltos" (pues en esta categoría se incluye la referencia que la Ley de costas hace a las dunas), esto es, que por no formar parte de la playa o ribera del mar revistan singularidad propia, conservando, en otro caso, su condición demanial». En otros términos, las dunas alejadas de la playa y zona marítimo-terrestre, aunque se hayan formado por la acción del mar y viento marino, no forman parte de la ribera del mar en ningún caso.

[35] Como he resaltado, la Ley 2/13 no excluye del dominio público las playas y dunas de origen natural pero continental; pero, en todo caso, ya hemos visto que incluso en estos supuestos será necesario que el terreno sea *ribera del mar,* en contacto con la zona marítimo-terrestre. Aun así, el problema se puede plantear, y la nueva Ley no lo ha resuelto, cuando exista una albufera o marisma y, más al interior de la misma pero en contacto con ella, una cadena de dunas continentales, ya muchos metros tierra adentro.

[36] La exclusión de las playas artificiales no es tan chocante si se tiene en cuenta incluso que, como tal, la playa no se incluyó en el dominio público marítimo-terrestre hasta la Ley 28/69. En cualquier caso, si la playa artificial fue producto de una obra consistente en ganar terrenos al mar o desecarlos en su ribera, será de aplicación el artículo 4 de la Ley de costas y, en su caso, su DT 2.ª

[37] Sobre la legislación histórica sobre paseos marítimos, CALERO RODRÍGUEZ (1995: 264 y sigs.).

[38] Hemos visto en todo caso que, a mi juicio, el mero arrastre de arenas de la playa, salvo que nos encontremos ante una verdadera invasión de estas, no es suficiente para que un terreno pase a ser demanio marítimo-terrestre.

[39] Recordemos que el artículo 18 de la Ley 22/88 solo permite desafectar en los casos del artículo 4-5 y 4-10 de la Ley.

[40] El apartado tercero de la Adicional séptima, no obstante, permite en casos justificados que el paseo se ubique en la ribera del mar, cuando se tratara de zonas clasificadas como urbanas a la entrada en vigor de la Ley de costas. ¿No es quizá la nueva Adicional tercera un reconocimiento de que no tiene sentido, en estos casos, seguir manteniendo que un terreno ya urbanizado en esa fecha se pueda considerar, todavía hoy, ribera del mar?

[41] «…La Administración no está vinculada por deslindes anteriores, pudiendo "redeslindar" nuevamente los terrenos en orden a comprobar si los deslindes anteriores, que son actos firmes, incluyen la totalidad de los terrenos que deben formar parte del domino público marítimo-terrestre… como dijimos en la STS de 14-7-03, "el procedimiento de deslinde… tiene como finalidad constatar y declarar que un suelo reúne las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5…, sin que ello comporte la imposibilidad de practicar

ulteriores deslindes si el llevado a cabo resulta incorrecto, incompleto o inexacto, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos, ya que el dominio público marítimo-terrestre viene configurado por hechos naturales que el deslinde se limita a comprobar, por lo que resulta innecesario usar el procedimiento de revisión de los actos administrativos...». La de 13-12-12 afirma, citando las de 21-2-06, 14, 22 y 29-7-03 y 9-6-04, que, conforme al artículo 12.6 LC, «el procedimiento de deslinde puede incoarse… no solo cuando por cualquier causa, física o jurídica, se haya alterado la configuración del dominio público marítimo-terrestre, sino cuando aparezcan datos o circunstancias de los que se pueda deducir que el deslinde realizado no refleja con exactitud las características físicas de los bienes... Teniendo el deslinde un carácter declarativo y no constitutivo y consistiendo, precisamente, en la operación jurídica por la cual se determina, en atención a las características físicas del terreno, si ha de quedar incluido o no dentro del dominio público utilizando los criterios marcados por la LC, lo relevante será si el nuevo deslinde practicado se ajusta o no a los criterios y requisitos legalmente establecidos».

[42] La Ley en este punto es poco precisa, ya que en principio comprende en la Adicional los construidos después de la Ley 22/88 pero autorizados con anterioridad; posiblemente, no obstante, la norma en este punto deba reinterpretarse, teniendo en cuenta su sentido y finalidad. Parecido problema se puede plantear, a la inversa, con los paseos ya proyectados y autorizados con anterioridad a la Ley 2/13, aunque los mismos se ejecuten después.

[43] Un argumento en contra, de cierto peso, estriba no obstante en que la DA 7.ª de la Ley 22/88 exige el deslinde previo al nuevo paseo marítimo; así que la Ley 2/13 puede haber entendido que, como no solo se ha construido el paseo sino además se ha deslindado, tiene sentido ahora excluir los terrenos de la ribera del mar. Pero, al menos si el tramo del paseo modificado ha sido objeto de previo deslinde y el mismo ha declarado que en los terrenos no concurren los caracteres de la ribera del mar, entiendo que también habrá de aplicarse la DA 3.ª

[44] Indica Sáinz Moreno (1982: 204 y 231 y sigs.) que aunque la CE no defina lo que son playas ni zona marítimo-terrestre, el legislador no es totalmente libre para concretar estos conceptos, sino que debe respetar, con cierto margen, las nociones naturales de playa y zona marítimo-terrestre; sin que las definiciones que dé puedan hacer irrecognoscibles esos conceptos. Añade que la CE no ha hecho suyas con carácter general las nociones que utiliza en el sentido empleado en la legislación vigente cuando se aprobó; es decir, la CE no se autovincula a los conceptos de playa y zona marítimo-terrestre de la Ley 28/69. Resalta además que si bien el concepto de playa es natural, el de zona marítimo-terrestre es un concepto legal; por lo que su significado debe buscarse preferentemente en los textos normativos. La STC 149/91 afirma: «Una cosa es que las Instituciones públicas o los Institutos de Derecho privado constitucionalmente garantizados no pueden ser modificados en términos que afecten a su contenido esencial, de manera que, aun conservándose la antigua denominación, esta venga a designar un contenido en el que la conciencia social no reconoce ya la Institución garantizada y otra bien distinta que el legislador no pueda modificar las definiciones o los criterios definitorios de realidades naturales, no jurídicas, a las que la CE alude». Para Meilán Gil (1988: 361 y sigs.), el entonces proyecto de Ley de costas desnaturalizó indebidamente los conceptos reflejados en la CE. En el mismo sentido, Rodríguez González (1999: 95 y págs. 271 y sigs.).

[45] En este punto, habría en todo caso que diferenciar entre los terrenos degradados con anterioridad a la misma y los degradados con posterioridad; en estos, la exigencia constitucional de regeneración es clara.

[46] A este caso se puede añadir aquel en que, estando los terrenos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la Ley de costas, justificadamente el paseo se haya construido sobre la ribera del mar, conforme al apartado tercero de la Adicional séptima. También estos terrenos dejan ahora de ser, por mandato legal, ribera del mar.

[47] Podría entenderse que, siendo firme el deslinde ulterior, el paseo tendría que remodelarse para acomodarse al mismo. Pero también podría entenderse que ello no es procedente a la vista

del nuevo criterio legal. Más claro sería el caso en que el deslinde se hubiera recurrido; en cuyo supuesto la sentencia, o su ejecución, debería tener en cuenta el nuevo marco normativo.

Mayor problema podría haber cuando el proyecto de aprobación del paseo hubiera sido recurrido conforme al artículo 109 de la Ley 22/88 y por sentencia firme se hubiera declarado que los terrenos interiores son ribera del mar. Pero entonces tendríamos una sentencia firme que habría anulado el trazado del paseo, y la DA 3.ª ya no sería de aplicación.

[48] Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que el artículo 4-5 de la Ley de costas exige que los terrenos hubieran sido declarados demaniales en un previo deslinde; que, además, según la STS de 10-5-12, Sala Tercera, debe ser precisamente el inmediatamente anterior. Es decir, si fuera de aplicación el artículo 4-5 sería porque con anterioridad a su aplicación los terrenos ya estaban declarados demaniales.

[49] Efectivamente, descartado que sean ribera del mar y descartada la aplicación del artículo 4-5, será muy difícil que esos terrenos se puedan incluir en algún otro de los apartados del artículo 4. No tiene sentido por ejemplo un paseo marítimo en un acantilado vertical.

[50] (2013).

[51] El artículo 1 establecía que, *sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos,* serían demaniales las playas (entendiéndose por ellas las riberas del mar o de las rías formadas por arenas o pedregales en superficie casi plana, con vegetación nula o escasa y característica); zona marítimo-terrestre —que llegaba hasta donde se hicieran sensibles las mareas o, donde no existieran, hasta donde llegaran las mayores olas en los temporales ordinarios; así como las márgenes de los ríos hasta donde fueran navegables o se hicieran sensibles las mareas—; el mar territorial y lecho y subsuelo marinos hasta donde fuera posible la explotación de los recursos naturales. Por otra parte, las islas en el mar territorial, rías o desembocadura de los ríos hasta donde fueran navegables o sensibles las mareas, serían patrimoniales —art. 2— salvo que fueran propiedad privada; aunque sus playas y zona marítimo-terrestre serían demaniales.

El artículo 5 asimismo indicaba que serían bienes demaniales las accesiones o aterramientos a la zona marítimo-terrestre por causas naturales —que luego definiría el artículo siete del RD 1088/80—. Pero, si a consecuencia de esas accesiones o de la retirada del mar la línea interior de la zona marítimo-terrestre avanzara hacia aquel, los terrenos de la misma que no fueran playa ni necesarios para el uso público se incorporarían al Patrimonio del Estado; salvo que alguien demostrara que los terrenos recuperados al mar y formados por accesión se hallan dentro de los lindes de una finca de su propiedad que hubiera pasado al dominio público por invasión del mar.

[52] Serra Grossa (Alicante), Puerto de Santa Pola, Poblado marítimo de Chilches, Empuria Brava, Playa de Aro, Ría Punta Umbría, Calo del Cepo (Huelva, Isla Cristina), casco urbano de Isla Cristina, Pedregalejo (Málaga), El Palo (Málaga), Moaña (Pontevedra), Oliva. Indica Lozano Cutanda (2013) que «no es impensable, sin embargo, que puedan existir otros núcleos de población de características similares (u otras que podrían justificar igualmente o con mayor razón su exclusión: Canarias ha señalado en este sentido el caso de los núcleos tradicionales con valor etnográfico), y que no aparecen incluidos en esta relación *nominatim* de la Ley». Es de suponer que la pérdida de sus características naturales es anterior a la Ley 22/88 y a la Constitución. La Exposición de Motivos indica que las viviendas son anteriores a 1988. Señala Menéndez Rexach (2014) que la DA 7.ª es una ley singular y autoaplicativa, con los problemas de constitucionalidad que ello puede comportar —vid. STC 109/2013—. En el mismo sentido, García Pérez y Sanz Larruga (2014).

[53] Para Meilán Gil (1996: 44), no tiene sentido aplicar el artículo 4-5 de la Ley de costas cuando, a su entrada en vigor, esos terrenos ya hubieran perdido las características propias de la playa o zona marítimo-terrestre. Parece que el legislador, o ha reaccionado frente a la práctica contraria, o ha entendido que de la Ley 22/88 se deducía la posición opuesta a la sostenida por el autor citado.

[54] Rodríguez González (1999: 87), al comentar el artículo 4-5 de la Ley de costas, considera más correcta la solución del artículo 5 LC 28/69; y señala concretamente que, en

el caso de terrenos invadidos por el mar, debería haberse arbitrado su recuperación por los antiguos propietarios.

[55] Ningún sentido tendría en estos casos acudir al artículo 102 LPAP, que sería la consecuencia de su conversión en bienes patrimoniales; pero tampoco la tendría su readquisición onerosa por el afectado.

[56] La STS de 5-3-04, Sala Primera, reitera lo dicho en la STC 149/91: «En cuanto que el artículo 4 de la LC incluye en el demanio bienes que no están directamente aludidos por la CE, ha de considerarse dictado en virtud de la facultad que la misma CE concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. *Aunque esa facultad no aparece acompañada, en el artículo 132-2 que la otorga, de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la CE consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podían ser atendidas efectivamente con otras medidas*».

[57] Vid. Horgué Baena (1995: 68), que añade que no obstante la Ley 22/88 los consagra como elemento autónomamente integrante del demanio, incluso aunque no se hallen en contacto con el mar. La STS de 17-5-12 insiste en el carácter demanial de los acantilados sensiblemente verticales; siendo irrelevante que los terrenos no fueran playa ni alcanzados por el oleaje: «la parte recurrente concentra su esfuerzo dialéctico en la demanda en negar que el agua de los temporales alcance los terrenos litigiosos… cuando la razón de la inclusión en el dominio público no era la prevista en el articulo 3.1*.a)* —que incluye en el dominio público el espacio "hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos"—, sino la prevista… en el artículo 4.4 de la LC, que atribuye al carácter demanial a "los acantilados sensiblemente verticales, que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación…" este, el concepto de acantilado, es el motivo utilizado para el tramo comprendido entre los vértices M-311 y M-315, concepto que, incluso, se desprende, a juicio de la Sala de instancia, de dicho informe pericial en el que, al describir los terrenos litigiosos, indica que "existe, además, una caída brusca en forma de acantilado hasta el mar que físicamente actúa como una estructura semejante a un muelle", por lo que concluye que este hecho, la caída brusca, "unido al análisis del dique y espigón existentes demuestran que es imposible que el terreno sea alcanzado por los temporales", con olvido de que, se insiste, esa no era la causa de la inclusión en el dominio público».

[58] Vid. Calero Rodríguez (1995: 229), quien insiste en la excesiva amplitud del concepto de acantilado en la Ley de costas; ya que no se exige que el acantilado se halle en contacto con el mar, sino que basta su contacto con otras zonas del demanio marítimo-terrestre. En el mismo sentido, García Pérez (2006: 198); González Salinas (2000: 102 y sigs.). El autor añade que, al no ser playa ni zona marítimo-terrestre —salvo que se dé el caso del art. 3*.a)* de la Ley— los acantilados en una isla privada no serán demaniales.

A mi juicio, muchos problemas que plantea la aplicación de la Ley de costas se habrían evitado si el TC hubiera sido más tajante, en el sentido de que *solo la protección de la ribera del mar, y no la de otros bienes del dominio público marítimo-terrestre, justifica la declaración legal de unos bienes como pertenecientes al mismo.* Pensemos que los puertos y señales marítimas tienen su propia normativa protectora.

[59] Indica el artículo 6 del Reglamento: «se consideran acantilados sensiblemente verticales aquellos cuyo parámetro como promedio, pueda ser asimilado a un plano que forme un ángulo con el plano horizontal igual o superior a 60.º sexagesimales. Se incluirán en su definición las bermas o escalonamientos existentes antes de su coronación». Puede verse García Pérez (2006: 189 y sigs.), donde comenta las SSTS de 29-10-03 y 20-1-04, en sentido crítico.

[60] La STS de 17-5-12 —fundamentos aceptados de la sentencia recurrida— señala: «de conformidad con el artículo 6.3 del Reglamento de Costas y antecedentes de la propia Sala, la verticalidad debe medirse en función de los siguientes criterios: "En primer lugar, debe tomarse un plano horizontal con el que formar el ángulo, plano que será el que esté en contacto con el mar o con el domino público marítimo-terrestre, es decir, o bien con la playa o

bien con la zona marítimo-terrestre que forman parte de la ribera del mar, *ex* artículo 3.1. de la LC, o bien, en su caso, con alguno de los demás espacios que… forman parte de dicho dominio público estatal.

En segundo lugar, la verticalidad debe determinarse como promedio, es decir, no tomando un punto o puntos concretos del terreno, sino el promedio de todos ellos.

En tercer lugar, la inclusión de tales acantilados en el dominio público solo es procedente cuando el ángulo que se forme sea igual o superior a 60.º sexagesimales, ya que si es inferior a dicha medida, la línea de deslinde no se trazará por la coronación del acantilado, sino por la parte baja o base del talud del mismo", lo que, para la Sala de instancia, resultaba corroborado por el conjunto de fotografías oblicuas… desprendiéndose de las fotografías, igualmente… que el terreno que corresponde al mojón 315 se encuentra compuesto por materiales sueltos, tales como gravas y guijarros».

«Por otra parte, y a fin de acreditar dicha inclusión en el dominio público se adjunta también… un informe de la Dirección General de Costas, en el que se exponen las siguientes conclusiones: El tramo comprendido entre los vértices M-311 a M-314 corresponde a los perfiles denominados P-1, P-2 y P-3 del Anejo 2, y en los tres casos se cumple la condición de verticalidad al ser el valor promedio de la pendiente superior a 60.º sexagesimales, pudiendo hablarse, por tanto, de acantilado, tal y como se describe en el articulo 6.3 del Reglamento de Costas. Y *el tramo comprendido entre los vértices M-314 a M-315 corresponden al perfil P-4 del Anejo 2 es una zona de transición entre la zona acantilada y la playa de San Sebastián en la que se comprueba, a la vista del plano del Anejo 2, que no se cumple la condición de verticalidad, siendo correcto el trazado de la línea de deslinde en el mismo»*. Indica García Pérez (2006: 197), siguiendo a Menéndez Rexach (1992: 60), que la referencia que establece el Reglamento a la inclusión en el acantilado de las bermas o escarpes implica tratarlo como unidad morfológica. Se pregunta Calero Rodríguez (1995: 229), si esas bermas o escarpes deben computar para determinar la verticalidad del acantilado; para González Salinas (2000: 102), la respuesta es afirmativa.

[61] Así lo concluyeron ya las SSTS de 29-10-03 y 20-1-04. En cualquier caso, como se indica en el texto, el artículo tres de la Ley 22/88 no incluye en la ribera del mar los acantilados verticales hasta su coronación, en suma; pese a que, como indica Meilán Gil (2006: 41), los mismos se mencionan en el artículo 4-5 como elementos integrados en el demanio por sus características naturales.

[62] Y añade: «El hecho de que en esos vértices la pendiente sea inferior a 60.º ...no supone que haya de excluirlos del dominio público marítimo-terrestre, pues *el cálculo ha de hacerse "como promedio", como establece expresamente el citado artículo 6.3 RC, y no aisladamente por cada vértice, ya que en otro caso no podrían establecerse adecuadamente las correspondientes servidumbres de tránsito y de protección*. Y en el informe pericial no se fija la inclinación de esos vértices… como promedio del acantilado, e incluso se admite que el acantilado en cuestión, donde se ubica la finca de las recurrentes, "tiene una pendiente superior a 60.º entre los vértices…".

Dicho de otra forma… no se desvirtúa la inclusión que se hace en la orden aprobatoria del deslinde de los vértices… en aplicación del artículo 4.4 de la LC de 1988, por tratarse de la coronación de acantilados que son sensiblemente verticales, pues no se hace un cálculo "como promedio" de todo el paramento del acantilado. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 15-6-11, en la que se alude… a "la correcta afirmación de la sentencia recurrida de que el cálculo de la verticalidad de los acantilados debe efectuarse en promedio (art. 6.3 RC)"».

[63] (2006: 190 y sigs.). Para la autora (2006: 197 y sigs.), el origen de la confusión estriba en el uso de la expresión «berma» en el Reglamento, como integrante del acantilado; en ese sentido, el voto particular a la STS de 20-1-04. La STS de 17-12-03 ya había insistido en que no es lo mismo ribera del mar que dominio público marítimo-terrestre.

[64] Es más, entiende García Pérez (2006: 203), siguiendo a Menéndez Rexach (1992: 61) que cabría entender que las servidumbres deban computar desde la coronación del acantilado

si no existe otra vía menos gravosa para la propiedad privada que preserve las finalidades de las servidumbres. La autora añade, *op. cit.,* pág. 207, que la servidumbre de protección tiene por objeto justamente proteger la ribera del mar; de ahí que critique la jurisprudencia reseñada y considere que es posible que en algún caso se solapen la zona demanial y la servidumbre de protección.

[65] Para DESDENTADO DAROCA (2011: 207 y sigs.), no se prevé la posibilidad de desafectación de los terrenos ganados al mar, aunque estos terrenos no poseen las características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre; no solo porque no se establece expresamente sino porque la finalidad es preservar el litoral y evitar operaciones de especulación, además de que en ocasiones los terrenos serán ribera del mar. Vid., también, MEILÁN GIL, J. L., «Dominio público y protección del litoral. Relectura de la Ley de costas», en *El Derecho de costas en España,* cit., pág. 74. Y para BARNÉS VÁZQUEZ, J., «La Ley de costas y la garantía indemnizatoria», en *RAnAP,* 2, 1990, pág. 89, si esos bienes en su día fueron de titularidad privada, la desafectación debería comportar indemnización al antiguo titular.

[66] No obstante, GONZÁLEZ SALINAS (2000: 328) indica que esta exigencia legal conduce al absurdo, dado que si los terrenos claramente tenían las características propias del demanio, al no ser viable la desafectación presunta los mismos seguirán siendo demaniales. Pero el problema estriba en que, si no ha habido deslinde, ¿cómo probar la existencia en el pasado de esas características?

[67] La STS de 27-9-12, Sala Tercera, se refiere a un caso en que existía un deslinde de 1946, al amparo de la Ley de puertos de 1928. La Audiencia Nacional había resaltado la importancia de este previo deslinde para probar la concurrencia de las circunstancias del artículo 3 de la Ley 22/88 en cuanto al alcance de las olas; unido ello al dato de la baja cota de los terrenos. Es decir, no era de aplicación el artículo 4-5, al no haber perdido los terrenos sus características naturales; pero, a este efecto, la previa inclusión en un deslinde anterior se considera medio de prueba relevante: «La alegada falta de motivación… es desestimada…tras examinar la Sala la justificación contenida en la Memoria… —que recoge la existencia de un anterior deslinde, aprobado por OM de 31-5-46 en el que se estableció la zona marítimo-terrestre según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley de Puertos de 19-1-28—; en dicho precepto… se hacía referencia al "...espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, en donde no lo sean", añadiéndose que, en el apartado 3 del Estudio… se indica que esta zona comprende depósitos caracterizados por su morfología y naturaleza dunar, donde la presión urbanística es muy alta, llegando a invadir terrenos deslindados con anterioridad, por lo que *la existencia de un deslinde vigente aprobado en 1946 adquiere gran importancia al establecer la zona marítimo-terrestre y constituir una prueba inapelable del alcance de las olas y, por tanto, de la demanialidad de los terrenos*, añadiendo que entre los vértices M-44 a M-49 existen seis parcelas que invaden total o parcialmente la zona marítima terrestre, y en las que se han realizado obras de relleno y explanación para facilitar su futura urbanización, lo que ha supuesto la modificación, en superficie, de las características naturales de la zona que, geológica y geomorfológicamente, formaría parte del antiguo sistema dunar asociado al cordón litoral y a la playa…

…Tal deslinde anterior reviste especial importancia en la medida en que al soportar los terrenos afectados una presión urbanística muy alta, como evidencia el hecho de que seis parcelas existentes entre los vértices M-44 a M-49 invaden de forma total o parcial la zona marítimo-terrestre, y que en ellas se han realizado obras de relleno y explanación para su futura urbanización, ha supuesto la modificación de las características naturales de los terrenos, por lo que tal deslinde anterior constituye "una prueba inapelable del alcance de las olas"».

[68] El TS añade: «Los terrenos delimitados entre los vértices H-5 y H-13 del deslinde… se correspondían con el deslinde aprobado en 1946, pero igualmente ha quedado demostrado que ese deslinde de 1946 había sido modificado por el practicado en 1969, como con insistencia se alegaba en la demanda y se reitera en el recurso de casación. Así, determinados terrenos que habían sido incluidos en el dominio público en el deslinde de 1946 fueron sin embargo

excluidos en el deslinde de 1969, como terrenos sobrantes, tierra adentro, que definen dos triángulos. Por ello, al abordarse el deslinde aquí controvertido (aprobado en 2006) aquellos terrenos *no podía entenderse como terrenos deslindados a la entrada en vigor de la Ley 22/88, pues el deslinde vigente entonces era el de 1969, que los había dejado fuera de la poligonal que delimitaba la zona demanial.* Esta constatación bastaría para la anulación del deslinde aprobado por Orden de 29-5-06, al partir este de una premisa errónea».

Para MEILÁN GIL (1996: 44), es imprescindible entender el precepto en el sentido de que, con anterioridad a la Ley de costas, fuera admisible la desafectación tácita de los terrenos que hubieran perdido esas características —sobre este tema, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1998, págs. 128 y sigs., quien afirmaba, antes de la CE, que la desafectación tácita por degradación es posible en el demanio natural, pero siempre y cuando existiera un título concesional; si bien recuerda que, incluso con la Ley de puertos de 1928, se establecía la usucapión por veinte años como título—. Es decir, entiende que el precepto no puede entenderse retroactivo. Según esta interpretación, por tanto, si con anterioridad a la Ley 22/88 esos terrenos deslindados en su día como demaniales hubieran perdido sus características naturales, ya no resultaría posible incluirlos en el artículo 4-5. Es realmente difícil que unos terrenos que en 1988 carecieran ya de esas características sigan siendo imprescindibles para proteger la ribera del mar; además, la exigencia de que el terreno haya estado incluido en el demanio por el deslinde inmediatamente anterior (STS de 10-5-12) parece apuntar en el sentido indicado por el autor citado. El mismo MEILÁN GIL (1988: 361 y sigs.) criticaba el artículo 4-5, al considerarlo injustificado. La nueva interpretación jurisprudencial del precepto, no obstante, a mi juicio, elimina en buena medida la necesidad de esas críticas. En suma, el mismo se debe entender conforme lo hace ahora la Sala Tercera; a lo que debe sumarse que la pérdida de características naturales debe ser constatada expresamente por la Administración —o, en su caso, por el orden contencioso administrativo, ante la denegación de la revisión del previo deslinde—.

La STS de 13-12-12, Sala Tercera, se refiere a unos terrenos incluidos como demaniales en un deslinde de 1967 y que reunían los caracteres del artículo uno de la Ley 28/69. Tras la CE, pero antes de la Ley 22/88, perdieron sus características físicas. Pese a ello, la Audiencia Nacional entendió que los mismos debían incluirse en el nuevo deslinde, conforme al artículo 4-5 de la Ley 22/88. La sentencia se confirmó; en todo caso, la argumentación de los recurrentes giraba en torno a si resultaba posible practicar un nuevo deslinde existiendo ya uno previo, cosa que la doctrina de la Sala Tercera no pone en duda. Es decir, la argumentación no versaba sobre los requisitos para aplicar el artículo 4.5 de la Ley de costas.

En cuanto a la pérdida de esas características, «las obras ejecutadas a principios de los años ochenta, consistentes en el puerto embarcadero y muro de consolidación situados frente a los terrenos objeto de estudio, han alterado la configuración física de la costa y la dinámica litoral en ese tramo, de tal forma que desde su construcción el mar, en sus mayores sobre-elevaciones estudiadas (régimen de temporales extremales), no ha podido rebasar la coronación del muro actual que bordea la porción de terreno objeto de litigio por donde discurre el deslinde del dominio publico entre los mojones DP-64 a DP-68».

[69] También la STS de 27-9-12 insiste en el plus de motivación en relación con los terrenos del artículo 4-5 de la Ley de costas: «Que los terrenos deslindados no han perdido sus condiciones naturales, lo que determina la legalidad de que el nuevo deslinde vuelva a incluirlos, sin necesidad de un plus de motivación, en el dominio público, pues como ha dicho esta Sala en sus SSTS de 5-11-10, 21-7-11, y en dos sentencias de 12-12-11, no es ajustado a derecho la delimitación del dominio público "…por el dato, único e insuficiente, de que exista una coincidencia exacta entre el deslinde practicado en 2004 y la poligonal en la zona del deslinde anterior de 15-3-84 y, a su vez, con otro de 30-5-69. Y ello porque, al haber dejado de ser demanio natural, como reconoce expresamente la sentencia de instancia, el mantenimiento en el nuevo deslinde como bienes de dominio público de los bienes deslindados en 1984 exigía una justificación clara y expresa de la necesidad de los terrenos para la protección o utilización del dominio público. Resulta que dicha justificación se omite

en las resoluciones impugnadas y no se ha exigido en la sentencia recurrida. Es insuficiente el criterio del simple respeto a un deslinde anterior..."; sin embargo, ello no es lo ocurrido en el presente supuesto, en que el nuevo deslinde parte de la consideración de que no han variado las condiciones naturales de los terrenos y que cumplen las características a los que los apartados *a)* y *b)* del artículo 3.1 de la LC anuda su carácter demanial». Y la STS de 10-5-12 afirma, siguiendo a la de 5-11-10: «*...la remisión que hace el artículo 4.5 de la Ley de costas al procedimiento de desafectación previsto en el artículo 18 de la misma Ley lleva a considerar que los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre no han de mantenerse indefinidamente el ámbito del dominio público por el solo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos, los incluyó en su día como demaniales»*. Y añade la sentencia que «...por el contrario, la remisión que el mencionado artículo 18 (desafectación) hace, a su vez, a lo dispuesto en el artículo 17 de la propia LC, obliga a considerar que solo procederá su mantenimiento como bienes de dominio público cuando esos terrenos que han perdido sus características naturales "...resulten necesarios para la protección o utilización de dicho dominio..."». La de 19-4-12, en cambio, no alude a la interpretación restrictiva del artículo 4-5. Esta sentencia entiende probado que el deslinde previo había incluido esos terrenos, ya que unos cincuenta años antes de dicho deslinde se había otorgado sobre los mismos una concesión demanial.

[70] En cualquier caso, esta solución solo se prevé si la redelimitación del dominio público es consecuencia del cambio en la configuración física del litoral. Cuando el nuevo deslinde se deba a otras causas, el precepto no será aplicable; sino que, si es el caso, habrá que estar a la transitoria primera.

[71] De hecho, se ha modificado el artículo sexto, relativo a las obras de protección frente a los temporales, para dejar a salvo lo que ahora indica el artículo 13 bis.

[72] Ya antes de la Ley 2/13, acertadamente Sospedra Navas, F., «Los conflictos entre el dominio marítimo-terrestre y la propiedad privada», en *Poder Judicial,* 76, 2004, págs. 277 y sigs., entendía en este caso aplicable la Transitoria primera, cuarto, de la Ley de costas —vid. asimismo González Salinas (2000: 287 y sigs.)—. Pese a ello, consideraba que en este caso, en que se parte de la preexistencia de un pleno derecho de dominio, el otorgamiento de la concesión puede ser una indemnización insuficiente. Para Leguina Villa y Desdentado Daroca (2005: 30 y sigs.), en principio no procedería en estos casos indemnización porque la privación de la propiedad se ha debido a causas naturales; salvo si las nuevas características no hubieran determinado la demanialidad conforme a la Ley 28/69, pero sí conforme a la Ley 22/88, en cuyo supuesto entienden que estamos ante una expropiación normativa y por tanto compensable conforme a la DT 1-4.

[73] Sobre el deslinde de costas, entre otros, García Pérez, M., «El deslinde de las costas», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña,* num. 8, 2004, págs. 391 y sigs.; González-Varas Ibáñez, S., *El deslinde de las costas,* Marcial Pons, Madrid, 1995; Meco Tébar (1998); Horgué Baena (1995).

[74] El problema estribará en los deslindes iniciados de oficio para excluir terrenos del demanio conforme a los nuevos criterios legales. ¿Tiene sentido en este caso la caducidad del deslinde? Aparte de que el artículo 12 de la Ley de costas no se ha modificado, ese deslinde puede también tener por finalidad incluir en el dominio público otros bienes; en tal medida, parece lógico mantener en estos casos la caducidad.

[75] Por lo demás, y como también pasaba antes de la ley 2/13, la providencia de incoación del expediente de deslinde implicará la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre y en su zona de servidumbre de protección, a cuyo efecto deberá publicarse acompañada de plano en que se delimite provisionalmente la superficie estimada de aquel y de esta. La resolución del expediente de deslinde llevará implícito el levantamiento de la suspensión.

[76] Pero pensemos que los terrenos hayan perdido sus caracteres naturales de playa o de zona marítimo-terrestre y sigan incluidos en el dominio público conforme al artículo 4-5. Aun

así, este precepto —que no ha sido afectado por la Ley 2/13— constituye un criterio residual; y la Ley 2/13 ha procedido a la desafectación de una serie de bienes que eran demaniales conforme a criterios mucho más concretos —como el caso de los inundables artificialmente—. Hay no obstante un caso más claro: a consecuencia de la definición legal de temporal ordinario en Formentera, es posible que terrenos que fueran demaniales conforme a la Ley 28/69, ahora dejen de serlo.

[77] En efecto, hemos visto que en este caso se desafectan incluso los terrenos que hubieran sido naturalmente inundables. Estos últimos, si poseían esa característica bajo la Ley 28/69, habrían reunido las características propias del demanio conforme a la misma.

[78] Dentro del derecho al reintegro se incluye asimismo a los causahabientes. Pero, como las concesiones no eran, hasta la Ley 2/13, transmisibles entre vivos, parece que en el caso de la DT 1-4, el reintegro procederá en relación con el titular original o sus sucesores *mortis causa.* Pero pensemos que el deslinde se hubiera producido tras la transmisión entre vivos de los bienes y la transmisión no hubiera sido objeto de inscripción.

Podemos asimismo, dada la literalidad de la norma, plantear el problema de posibles inmatriculaciones de bienes que ahora hayan dejado de ser demaniales; lo que resulta posible teniendo en cuenta que, hasta la Ley 33/03, no existía obligación de inscribir los bienes de dominio público. En este caso, si realmente esos bienes no poseen las características indicadas en la Adicional, parece que asimismo procedería el reintegro; pero el Estado podría ejercitar la correspondiente acción reivindicatoria o declarativa de dominio, ya que pese a todo podríamos estar ante bienes, ahora patrimoniales, del Estado.

[79] Significativamente, la Ley 2/13 no alude a los «antiguos titulares», sino a los «ocupantes», como aquellos con quienes se concertará el negocio de enajenación. Entiendo que el ocupante debe ostentar un título legítimo. Pensemos que hubiera existido un legítimo titular, pero que el bien hubiera sido ocupado por un tercero antes del deslinde que declaró que los bienes eran demaniales. Si no se consumó la usucapión a favor de ese tercero antes del deslinde, no procedería esa enajenación onerosa a su favor, sino el reintegro al antiguo titular legítimo.

[80] Otra interpretación podría ser que, como el artículo 19 solo alude a la cesión gratuita, y no a la enajenación a particulares, esta no sería posible y por eso no se contempla en la DA 3.ª Pero no tendría sentido este distinto tratamiento para los antiguos titulares de terrenos interiores a los paseos marítimos, en contraste con el caso de la Adicional séptima y con los de desafectación *ex lege.*

[81] La DA 7.ª de la Ley 22/88 exige el deslinde previo a la ejecución de obras por las Administraciones. Es decir, no tiene sentido que tras la Ley de costas se ejecutara un paseo marítimo sin previo deslinde; por lo que se supone que en dicho deslinde se habrá declarado ya que esos terrenos interiores no son ribera del mar, como hemos visto. Pero puede que los terrenos hubieran sido declarados demaniales por otras causas, aunque es muy complicado; o que se hubieran incluido en la ribera en virtud de nuevo deslinde posterior al paseo. O también que, conforme al apartado tercero de la Adicional séptima, justificadamente se haya ubicado el paseo sobre la ribera del mar, estando los terrenos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la Ley de costas.

[82] En realidad, esto mismo podría suceder cuando existan bienes demaniales interiores al paseo y que nunca hayan sido ribera del mar; si los mismos fueran desafectados. En suma, el problema del reintegro es más amplio y potencialmente abarca todos los casos de desafectación del artículo 18, como hemos visto. La previsión de reintegro en determinados casos pone en tela de juicio la regulación del artículo 19, al generar desigualdades difícilmente justificables entre los antiguos titulares de terrenos desafectados; o bien exige su reinterpretación cuando hubieran existido sobre los bienes títulos de propiedad extinguidos con la Ley de costas.

[83] Es decir, a estos terrenos no les será de aplicación el artículo 6 de la Ley 22/88, salvo para obras frente a la invasión del mar; por supuesto, las obras de protección podrán ejecutarse, pero ya no serán necesarias para preservar el carácter privado de los terrenos.

[84] Sí se podría entender que concurren matices diferenciales en el caso de las marinas —porque la invasión por el mar se debe a causas no naturales— y en el de las salinas e instalaciones

de cultivos marinos —porque aquí se considera prioritario, sobre la demanialización de la costa, preservar la viabilidad económica de determinadas actividades—. Pero pensemos que, conforme a los nuevos criterios reglamentarios que se establezcan para definir «mayor temporal conocido», determinados terrenos dejen de ser demaniales; en cuyo caso también procederá el deslinde y el reintegro. ¿Tiene ahí sentido diferenciar el tratamiento respecto de los paseos marítimos?

[85] Véase mi trabajo, «¿Son viables las acciones civiles frente al deslinde de costas?», en *RAP,* 192, 2013.

[86] A mi juicio, a estas acciones civiles de reintegro se les aplica el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 14 LC, ya que estamos ante bienes afectados —aunque sea para excluirlos— por un previo deslinde; al menos, en los casos en que el reintegro proceda de un previo deslinde. Las acciones declarativas y reivindicatorias que pueda en su caso ejercitar el Estado en estos casos, en la medida en que se refieren a bienes desafectados, también tendrán el mismo plazo de prescripción.

[87] El caso es dudoso, ya que se podría entender que el reintegro es acto propio del Estado. La STS de 15-12-05, Sala Tercera, entre otras muchas, no obstante, es muy restrictiva en cuanto a los requisitos de los actos propios.

[88] No creo que la intención de la Ley 2/13 haya sido establecer una presunción *juris et de jure* de titularidad a favor de quienes tengan sus derechos inscritos, sino que el mismo es aplicación del artículo 38 LH.

[89] En efecto, cabe cuestionar si es razonable y proporcionado dar un trato distinto a los casos de desafectación operada por la Ley 2/13 y a los supuestos del artículo 18 de la Ley de costas.

[90] Así, Moreno Cánoves (1990: 126 y sigs.). Esta es, asimismo, la solución que da Desdentado Daroca (2011: 193 y sigs.), en relación con las actividades económicas ubicadas en terrenos ganados al mar o marismas sin que haya existido transmisión de la propiedad en virtud de cláusula concesional o disposición legal anterior a la Ley 22/88.

[91] Puede verse García de Enterría, E., «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de costas», en *RAP,* 141, 1996, págs. 131 y sigs., quien pone de relieve que el TC seguramente estuvo influido por la STS, Sala Primera, de 6-7-88, que afirma que nunca pudo haber transmitido el Estado la propiedad plena de terrenos en zona marítimo-terrestre, sino solo un dominio degradado o derecho real atípico —vid. asimismo Meilán Gil (1996: 8 y sigs.), para quien esa doctrina del TS no es sostenible a la vista de la STC 149/91—. Para García de Enterría (1996: 147 y sigs.), la Ley 22/88 no impide discutir la suficiencia de la concesión como indemnización ante el orden contencioso en los casos concretos —en el mismo sentido, Desdentado Daroca (2011: 219)—, y considera que otra interpretación implicaría su inconstitucionalidad. Critica la DT 1 López Pellicer (1990: 556 y sigs.). Para Meilán Gil (1996: 38 y sigs.), lo criticable es la interpretación que efectúa la STC 149/91; a su juicio, a lo sumo el artículo 132-2 CE contiene una *causa expropiandi.* González Salinas (2000: 138 y sigs.) también cuestiona la suficiencia de la concesión como compensación.

Una crítica a la STS de 6-7-88 en Rodríguez González (1998: 239 y sigs.); Sánchez de Lamadrid Aguilar, «Un nuevo paso jurisprudencial en la contemplación del dominio público marítimo-terrestre», *La Ley,* Madrid, 17-11-89.

Con carácter general, asimismo Desdentado Daroca, E., *La expropiación de los enclaves privados en el litoral,* Civitas-Thomson, Madrid, 2007; Barnés Vázquez, J., «La ley de Costas y la garantía indemnizatoria», en *RAnAP,* 2, 1990, págs. 81 y sigs.

Que estemos ante una expropiación no solo se deduce de la jurisprudencia constitucional, sino además de la lógica; ya que, como resalta entre otros Boix Palop, A., *Las convalidaciones legislativas,* Iustel, Madrid, 2004, págs. 146 y sigs., una cosa es la generalidad de una ley y otra su grado de abstracción: por mucho que la Ley de costas sea formalmente una ley general, las DDTT 1 y 2 adolecen de falta de abstracción, ya que es posible concretar los casos a que las mismas son aplicables, al referirse a la situación existente en un concreto momento. García de Enterría (1996: 137 y sigs.) utiliza además el argumento del contenido esencial.

Sobre la DT 1.ª, asimismo García Pérez, M., *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial,* Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 347 y sigs.

[92] No obstante, por ejemplo en el caso *Jokela contra Finlandia,* señala que «la expropiación de la propiedad sin pagar una cantidad razonable relacionada con su valor, constituirá normalmente una injerencia desproporcionada que no se puede justificar en virtud del artículo 1 del Protocolo... Esta disposición, sin embargo, no garantiza un derecho a una compensación total en cualquier circunstancia, ya que los objetivos legítimos del «interés público» pueden demandar un reembolso menor que el valor total de mercado (sentencia *Papachelas contra Grecia)*. Si, sin embargo, la compensación no guarda una relación razonable con el valor del terreno expropiado, se viola el artículo 1 del Protocolo… (sentencias *Malama contra Grecia* y *Platakou contra Grecia*)». Desde esta perspectiva se podría entender que, ante la inviabilidad económica de la expropiación monetaria podía optarse por la concesión para hacer efectivo el mandato de la CE, que responde a un interés general de primer orden. Pero lo que entonces no tendrá sentido es que, desafectados los bienes por no ser ya útiles para el dominio público marítimo-terrestre, el antiguo propietario no tenga derecho, sin más, a su devolución.

[93] Esta última resulta especialmente significativa en la medida en que afirma, además, que la remisión a un procedimiento posterior de responsabilidad patrimonial no supera el test del recurso suficientemente efectivo. De ahí la importancia de la Ley 2/13, cuando en gran medida equipara a los titulares afectados por la Transitoria primera, apartado segundo, con quienes hubieran obtenido sentencia firme a su favor; ya que desde ahora no será ya necesario acudir a una acción civil declarativa de dominio —tras el correspondiente recurso contencioso administrativo contra el deslinde y con carácter previo a otro posible recurso en relación con las condiciones de la concesión— para poder tener derecho a la concesión correspondiente.

[94] En un contexto distinto, estudian esta jurisprudencia del TEDH, Revuelta Pérez, I., y Narbón Lainez, E., «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», en *RCDI,* 720, 2010, págs. 1595 y sigs.

(Trabajo recibido el 27-9-2013 y aceptado para su publicación el 21-10-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

Sobre el acceso al Registro de la Propiedad del contrato del representante sin poder (con ocasión de la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2013)

On the eligibility for registration of an agreement appointing a representative without power of attorney (on the occasion of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decision of 28 may 2013)

por

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil

A mis viejos amigos, registradores, José Manuel García García, Pedro Ávila Navarro y Francisco Javier Gómez Gálligo, con mis excusas por disentir de sus muy autorizadas opiniones.

RESUMEN: Antiguas y recientes Resoluciones de la DGRN se han pronunciado contra la inscripción del contrato del representante sin poder por estimar

que en él concurre un defecto insubsanable basándose, sustancialmente, en la regla jurisprudencial del no perjuicio de tercero por la retroactividad de la ratificación posible. En este trabajo se sostiene que la falta de legitimación del *falsus procurator* puede (y debe) ser calificada como defecto subsanable, dando lugar a la suspensión de la inscripción porque, amén de otras razones (protección que merece *ex* art. 1259 del CC, analogía con el contrato anulable y el sometido a condición suspensiva), esa posición y calificación apriorista va a cerrar, con carácter general, el acceso al Registro de contratos falso-representativos en que no haya perjuicio de terceros, y porque este eventual perjuicio, que haría ineficaz frente a ellos la retroactividad de la ratificación, puede ser tomado en consideración si y cuando el mismo se produzca, con ocasión de la inscripción de la ratificación. No obsta a ello el juego funcional y eficacia de la anotación preventiva de suspensión y prioridad que concede, porque unas veces no habrá lugar a ella (es solo a petición de parte); otras, aun practicada y sin derechos adquiridos de tercero, tendrá la ventaja de poder ampliarse el plazo para el acceso al Registro de la ratificación (por su posibilidad de prórroga); y si hay esos derechos adquiridos *medio tempore,* serán determinantes para calificar negativamente la ratificación por mor del no perjuicio del tercero.

ABSTRACT: Old and recent decisions by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs have ruled against the registration of agency contracts wherein the agent is not granted power, the DG's feeling being that such contracts contain un irremediable defect. This view is largely based on the rule of case-law that states that no third parties must be harmed by a possible retroactive ratification of the agent as a holder of actual powers. This paper argues that the lack of legal standing on the part of the falsus procurator can (and must) be categorized as a remediable defect, giving rise to the suspension of registration. Several reasons are given for this view (inter alia, protection merited under art. 1259 of the Civil Code, analogy with annullable contracts and contracts subject to suspensive conditions), the main reason being that this position espousing an a-priori-based categorization is generally going to bar registration even to false agency agreements in which no third parties stand at risk of potential harm. Moreover, any potential harm to third parties (which would make the retroactive application of the ratification ineffective vis-à-vis those particular third parties) can be taken into consideration when and if it ever happens, when the ratification is submitted for registration. The functional scope of operation and efficacy of caveats of suspension and priority thus granted are no obstacle to such an outcome, because a) sometimes caveats are not in order (a caveat would only be included at the request of one of the parties); b) sometimes, even if a caveat is made and no third-party rights are acquired, there will be the advantage of being able to extend the deadline for successful registration of the ratification (due to its extension possibility); and c) if there are any such rights acquired

over the intervening time period, under their telling influence the registrar will refuse to register the ratification, in order to avoid harming the third party.

PALABRAS CLAVE: Representación sin poder, retroactividad (de la ratificación), suspensión (de la inscripción), defecto (in)subsanable.

KEY WORDS: Agent without powers, retroactive nature (of ratification), suspension (of registration), irremediable/remediable defect.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL: 1.1. Nueva y vieja jurisprudencia registral sobre la cuestión. 1.2. Cuestiones jurídicas más relevantes que atender.—2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN Y SUS LÍMITES: 2.1. La regla de la retroactividad de la ratificación en Derecho español. 2.2. La retroactividad de la ratificación, ¿regla absoluta o relativa? 2.3. Límites de la retroactividad.—3. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO (NEGOCIO FALSO-REPRESENTATIVO) PARA SU INSCRIPCIÓN: DEFECTOS SUBSANABLES O INSUBSANABLES: 3.1. Planteamiento y problemas generales. Doctrina y jurisprudencia. 3.2. Calificación del título como afecto de defecto subsanable. 3.3. Calificación como título con defecto insubsanable.—4. COMPATIBILIDAD DE LA RETROACTIVIDAD «SIN PERJUICIO DE TERCERO» CON LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO FALSO-REPRESENTATIVO.—5. REFERENCIA DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2013: ACUERDOS Y DESACUERDOS.

1. PLANTEAMIENTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL

1.1. Nueva y vieja jurisprudencia registral sobre la cuestión

La reciente publicación de varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 20 de septiembre de 2012, 7 de mayo de 2013 y 28 de mayo de 2013) relativas, entre otros extremos, a la retroactividad de la ratificación del contrato del representante sin poder y a su acceso al Registro de la Propiedad, llaman mi atención y me sugieren algunas consideraciones, que decido publicar con ánimo de propiciar otras de especialistas en la materia —de registradores de la propiedad, particularmente, algunos de los cuales ya se han ocupado de la cuestión—; porque creo que algunos puntos de la argumentación de aquellas Resoluciones —reproducción y reiteración de las mismas ideas y frases desde hace cincuenta años, con omisión de perspectivas e hipótesis hoy

insoslayables— y ciertas afirmaciones requieren de precisiones y matizaciones; lo que no obsta, en mi opinión, a la corrección de las soluciones a que llegan al resolver los recursos correspondientes.

La *Resolución de 28 de mayo de 2013*, objeto fundamental de mi comentario, parte de los siguientes hechos (que estima «relevantes» para la resolución del recurso):

> «a) Mediante escritura autorizada el día 27 de noviembre de 2012, se constituye a favor de la entidad "U. B., S.A.U.", hipoteca sobre una finca en garantía de un préstamo otorgado a favor de tres personas físicas y una sociedad cooperativa; en el otorgamiento de la escritura comparece uno solo de los apoderados mancomunados de la entidad acreedora, advirtiendo el notario que, a su juicio, no es suficiente la representación acreditada para el otorgamiento de la escritura. Igualmente la cooperativa prestataria actúa representada por un mandatario verbal. Dicha escritura se presentó de forma telemática el día 28 de noviembre de 2012, causando el asiento 1007 del Diario 83. b) Con fecha 29 de noviembre de 2012 se presenta en el Registro otra escritura pública, otorgada en la fecha inmediata anterior, por la que se constituye una nueva hipoteca sobre la misma finca en garantía de un préstamo concedido por otra, "C., S. A.". c) El día 21 de diciembre de 2012 se recibe en el Registro diligencia de ratificación, de fecha 13 de diciembre de 2013, por la que otro de los apoderados de "U. B., S.A.U.", ratifica la escritura de constitución de hipoteca otorgada el 27 de noviembre de 2012, reseñada en primer término. d) La registradora deniega la inscripción con la prioridad resultante del asiento de presentación 1007 del Diario 83, "por carecer de eficacia retroactiva frente a terceros las ratificaciones efectuadas para perfeccionar el negocio celebrado por apoderado mancomunado sin comparecencia de otro apoderado y por mandatario verbal". Asimismo califica negativamente el documento por otra serie de defectos que no han sido objeto de recurso».

Dicha resolución desestimó el recurso interpuesto y confirmó la calificación registral que denegaba la inscripción del contrato falso-representativo de constitución de la primera hipoteca por adolecer de un defecto insubsanable[1].

La *Resolución de 20 de septiembre de 2012* se refería a si una escritura de dación de una finca en pago de una deuda sujeta a condición suspensiva —que otra Resolución anterior había considerado que incurría en nulidad radical y absoluta por encubrir un pacto comisorio—, podía ser despachada antes que un mandamiento de embargo, si se aporta más tarde como documento complementario una escritura en la que las partes, siendo ya la deuda líquida y exigible, ratifican la escritura primeramente acordada. Esa Resolución desestimó el recurso interpuesto contra la calificación registral denegatoria por defecto insubsanable.

A su vez, la *Resolución de 7 de mayo de 2013* desestimó el recurso interpuesto y confirmó la calificación denegatoria de la inscripción de la escritura de ratificación de otra otorgada en una notaría panameña de aceptación de la aportación por una sociedad de determinadas fincas sitas en España a cambio de acciones y capital de una sociedad panameña. Con posterioridad a la presentación de la escritura de ratificación se presentó en el Registro un mandamiento de anotación preventiva de demanda contra el titular registral aportante de las fincas, y más tarde tuvo entrada en el Registro la escritura inicial de aportación.

Esas tres Resoluciones, relativas a hechos diferentes, tienen, sin embargo, en común el haber abordado la cuestión de la eficacia retroactiva de la ratificación y su relación con la denegación o suspensión de la inscripción del contrato falso-representativo, a cuyo respecto las tres se han inclinado por la denegación de la inscripción por estimar que en ese caso concurre un defecto insubsanable. A estas últimas cuestiones me voy a referir en este breve comentario —sobre todo, de la primera de ellas—; hay otras interesantes que no debo abordar aquí. Por lo demás, estoy de acuerdo, sustancialmente —repito—, con la solución última, denegatoria, a que llega cada una de aquellas Resoluciones, si bien no comparto los argumentos con que lo justifican ni la generalización de algunos de sus pronunciamientos.

1.2. Cuestiones jurídicas más relevantes que atender

La cuestión central de la problemática que aborda la Resolución de 28 de mayo de 2013 es la de la calificación registral de la escritura y contrato de constitución de hipoteca otorgado por uno solo de los apoderados mancomunados de la entidad acreedora (con ratificación ulterior del otro apoderado). En ese orden, la mencionada Resolución lleva su argumentación, en primer lugar, al terreno sustantivo y eficacia retroactiva de la ratificación, «sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros», con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Centro Directivo; y luego desde una perspectiva registral, a cuyo efecto invoca, entre otros preceptos, los artículos 65 y 66 LH y 101 RH y los criterios o pautas que «de un modo orientativo» indica el primero para calificar los defectos del título como subsanables o insubsanables, y considera como criterio básico para diferenciar uno u otro «la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título, una vez sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables» (FJ 4).

Pasa luego aquella Resolución a considerar (demasiado brevemente, para tan importante cuestión) la naturaleza del negocio representativo sin poder o con insuficiencia de poder, y concluye que «se trata de un negocio incompleto

en el momento de la presentación del título», con eficacia *inter partes* desde su ratificación y con inoponibilidad a terceros que hayan adquirido algún derecho en el *medio tempore* [*sic*]; lo que conduce en el caso juzgado a la calificación del defecto como insubsanable y denegación de la inscripción.

Devienen, así, cuestiones sustanciales del debate que pretende resolver dicha Resolución, la del juego funcional de la retroactividad de la ratificación, los criterios de calificación del contrato falso-representativo antes de la ratificación (defecto subsanable o insubsanable) y la relación de esta calificación y criterios con la retroactividad y sus límites de la ratificación. No niego esa relación y la relevancia de la eventual retroactividad para la calificación de referencia, porque es evidente, sino hasta dónde llega esa relevancia y momento jurídico en que debe ser tomada en consideración la no retroactividad en perjuicio de terceros, quizá sobreponderada por la Dirección General (y por el Tribunal Supremo en otros aspectos).

Interesa, pues, examinar con cierta atención la trascendencia y límites de la retroactividad de la ratificación, en general y a efectos registrales, dado que la Dirección General de los Registros hace de ella el fulcro y centro de gravedad para la calificación registral del contrato de representante sin poder suficiente; y si ese negocio puede tener acceso al Registro de la Propiedad, siquiera sea por vía de dejar suspendida su inscripción por defecto subsanable hasta la ratificación de forma que sea compatible con la protección registral de los derechos legítimamente adquiridos por tercero *medio tempore*.

Paso, en consecuencia, a estudiar: (*i*) la retroactividad de la ratificación y sus límites, (*ii*) la cuestión de los defectos subsanables e insubsanables del título que calificar en relación con el contrato sin poder suficiente, y (*iii*) la compatibilidad de la retroactividad «sin perjuicio de tercero» con la suspensión de la inscripción de este contrato por defecto subsanable. Referiré luego el razonamiento y conclusiones a que llegue con carácter general a la Resolución de 28 de mayo de 2013, en la que centro mi atención.

2. LA RETROACTIVIDAD DE LA RATIFICACIÓN Y SUS LÍMITES

2.1. La regla de la retroactividad de la ratificación en Derecho español

La cuestión que me propongo examinar ahora es la del alcance efectivo de la retroactividad de la ratificación y su relación con la protección de los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros, punto en el que, a falta de norma legal (nada dicen el art. 1259 y concordantes del CC), nuestra jurisprudencia maneja pronunciamientos tan generales y enérgicos como que «tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron…» (sentencia de 12 de diciembre de 1989), o que

«queda limitada [la retroactividad] frente a los derechos adquiridos por estos [los terceros] *medio tempore,* pues no pueden perjudicarles» (sentencia de 22 de octubre de 1999). En términos semejantes se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado desde la importante Resolución de 3 de marzo de 1953[2] y las de 2 de diciembre de 1998 (más explícita y mejor argumentada) y 25 de mayo de 2007 («sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros»); también en las de 2012 y 2013 citadas al principio de este trabajo[3].

La retroactividad de la ratificación procede del Derecho romano[4], de donde ha pasado vía *ius commune* a los ordenamientos modernos, latinos y germánicos. Algunos Códigos la establecen explícitamente, como el BGB (§ 184) y los Códigos Civiles italiano (art. 1399.2) y portugués (art. 268.2); también constituye regla general en el *Common Law* y en el *Restatement (Second), Agency* norteamericano (§ 100 y 100A)[5]. No así en el *Code* francés, el italiano de 1865 y el español, ni, por influencia de estos, en los hispanoamericanos del siglo XIX (salvo modificaciones posteriores). La doctrina española, en general de forma acrítica y sin justificarla, ha aceptado esa retroactividad, y apenas se ocupa de su alcance, límites y excepciones[6].

La *jurisprudencia española* reconoció tempranamente la retroactividad de la ratificación: la sentencia del TS de 7 de mayo de 1897 todavía confundía ratificación y confirmación; luego, en términos parecidos, pero ya con neta distinción, la de 14 de diciembre de 1940[7]. En general, sus afirmaciones han sido muy generales, sin aludir al origen de esta regla ni cita de texto alguno en su apoyo —exigible al ser creación jurisprudencial y dada su vigencia en defecto de ley—: cfr. la sentencia de 10 de mayo de 1979 (habla de retroactividad, sin más), y la de 24 de octubre de 1997. Algunas sentencias hacen alusión al alcance de la retroactividad —también sin justificación alguna, salvo la cita del BGB y del Código Civil italiano en algún caso (cfr. sentencia de 22 de octubre de 1999 y Resolución de 25 de mayo de 2007)—, con la misma conclusión: que la retroactividad tiene solo efecto entre las partes del contrato representativo, «sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros» (sentencia de 23 de abril de 1980), que «tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron…» (sentencia de 12 de diciembre de 1989), o que «queda limitada frente a los derechos adquiridos por estos [los terceros] *medio tempore,* pues no pueden perjudicarles» (sentencia de 22 de octubre de 1999). En términos semejantes, la Dirección General de los Registros desde la Resolución de 3 de marzo de 1953 y las de 2 de diciembre de 1998 y 25 de mayo de 2007 («sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros»); y las de 2012 y 2013 ya citadas.

Se ha discutido ampliamente el *fundamento y explicación de la retroactividad* de la eficacia de ciertos actos jurídicos, en general, y la de la ratifi-

cación con objeto de poder justificar las conclusiones no siempre lógicas a que conduce —porque es poco lógico, por ejemplo, que se lleve la eficacia al momento de la estipulación entre el falso representante y el tercero cuando afirmamos que entonces no hay todavía negocio, y que este solo se perfecciona con la ratificación—. De las varias teorías e ideas que se han defendido en cuanto a los primeros[8], ninguna está exenta de objeciones, y no dan una explicación objetiva y racional suficiente del fenómeno de la retroactividad. Creo que su justificación no radica en argumentos o conclusiones racionales dentro del sistema jurídico sino en consideraciones eminentemente prácticas, como mecanismo jurídico de mejor protección de ciertos intereses; responde, así, solo a un determinado fin de organización jurídica. Por ello, es una decisión del legislador (cuando opta por establecer la retroactividad), como instrumento para reforzar la protección de intereses —por ejemplo, en el caso de la condición protege mejor al adquirente condicional—. Es, pues, una fórmula normativa de reglamentación de intereses ante conflictos determinados, un artificio técnico-jurídico —se ha dicho—, una decisión positiva del legislador que podría haberse producido en otro sentido: es decir, cuestión de política legislativa, en terminología moderna.

También se ha buscado una explicación e invocado ideas varias a la hora de justificar la retroactividad de la ratificación. Pienso que son aplicables a esta las consideraciones anteriores y conclusión recién apuntada: se trata de un mecanismo normativo de reglamentación de determinados intereses —sobre todo, cuando la realización de estos queda diferida respecto del momento constitutivo—, por razones de política legislativa, con las particularidades derivadas de la especificidad del negocio y de la propia ratificación. La relativa artificialidad e irracionalidad —expresión no estrictamente racional, sino como instrumento de protección de intereses— justificará, a la hora de aplicar aquella regla a la ratificación, razonamientos y conclusiones más propios de una Jurisprudencia de intereses que de la jurisprudencia de conceptos y su dogmática lógica y geométrica.

2.2. La retroactividad de la ratificación, ¿regla absoluta o relativa?

Otra de las cuestiones más relevantes y debatidas en este orden es la de si la regla de la retroactividad de la ratificación es absoluta, y sus límites; es decir, si se trata de una retroactividad limitada (relativa) —el límite estaría constituido por los derechos adquiridos por terceros, siempre a salvo, en detrimento de la regla general—; o si es una retroactividad absoluta, como regla general sin limitación institucional pero con excepciones para casos particulares, que se regirían por los principios y reglas generales, como operan prácticamente todas las normas y reglas jurídicas.

Un importante sector de nuestra doctrina ha hablado del carácter relativo de esta retroactividad y de su límite en los derechos adquiridos por terceros *medio tempore;* para otros autores esa retroactividad sería absoluta, *erga omnes,* por tanto también en perjuicio de terceros, aunque algunos derechos de estos pueden quedar protegidos frente a la retroactividad en virtud de los principios generales (el de buena fe, las reglas de colisión de derechos, el principio de prioridad y fe pública registral, etc.)[9].

La cuestión fundamental para opinar a ese respecto radica, en mi opinión, en determinar cuál sea el alcance e intensidad de la salvedad de los derechos de los terceros que deben quedar protegidos frente a la retroactividad de la ratificación: si se trata de una protección y salvedad absoluta, en todo caso, como límite inexorable y frente a dicha retroactividad; o si es una salvedad ordinaria dentro del sistema que debe acomodarse a los principios y reglas generales de la protección de terceros. La pregunta concreta podría ser: ¿se protegerá al tercero que actúa de mala fe o de forma fraudulenta? Si el «sin perjuicio de los derechos adquiridos *medio tempore* por los terceros» (de la jurisprudencia) es absoluto, la respuesta deberá ser afirmativa. Pero ello repugna, en principio, a un sentido ético-social del Derecho y es contrario a nuestro ordenamiento jurídico; lo que obliga a llevar el razonamiento por otro camino.

Si, en busca de una respuesta general —dado el silencio del Código Civil respecto de la ratificación—, hacemos un breve recorrido por nuestro ordenamiento positivo podemos observar que con la sola excepción —creo— del artículo 1317 del Código Civil, en que la modificación del régimen económico-matrimonial «no perjudicará *en ningún caso* los derechos ya adquiridos por terceros» (con una *ratio legis* específica), en ningún otro supuesto es incondicionada la protección de los derechos adquiridos por terceros, sino subordinada al concurso de hechos o circunstancias que requieren sus normas protectoras: la buena fe del adquirente (arts. 1295, 1320, 1335, 1526-2.º, 1540, 1738 del CC, y arts. 34 y 37 LH; y, sin duda, alguno más), o depende de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arrendamiento de inmuebles, art. 1549 CC), o de la certeza de la fecha (de la cesión de un crédito, derecho o acción: art. 1526-2.º; de la prenda, art. 1865), o de la satisfacción de la deuda a los demás herederos (art. 1860-3.º CC), o de la existencia de un título inscrito para la prescripción ordinaria de derechos reales contra otro título inscrito en el Registro (art. 1949 CC), etc.

De estos preceptos se puede inducir una regla general: la protección de los derechos de terceros frente a otras adquisiciones o titularidades jurídicas incompatibles no es absoluta en nuestro sistema jurídico, sino condicionada a la concurrencia de otros datos o elementos reglados (ejemplos y preceptos citados); opera a partir de cierto marco normativo de fondo en conexión con principios y reglas determinadas (adquisición de buena fe a título oneroso, buena fe o mala fe en el tercero, certeza de la fecha de la adquisición, etc.).

(Si esto es así, la retroactividad es absoluta, actúa *erga omnes;* las excepciones, puntuales y justificadas). Por ello (la aludida concepción y línea general de nuestro ordenamiento), creo que no puede tener carácter absoluto la ilesión de los derechos de estos terceros: es una salvedad y protección de derechos como en otros casos, obediente a los principios generales y normas que regulan las situaciones jurídicas y adquisiciones concretas de que se trate. La excepción y salvedad de esos derechos a la regla de la retroactividad no es aséptica, general o incondicionada, sino que debe valorarse en el contexto relacional y marco normativo pertinente.

Ello permite concluir que la regla de la retroactividad de la ratificación, interpretada junto a su limitación («*sin perjuicio* de los derechos adquiridos…»), tiene —en la disyuntiva doctrinal absoluto/relativo— alcance absoluto en el sentido de *erga omnes,* que afecta a las partes negociales y a los terceros; sin perjuicio, en efecto, de los derechos de estos que resulten protegidos por principios y normas que les sean aplicables, porque en no pocos casos la protección de los terceros no limita la retroactividad, sino que proviene de la eficacia de la ratificación (de la que la retroactividad es un predicado), ratificación y eficacia que en muchos casos van a depender, si el ratificante había dispuesto antes del mismo objeto, de que él tuviera legitimación y poder de disposición sobre ese objeto al tiempo de ratificar —no la tendrá, por ejemplo, si había vendido y entregado la cosa al tercero, pero sí en el caso de venta sin entrega, en que sigue siendo propietario y mero deudor de la entrega—.

2.3. Límites de la retroactividad

Para justificar el límite de la retroactividad de la ratificación y rotunda salvedad de los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros se han invocado argumentos varios, de tipo general (una genérica protección de los terceros ajenos al negocio cuya eficacia puede afectarles)[10] o por razón jurídica concreta (buena fe del tercero, prioridad del título). En la doctrina alemana reciente para un sector mayoritario, la norma del § 184.2 BGB [«límites de la retroactividad»] sirve para la protección de los negocios honestos, y pretende evitar que el ratificante pueda dejar sin los efectos legales un negocio de disposición otorgado por él *medio tempore*[11].

Idéntica parquedad de justificación de aquel límite de la retroactividad en nuestra doctrina y jurisprudencia, cuestión que apenas aborda la Resolución de 2 de diciembre de 1998: «[…] tampoco puede pretenderse, en perjuicio de tercero, una eficacia retroactiva por la ratificación; se opone a ello no solo el rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado sino, sobre todo, la regla básica de inexistencia de contrato sino desde que media, entre otros elementos sustanciales, el consentimiento de los

contratantes (cfr. arts. 1261 y 1262 CC), produciéndose sus efectos a partir del momento de su perfección (cfr. art. 1258 CC)»[12].

Para resolver los conflictos entre el tercero adquirente de derechos *medio tempore* y una de las partes del negocio falso-representativo[13] se han apuntado varios criterios: el *de la buena o mala fe del «tercero»*, el c*riterio de la prioridad del título* —manejado por GRAZIANI, sobre todo cuando se trata de contratos del tercero con el *dominus*—; SAGESSE aplica el principio *nemo pluris ad alium transferre potest quam ipse habet,* etc.[14]. En mi opinión, en el marco normativo del principio de la retroactividad de la ratificación sin perjuicio de tercero, se debe partir de que la retroactividad es un predicado de la ratificación, y va vinculada directamente a esta última y su propia eficacia, con lo que solo habrá lugar a aquella si la ratificación es válida y eficaz. El primer dato que considerar es la legitimación y el poder de disposición del ratificante respecto del objeto del negocio representativo en el momento de la ratificación, necesarios para la eficacia de la ratificación: si ha dispuesto ya *medio tempore* de ese bien y ha dejado de ser su dueño en el momento de la ratificación, su ratificación será ineficaz por falta de legitimación para ella (requisito imprescindible) al no ser titular del bien objeto del negocio ratificado y de la propia ratificación. La protección del tercero adquirente del ratificante (mantenido en su adquisición tras la ratificación) no lo será en tanto que excepción a la retroactividad de la ratificación, sino por ineficacia de esta en ese momento concreto. Igualmente habrá que tener en cuenta si la ratificación tuvo lugar en tiempo idóneo, cuando la relación jurídica afectada exija que sea tempestiva (prescripción, caducidad, plazo convencional esencial), porque en otro caso la ratificación puede resultar ineficaz y será improcedente debatir sobre el alcance de la retroactividad (a que no ha lugar por esa ineficacia).

En resumen: dada la variedad casuística —terceros, derechos adquiridos, contratos—, es difícil pensar en un criterio único o prevalente para resolver las cuestiones planteadas, ni cabe dar una solución general (retroactividad sí-retroactividad no) porque las hipótesis son muchas, en función de con quién contratan los terceros (*dominus,* cocontratante), tipos de negocios en conflicto (el del *falsus procurator*-cocontratante y el del tercero con uno de aquellos) y su eficacia jurídico-real u obligacional, así como la compatibilidad o no de tales negocios y de sus efectos, la buena o mala fe del tercero, etc. Las reglas aplicables son también varias y los razonamientos múltiples; no pocas las soluciones, algunas harto discutibles.

3. CALIFICACIÓN DEL TÍTULO (NEGOCIO FALSO-REPRESENTATIVO) PARA SU INSCRIPCIÓN: DEFECTOS SUBSANABLES O INSUBSANABLES

3.1. Planteamiento y problemas generales. Doctrina y jurisprudencia

Presentado en el Registro de la Propiedad el contrato falso-representativo, ha de ser calificado por el registrador (art. 18 y concordantes LH), entre otros aspectos, en cuanto a la «capacidad de los otorgantes», entendida esta en sentido amplio y comprensiva de la legitimación —cfr. Resolución de 17 de febrero de 1994, que la consideró como concepto «englobado dentro del concepto genérico de capacidad de los otorgantes que el artículo 18 LH sujeta en todo caso a calificación»[15]—. La situación del otorgante sin poder suficiente y la situación objetiva del negocio hacen inviable la inscripción en el Registro, y dará lugar a una calificación negativa, sea denegatoria o suspensiva.

No entraré en el debate general acerca de los defectos subsanables e insubsanables *ex* artículo 65 LH[16], y limitándome al caso y problema del contrato del representante sin poder hay que constatar enseguida que la doctrina está dividida. Sanz Fernández consideró como subsanable el defecto de ese contrato, por estimar conceptos análogos a los de subsanables (orden registal) los civiles de convalidación, confirmación y ratificación; tesis que asume Díez-Picazo[17]. Camy Sánchez-Cañete adoptó inicialmente una posición contraria (defecto insubsanable), luego más abierta[18]. Arnáiz Eguren maneja varios criterios de distinción de unos y otros defectos, y concluye: «las faltas tienen el carácter de insubsanables cuando la publicidad provisional del título es imposible por inviabilidad del juego de los principios de inscripción, especialidad, prioridad o tracto o nociva por previsión legal, y la insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente, puesto que la finalidad de la anotación es extender la exactitud y el conocimiento del Registro hasta donde sea posible»[19]. García García ha aportado el criterio que creo más razonable, atendiendo al de la prioridad y al de la retroactividad, que resume así: «Motivos de suspensión o defectos subsanables son aquellos que permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo ser superados, enmendado o subsanados con efecto retroactivo, ganando eficacia definitiva la citada fecha de prioridad del asiento de presentación. Motivos de denegación o defecto insubsanable son aquellos que, aun pudiendo subsanarse o enmendarse, no permiten mantener la fecha de prioridad registral más allá de la duración de las ciento de presentación, quedando borrada retroactivamente esa fecha cuando transcurra dicho plazo o sus prórrogas sin haberse desvirtuado la consideración del motivo de denegación como tal»; y, a partir de esas ideas, si bien en 1978 sostenía[20] que antes de la ratificación el contrato representativo comporta motivo de denegación por defecto insubsanable, porque la ratificación

no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero, posteriormente ha matizado su postura «[confirmando] la configuración de la falta de ratificación como defecto insubsanable cuando surjan terceros en el ínterin, sin perjuicio de la posibilidad de configurarlo inicialmente como defecto subsanable, susceptible de anotación preventiva, pero sin perjuicio de los terceros que inscriban en el ínterin, pues en tal caso el defecto subsanable se convertirá en insubsanable. A tal efecto, no estaría de más que cuando se extendiera anotación preventiva por defecto subsanable, a solicitud del interesado, se expresara que la misma se practica sin perjuicio de los derechos de terceros que puedan inscribir o anotar en el ínterin, con lo que de bien poco sirve esa anotación preventiva»[21]. GÓMEZ GÁLLIGO distingue según se trate de relación representativa en que no se justifique el poder o se trate de poder insuficiente, en cuyo caso adolece de defecto subsanable en la medida en que la actuación del apoderado puede ser ratificada (art. 1727-2.º CC), y el supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato (actuación de quien no es titular pero sin alegación de ser causahabiente o apoderado del mismo: art. 105 RH), supuesto que determinaría una calificación denegatoria (art. 20 LH), «ya que aunque el titular registral puede ratificar antes de ser revocado por la otra parte contratante (arts. 1259 y 1892 CC) tal ratificación no tiene efectos retroactivos en perjuicio de adquirentes de derechos intermedios, esto es, no se retrotrae los efectos de la ratificación al asiento de presentación primitivamente practicado (cfr. Resolución de la DGRN de fecha 3 de marzo de 1953)»[22]. Se inclina también por la tesis denegatoria ÁVILA NAVARRO, que cito ampliamente más adelante[23].

En la jurisprudencia registral también hay soluciones en ambos sentidos; y frente a cierta doctrina solvente, a sentencias del TS (como las de 31 de enero de 1978 y 22 de octubre de 1999) y Resoluciones de la DGRN que han puesto el acento en la no inscripción del negocio falso-representativo por la irretroactividad de la ratificación en perjuicio de terceros (véase la de 28 de mayo de 2013 y las en ella citadas), cabe presentar otras que sí apreciaron en aquel contrato un defecto subsanable: así, la de 3 de marzo de 1953, relativa a una cesión de bienes en pago de un crédito hipotecario, contempló y no desautorizó la suspensión de inscripción por insuficiencia de poder y anotación preventiva pertinente[24]; la de 24 de mayo de 1974 confirmó la calificación del registrador declarando subsanable el defecto discutido por ser posible la ulterior ratificación; igualmente calificaron aquel contrato como afecto de falta subsanable las Resoluciones de 20 de octubre de 1994 (mantuvo la calificación del registrador de defecto subsanable y anotación preventiva de suspensión en un caso de contrato de representante con poder extinguido, pendiente de ratificación), de 11 de diciembre de 1997, de 2 de diciembre de 1998 (porque hubo denegación definitiva de la inscripción «con la prioridad de la venta en el Registro»), de 9 de enero de 2003 (suspensión de la inscripción mientras no se acredite la representación o se ratifica la enajenación), de 25 de mayo de 2007 (anotación

preventiva de suspensión por defecto subsanable), entre otras. Son, en mi opinión, demasiadas Resoluciones esas, favorables a la calificación como defecto subsanable, para no prestarles más atención.

Por otro lado, las Resoluciones de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005 (citadas por la de 28 de mayo de 2013) dicen ser «criterio básico para diferenciar una u otra falta la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título una vez que sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables», de lo que deducen la relevancia de la retroactividad de la ratificación en la calificación del contrato falso-representativo. Disiento, sin embargo, de su valoración por cierta doctrina y aplicación en no pocos casos por el Centro Directivo. Me parece inadecuado aplicar de forma apriorista y tan enérgica (como *básico*) ese criterio de la relación retroactividad de la ratificación/protección de terceros porque la protección del eventual tercero no debe influir en la calificación inicial del contrato del *falsus procurator,* sino que debe llevarse al momento de la ratificación, por la ineficacia de esta si le perjudica, ya que tal ineficacia comporta su no retroactividad y frustra la prioridad de aquel contrato respecto de los derechos adquiridos *medio tempore* por tercero. Ello es congruente con el hecho de que la trascendencia de la ratificación dependerá de su propia eficacia/ineficacia, y si es ineficaz —sea por causa intrínseca o porque perjudica a tercero— no es retroactiva, con la repercusión dicha.

La cuestión, discutible, ciertamente, se ha debatido en otros foros profesionales. He aquí un planteamiento de esta cuestión entre registradores[25]: «*Ratificación presentada con posterioridad a una anotación preventiva:* Presentada escritura de dación en pago de deudas, se suspendió su inscripción por no acreditarse la existencia del poder a favor del representante del cedente, tomándose anotación preventiva por defecto subsanable a solicitud del interesado. A continuación se presenta una anotación de embargo dirigida contra el cedente, y con posterioridad se presenta la oportuna ratificación del contrato primeramente presentado por el cedente, solicitando la conversión en inscripción de la anotación por defecto subsanable que en su día se practicó. Surge la duda acerca de si la conversión se practicará arrastrando la anotación de embargo. Cabe recordar un supuesto muy similar contemplado por la Resolución de 3 de marzo de 1953 en el que la Dirección General estableció que, si bien la ratificación en general tiene efectos retroactivos *inter partes,* y constituye por sí una declaración de voluntad recepticia, referida a un negocio que no es propiamente inexistente, sino sujeto a una *conditio iuris,* frente a terceros no puede perjudicar los derechos legalmente adquiridos por ellos en el ínterin. No constando el poder en documento público, como exigen los artículos 1280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar al anotante por embargo, de modo que la Dirección General estimó la imposibilidad de conversión en este caso. En la reunión se concluyó,

pese a lo discutible de tal doctrina, dados los efectos propios de la anotación de suspensión, cuyo fin es precisamente poner a todos al corriente del estado de la finca mientras subsiste, haciendo las veces del asiento definitivo a que tiende y produciendo mientras el efecto de cierre a los títulos contradictorios (arts. 17, 20 y 71 LH), en la posibilidad de conversión pero arrastrando la carga de la anotación de embargo».

Veamos ahora más de cerca las dos posibilidades (razonamientos, crítica) de calificación del contrato falso-representativo.

3.2. Calificación del título como afecto de defecto subsanable

Junto a las razones recién apuntadas, tal calificación puede apoyarse en estas otras: *a)* la situación y eficacia jurídico-real del contrato del representante sin poder, aún provisional, está protegida por el artículo 1259-2.º del Código Civil (y el 1727-2.º), que prevé como natural la ratificación (y posible eficacia futura), lo que justifica la suspensión de la inscripción por defecto subsanable, atendiendo al criterio específico del contenido del título (art. 65 LH), porque en otro caso queda aquel desprotegido en el tráfico jurídico inmobiliario-registral; *b)* admitida sin objeción la inscripción del contrato sometido a condición suspensiva, ineficaz hasta tanto se cumpla el hecho condicionante y con eficacia retroactiva al producirse este (art. 1120 CC) —la cual no ha impedido aquella calificación—, no difiere mucho la del contrato falso-representativo, igualmente ineficaz y sujeto al cumplimiento de una *conditio iuris,* la ratificación —calificación que viene dándole la Dirección General de Registros en Resoluciones de 3 de marzo de 1953 y 25 de mayo de 2007, entre otras—; *c)* entiéndese —así lo considera la mejor doctrina especializada[26]— como defecto subsanable el del contrato anulable en cuanto susceptible de confirmación, de eficacia retroactiva y posible también de dar lugar a derechos de terceros adquiridos *medio tempore* —frente al contrato nulo de pleno derecho, de calificación denegatoria por insubsanable—; *d)* diferencias dogmáticas y funcionales aparte, el negocio falso-representativo es de mejor calidad jurídica que el anulable, inválido este y solo ineficaz aquel, que no «nulo» —su defecto no es *de* (sino *en*) un elemento esencial (igual que en el anulable)—, y aptos ambos de ser sanados por medio de una declaración de voluntad del interesado: no se comprende bien un trato tan diferente que derivaría de la calificación de defecto insubsanable del contrato representativo, no obstante ser distinto el régimen de su retroactividad[27]; *e)* en el plano registral, dado que interesa sobre todo la exactitud de los libros del Registro y la publicidad (aun provisional) de los actos y contratos de contenido jurídico-real tipificados y protegidos por el ordenamiento jurídico (cfr. art. 1259 CC), la presunción sobre el juego futuro de la retroactividad de la ratificación debe ser a favor de la subsanabilidad del defecto (Resolución de 24

de octubre de 2001), y la insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente (ARNÁIZ EGUREN).

Creo que la interrelación de la eficacia retroactiva de la ratificación y la protección de esos terceros —razón invocada para calificar como defecto insubsanable— es susceptible de otra interpretación y argumentación:

a) En cuanto a su influencia en dicha calificación debe tomarse en consideración en los términos del artículo 65 LH (atenderá el registrador al contenido, las formas y solemnidades el título y a los asientos del Registro con él relacionados). Pues bien: por lo que respecta al «contenido» aludido, entra en juego la retroactividad del negocio; y dado que el del *falsus procurator* puede tener eficacia retroactiva si hay ratificación, antes de esta convalidación, cuando nada se sabe sobre una eventual ratificación retroactiva, es merecedor de suspensión por defecto subsanable; porque si no es retroactiva en caso de perjuicio de tercero, la calificación definitiva de la ratificación posterior deberá ser negativa ya que no sana el negocio representativo con fecha del asiento de presentación sino con la de la ratificación, y al ser de fecha posterior a la de la adquisición de derechos por el tercero, se imponen estos por su prioridad sobre los efectos del contrato ratificado (referidos al momento de la ratificación).

b) Por otro lado, la valoración y repercusión jurídica de la retroactividad y la protección de terceros es propia de otro momento cronológico y jurídico (quizá, incluso, de discusión ante los tribunales), cuestión de Derecho material en la que no debe interferir el razonamiento de tipo formal-registral de la calificación positiva (defecto subsanable) o negativa del contrato del *falsus procurator;* porque el calificar como defecto insubsanable puede dejar prejuzgado el conflicto de intereses subyacente dando primacía a los eventuales derechos de tercero —que, además, no siempre la merecen—, lo que no compete al registrador sino a los tribunales (cfr. Resolución de 24 de octubre de 2001, que manejó un argumento parecido, y dijo que «en caso de duda, los defectos han de considerarse subsanables, pues, si por error, un defecto insubsanable se considera subsanable, en definitiva no podrá subsanarse»). La calificación, «limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción» (art. 101 RH) no debe afectar a las consecuencias estrictamente sustantivas del negocio[28].

La calificación negativa de dicho contrato como afecto de defecto insubsanable porque puede ir contra los derechos adquiridos por tercero, con la generalidad que algunos pretenden, puede cerrar el Registro a muchos contratos (y perjudicar a muchos contratantes) que nada tienen que ver con la aleatoria ilesión de ter-

ceros, ya que las más de las veces no los hay, y otras puede resultar ineficaz la ratificación por otra causa. Quede para ese caso y momento el enfrentamiento entre el negocio falso-representativo anotado (por defecto subsanable) y el acto o contrato celebrado *medio tempore,* cuyo conflicto y solución no siempre dependerá de la retroactividad de la ratificación, sino del juego funcional de otras reglas (por ejemplo, legitimación para ratificar, principio de prioridad registral). El control de legalidad de la calificación registral, exclusivamente a efectos de la publicidad registral (cfr. art. 101 RH), no debe entrar a considerar el eventual conflicto de intereses y la protección de uno determinado, el del tercero.

Por lo demás, la mecánica funcional registral es conocida: denegada la inscripción por defecto subsanable, queda constancia de la misma y de su fecha en el asiento de presentación en el Diario (art. 24 LH), y puede haber lugar a anotación preventiva (art. 42-9.º LH y concordantes) a petición del solicitante, con los efectos correspondientes, que no tengo que recordar[29]. Sobre ella incidirá la ratificación, que puede tener acceso autónomo al Registro de la Propiedad como acto susceptible de creación o modificación jurídico-real y relevancia registral[30]. Si la ratificación aparece en documento único (no acompañado por el originario cuya inscripción se suspendió) deberá contener, si no el contrato ratificado literalmente, sí los elementos esenciales y contenido material del mismo (perfecta identificación subjetiva y objetiva), con la remisión pertinente que proceda. Presentada en documento hábil y objeto de asiento de presentación en el libro Diario, se procederá a su valoración y calificación ulterior: (*i*) Si esta es positiva —por su retroactividad, caso ordinario— se lleva su contenido ratificatorio al asiento de anotación preventiva (si fue practicada) del contrato falso-representativo, al que completa y permite la conversión de la anotación preventiva en inscripción del contrato (válido y eficaz ya); a falta de anotación se acordará directamente la inscripción del contrato representativo. (*ii*) Si es objeto de calificación negativa porque su retroactividad perjudica a derechos legítimamente adquiridos por tercero que consten en el Registro, impedirá la inscripción del contrato representativo y quedarán a salvo efectivamente los derechos del tercero: solución que dieron la Resolución de 3 de marzo de 1953 y muchas otras que he citado. De todas formas, la incidencia de la ratificación sobre el contrato del *falsus procurator* y sobre los derechos del tercero dependerán del momento en que ella acceda al Registro: dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación de dicho contrato o de la anotación preventiva, o una vez caducado ese asiento.

3.3. Calificación como título con defecto insubsanable

Esta es la tesis que defiende, como regla general, Gómez Gálligo[31] —y que Ávila Navarro, P., hace suya[32]—: consideran que el contrato y escritura otorgados

sin poder suficiente determinaría «una calificación denegatoria (art. 20 LH), ya que aunque el titular registral puede ratificar antes de ser revocado [el contrato] por otra parte contratante (arts. 1259 y 1892 CC) tal ratificación no tiene efectos retroactivos en perjuicio de adquirentes intermedios, esto es, no se retrotrae los efectos de la ratificación al asiento de presentación primitivamente practicado (cfr. Resolución de la DGRN de fecha 3 de junio de 1953)»[33]. A partir de ahí añade ÁVILA NAVARRO que «no puede admitirse una anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable (como la había en el caso de la Resolución [de 1953]; el defecto es insubsanable), ni se puede admitir que la ratificación se aporte al Registro como un documento complementario, como si fuera la copia del poder, bajo el mismo asiento que el acto ratificado; la ratificación debe ser objeto del nuevo asiento de presentación, como otorgamiento sustancial que es, y ese nuevo asiento es el que definirá la prioridad de toda la actuación del gestor frente a los actos posteriores a ella»[34].

No obstante el respeto que me merecen estas valiosas opiniones, sigo pensando: (*i*) que la retroactividad de la ratificación que tomar en consideración a la hora de la inicial calificación del contrato falso-representativo es la de la ratificación en caso ordinario —que permite la suspensión de la inscripción por defecto subsanable y anotación preventiva—, no la negativa, que solo procedería cuando aparezca perjuicio de tercero a la llegada de la ratificación al Registro, momento en que procederá la calificación negativa (por el perjuicio del tercero que accedió al Registro *medio tempore*): fue precisamente esa la forma en que resolvieron el problema las Resoluciones de 3 de marzo de 1953, 11 de diciembre de 1997, 2 de diciembre de 1998, 25 de mayo de 2007, entre otras; y (*ii*) que dicho contrato —que la jurisprudencia viene considerando como válido, aun ineficaz (cfr. sentencias de 23 de octubre de 1980, 27 de marzo de 1987, 11 de octubre de 1990 y 18 de febrero de 1992), pendiente de la *conditio iuris* de su ratificación— no es contrato nulo (como dice el art. 1259-2.º, culpable quizá de la tesis contraria), sino imperfecto, negocio de formación sucesiva, cuya perfección reconoce nuestro ordenamiento como algo normal y por ello lo protege (art. 1259-2.º CC): de ahí mi propuesta anterior de interpretar tal situación y su calificación (negativa) a favor de la subsanabilidad del defecto.

Una perspectiva desde la que podrían surgir dificultades para la tesis que propongo sería por culpa de los efectos de la anotación preventiva de suspensión, cuya finalidad y función se basa en la retroactividad de la inscripción futura, con lo que solo se justificaría en la posible aparición de derechos de tercero: que no sean protegidos estos mientras el negocio falso-representativo sea ineficaz[35]. En esa inteligencia no parece, ciertamente, muy clara la eficacia-utilidad de la anotación preventiva —GARCÍA GARCÍA lo dice de otra manera: «…con lo que de bien poco sirve esa anotación preventiva»—, porque si se practica un asiento intermedio a favor del tercero (anotación de embargo, por ejemplo) sería necesaria una nueva calificación de la ratificación dando prioridad a ese tercero, y la

anotación de suspensión apenas habría servido para nada —sería una anotación condicionada a que no surjan derechos de terceros, cuando su finalidad esencial se funda precisamente en la posibilidad de que aparezcan estos—.

Ello no obstante, creo que sigue habiendo razones para defender la oportunidad de la calificación de referencia como defecto subsanable: *a)* Unas veces no habrá anotación preventiva del mismo (es solo a petición de parte), con lo que no ha lugar a aquella objeción, y la sola nota de suspensión da al contrato la publicidad provisional y protección registral en congruencia con la sustantiva *ex* artículo 1259 del Código Civil (garantiza una retroactividad de la inscripción si llega la ratificación). *b)* Si se practica la anotación preventiva de suspensión y no hay derechos adquiridos del tercero se amplía el plazo (cfr. arts. 17 y 96 LH) para el acceso al Registro de la ratificación —en realidad, no tanto por la sola anotación preventiva sino por la posibilidad de su prórroga—, con beneficio para el contrato y titular correspondiente, amén de la publicidad y protección provisional dichas. *c)* Si hubo anotación de suspensión y luego derechos adquiridos por tercero, cuando llegue la ratificación hay que calificarla (por su valor sustancial y ser objeto del nuevo asiento) en relación con el contrato falso-representativo y con los derechos de tercero: cierto que habrá servido para poco dicha anotación —porque la prioridad que hubiera debido garantizar cede ante los derechos de tercero—; pero esa inocuidad-inutilidad de la anotación de suspensión es un mal menor (una disfunción del sistema registral tal como está regulado: no es el único caso) frente a otros mayores si se pone nota de defecto insubsanable (no publicidad provisional, desprotección registral del adquirente de derechos por medio de ese contrato hasta la ratificación).

4. COMPATIBILIDAD DE LA RETROACTIVIDAD «SIN PERJUICIO DE TERCERO» CON LA SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO FALSO-REPRESENTATIVO

Me ocupo de esta concreta cuestión, aun a riesgo de repetir cosas dichas y argumentos ya expuestos, porque alrededor de ella giran buena parte de los razonamientos de la doctrina, de numerosas sentencias y de resoluciones traídas aquí para justificar una posición distinta de la que vengo sosteniendo.

En mi opinión, son perfectamente compatibles la suspensión de la inscripción del negocio falso-representativo por defecto subsanable y el principio de la retroactividad de la ratificación «sin perjuicio de tercero», en la que prestigiosos registradores y el Centro Directivo ven el principal obstáculo a la calificación de dicho contrato como inficionado de defecto subsanable. Mi diferente criterio al respecto radica en la generalidad y (aparente, al menos) uniformidad con que abordan la cuestión, frente a lo que yo pienso que hay que contemplar dos hipótesis y situaciones: el caso tipo, de genérica eficacia retroactiva de la rati-

ficación, y el específico (más que excepción) de la adquisición *medio tempore* por tercero de derechos, en que no ha lugar a retroactividad.

Para mejor ilación de mi razonamiento no será impertinente aludir en primer lugar —porque condiciona la argumentación— a la naturaleza y situación específica de aquel negocio, sobre todo en su estadio inicial, antes de la ratificación, y juego funcional de esta.

En efecto: Una de las cuestiones que influyen en el discurso jurídico sobre cualquier problema relativo al contrato de representante sin poder suficiente, tanto en el orden sustantivo como en el registral, es el de su particular naturaleza estructural y funcional. Entre las muchas explicaciones y teorías al respecto parece predominante hoy la que ve en él un contrato de formación sucesiva pendiente de su culminación con la ratificación, que le proporciona la declaración de voluntad que le faltaba, sin la cual no puede vincular al representado (ineficaz, por tanto, por inacabado)[36]; negocio ese que se desarrolla dentro de coordenadas de corrección jurídica (cfr. art. 1259 CC), cuya situación antes y después de la ratificación protege nuestro ordenamiento, que lo contempla con relativa normalidad —la realidad jurídico-social lo confirma—, no como algo patológico o anormal.

Esa perspectiva y consideración implica: (*i*) que su esquema estructural y funcionamiento, adecuados a Derecho (precepto recién citado), no pueden ser ignorados, y su tratamiento jurídico-práctico no tiene que ser rigurosamente igual que el del contrato ordinario, de formación instantánea —por lo que es inadecuado hablar de «inexistencia» del contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación (como dijo la Resolución de 2 de diciembre de 1998, que cita y hace suya la de 28 de mayo de 2013) sin matizarla o explicarla—, sino que deberá adaptarse a su especificidad tanto en su etapa inicial —en que hay contrato iniciado, iter negocial válido, con ciertos efectos provisionales— como en el momento de su terminación (el de la ratificación); (*ii*) ese contrato merece protección jurídica en ambos momentos, aun no exactamente igual a la del contrato ordinario: es un negocio tipificado en el Código Civil, válido (no nulo) pero ineficaz; situación que no difiere demasiado de la de otros negocios válidos e ineficaces por depender del cumplimiento de un hecho incierto, sea condición voluntaria o *conditio iuris*; (*iii*) en la consideración definitiva del contrato falso-representativo adquiere particular relevancia el momento y mecanismo de su perfección y efectos por medio de la ratificación, con su eficacia retroactiva (caso ordinario), o no retroactividad si hay perjuicio de tercero (pero esto solo cuando haya tercero y haya perjuicio); eventualidad esta última que funciona no como supuesto y categoría general, sino en tanto que límite a la regla general de la retroactividad —que muchos consideran absoluta, con límites (más que excepción institucional) basados en el juego ordinario de otros principios y reglas—; (*iv*) las disfunciones o explicaciones no convincentes de la mecánica de la anotación preventiva de suspensión (un *posterius*) no deben interferir la

decisión (un *prius*) sobre la calificación negativa (denegación o suspensión de la inscripción), ya que tal calificación debe hacerse en función del título material *a se* y protección registral que merece, no en función de situaciones eventuales (posibles derechos de tercero) e hipótesis futuras (verosímil anotación preventiva).

Con tales presupuestos como punto de partida, creo que se puede enfocar la cuestión registral en estos términos:

a) En el momento de la presentación de la escritura del contrato representativo en el Registro reúne los requisitos de título material apto para su acceso e inscripción (art. 2 LH) y ser tomado en consideración a los efectos del artículo 65 LH: no para su inscripción directa, desde luego (es contrato imperfecto aunque sanable) pero sí para la suspensión de la inscripción por defecto subsanable (razones antes expuestas).

b) El único obstáculo para la eficacia de ese contrato es que la retroactividad de su ratificación pueda perjudicar a los derechos legítimamente adquiridos por tercero, lo cual está vedado por la regla jurisprudencial conocida; pero este obstáculo es eventual, y constituye limitación a la regla general: mientras no aparezca formalmente el hecho obstativo, opera la regla de la validez del contrato con su eficacia típica suspendida.

c) El tratamiento registral de dicho contrato debe ser paralelo al sustantivo, y en congruencia con su naturaleza y su situación aludida: la que tiene antes de la ratificación, no en función de una eventual adquisición de derechos por terceros (que ya se tendrá en cuenta cuando existan).

Aun así, la protección de los terceros queda a salvo, tanto por el juego de los principios generales (de buena fe, de prioridad registral, etc.) como por la ineficacia de la propia ratificación según la regla de la irretroactividad en perjuicio de tercero; ineficacia esa a que ha lugar solo si hay, efectivamente, derechos adquiridos por tercero *medio tempore,* por lo que no procede tomarla en consideración antes y con carácter general y apriorista. De ahí mi desacuerdo con el razonamiento de cierta doctrina y de la Dirección General, que aplican con carácter general (¿cuestión de principio?) la irretroactividad de la ratificación en perjuicio de tercero para deducir (con la misma generalidad) la calificación de defecto insubsanable del negocio falso-representativo —obsérvese el FJ 4 de la Resolución de 28 de mayo de 2013, y de las de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013, a que se remite—, y con el argumento genérico de otras Resoluciones: aquel «un criterio *básico* para diferenciar una u otra falta […]». Este último razonamiento puede tener aplicación a otros casos (que los hay), pero no —en mi opinión— al del contrato falso-representativo, en que la posibilidad de retroactividad, o no, viene condicionada por la aleatoria aparición de perjuicio de tercero, con lo que la calificación de defecto insubsanable quedaría subordinada al caso efectivo de tal perjuicio.

La solución que propongo responde razonablemente y de acuerdo con los parámetros legales a las *dos hipótesis* que sugiero distinguir: *a*) mientras no quede acreditada la existencia de derechos de tercero adquiridos *medio tempore,* y *b*) el supuesto en que hayan aparecido y consten registralmente estos derechos.

Sub *a)* En el primer caso, general, la escritura de contrato falso-representativo podrá y deberá ser calificada en principio como con defecto subsanable, dando lugar a suspensión de la inscripción y en su caso a anotación preventiva a la espera de la ratificación, momento en que, si llega, queda subsanado el defecto que motivó aquella suspensión, y se procederá a la inscripción del contrato —si hubo anotación preventiva, por conversión de esta en inscripción—, cuya fecha, «a todos los efectos que esta pueda producir», será la del asiento de presentación (art. 24 LH).

Sub *b)* Si antes del ingreso de la ratificación en el Registro acceden a este derechos de tercero, no habrá lugar a tomarla en consideración en ese orden por su no retroactividad en perjuicio de tercero. Esa ratificación es jurídicamente ineficaz frente a tercero y, por tanto, a efectos registrales, lo que justifica su calificación negativa.

5. REFERENCIA DE LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2013: ACUERDOS Y DESACUERDOS

Es evidente que la argumentación de la Resolución de 28 de mayo de 2013 está pensada eminentemente y va referida a la situación jurídica concreta que ella contempla y conflicto que pretende resolver; para los cuales, y respecto de la solución final que da a ese caso, poco tengo que objetar: a la hora de la calificación registral de la escritura de la primera hipoteca, deficiente de ratificación[37], ya había sido presentada en el Registro la escritura de la segunda hipoteca, por lo que era ostensible la adquisición por tercero (segundo prestamista) de derechos legítimos *medio tempore* (la única ratificación tuvo lugar semanas más tarde). En esas circunstancias era inevitable denegar la inscripción de la primera hipoteca, por la irretroactividad de la ratificación, como así decidió —con muy correcta y fundada argumentación— la registradora en su calificación y confirmó luego la Resolución comentada.

Mi objeción fundamental se refiere sustancialmente a estos aspectos —ya lo anticipé, e insisto porque me parece importante en esta consideración final—:

a) La generalidad y rotundidad con que se califica como afectada de defecto insubsanable la escritura de contrato de representante sin poder, tanto en esta Resolución de 28 de mayo de 2013 como en las de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013 (y otras que ellas citan), pues

creo que no siempre deberá hacerse de ello regla general y solución uniforme, y que sería más procedente distinguir los casos de negocio falso-representativo simple, sin aparición de derechos de tercero, y aquellos otros en que surjan estos derechos, en los términos recién aludidos.

b) La importancia que dichas Resoluciones dan, también con carácter general, al criterio de la retroactividad en la calificación de los defectos como subsanables o insubsanables, criterio que algunas Resoluciones (las de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005, que las recientes mencionadas citan y hacen suyo) dicen ser «básico» para diferenciar una u otra falta. Aunque es evidente la importancia de dicho criterio y de la retroactividad a efectos de la calificación registral, disiento de aquellas en la relevancia primordial que se le da y el juego general e indiscriminado atribuido, lo que no coincide (y en algún caso puede contradecir) con los criterios que apunta el artículo 65 LH ni con la limitación de los efectos de la calificación a los de extender, suspender o denegar la inscripción más la posibilidad de procedimiento judicial sobre la validez o nulidad del título, cuyo resultado no prejuzgará (art. 101 RH): pues la denegación sistemática y apriorista de la suspensión de la inscripción del contrato falso-representativo va a prejuzgar en la práctica, en no pocas ocasiones, la eficacia de este título material; amén de dejar sin protección registral un contrato tipificado y que el Código Civil protege especialmente en su fase de pendencia y de eficacia provisional limitada.

c) La excesiva reiteración, sin novedad alguna en el razonamiento, de viejos esquemas y argumentos, con la reproducción de alguna jurisprudencia (poco original en esta materia) y muchas Resoluciones anteriores, autorreproductivas y «endogámicas». Tanto aquella como estas han sido demasiado parcas en la justificación de cuestiones tan debatidas como las que ahora me ocupan —que en otros ámbitos científicos, legales y judiciales han merecido amplia atención y debates—. Hay, por otra parte, situaciones y perspectivas (por ejemplo, ratificaciones ineficaces por defecto estructural, o por legitimación insuficiente, y no plena) que han pasado inadvertidas, o han quedado parificadas, en las muchas Resoluciones que cita la que ahora comento.

d) Desacuerdo también con la afirmación jurisprudencial y de la Dirección General (innúmeras Resoluciones) en el sentido de que la retroactividad de la ratificación es plena *inter partes* y no afecta a terceros; porque (*i*) la «plenitud» aludida es variable dentro de una amplia gama de supuestos (tipo de contrato, protagonistas), los interesados pueden modularla (no es regla de Derecho imperativo, sino dispositivo), queda subordinada a su corrección temporal y formal cuando la relación jurídica sobre la que proyecta sus efectos está sometida a un plazo

> concreto, y los efectos generales de la retroactividad de la ratificación respecto de la vida y avatares *medio tempore* del negocio son diversos; y (*ii*) la no afectación de la ratificación a terceros (derechos adquiridos) no depende siempre de la retroactividad de la ratificación, sino de la ineficacia de la misma (a veces, por otros motivos), y en ocasiones la protección de terceros no es por la no retroactividad de la ratificación, sino por otros mecanismos jurídicos de general protección de esos terceros.

Sorprende un tanto que la Resolución de 28 de mayo de 2013 no haga ninguna referencia ni haya aprovechado como argumento denegatorio el que en el contrato de la primera hipoteca hubo defecto de legitimación no solo por parte del banco prestamista (actuó un solo apoderado mancomunado) sino también respecto de la entidad prestataria, la cooperativa, representada en la ocasión por un mandatario verbal del que no consta qué representación tuviera ni que ratificara luego la representada[38]. La falta de esa segunda ratificación hace el contrato definitivamente ineficaz, y proporciona un argumento (complementario) para denegar su acceso al Registro con más energía que la irretroactividad de la ratificación habida.

También echo en falta que, siquiera fuera a efectos dialécticos, no haya tomado en consideración la Resolución de referencia la distinción que hace cierta doctrina prestigiosa entre el supuesto de ausencia absoluta de poder y el de poder insuficiente, caso este para el que GÓMEZ GÁLLIGO considera que adolece el contrato de falta subsanable «en la medida que puede ser posteriormente justificado el poder o puede ser el negocio ratificado por el dueño (cfr. art. 1727-2.º CC)». En el otorgamiento de la primera hipoteca actuó un solo apoderado mancomunado: había poder, pero insuficiente, porque se requería la actuación representativa de los dos apoderados. ¿Podría habérsele aplicado ese criterio y calificado como defecto subsanable? Aunque aquella distinción no me convence en un planteamiento general de la cuestión[39], hubiera sido interesante que abordara el Centro Directivo y diera su opinión al respecto —no tengo noticia de que lo haya hecho en ocasión anterior alguna[40]—, ya que no es un caso insólito y el problema ha quedado planteado por un autor calificado.

NOTAS

[1] He aquí la fundamentación de esta Resolución: «3. La ratificación de un contrato autorizado sin poder de representación o con extralimitación del poder, prevista en los artículos 1259 y 1727, párrafos segundos, del Código Civil, tiene, como la confirmación de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1309 y 1310 del Código Civil, remotos precedentes en la *ratihabitio* romana, y su concepto ha sido elaborado por la doctrina y desenvuelto por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 7 de mayo de 1897, con notas peculiares que

deslindan ambas instituciones y señalan sus características, si bien reconocen la analogía de algunos de sus efectos. La ratificación produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris;* y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia. Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros, como reconoce la jurisprudencia y gran parte de los comentaristas, y como se deduce también del artículo 184 del Código Civil alemán y prescribe el artículo 1399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución (sentencias del TS de 23 de octubre de 1980, 12 de diciembre de 1989 y 22 de octubre de 1999 y Resoluciones de esta Dirección General, de 3 de marzo de 1953 y 25 de mayo de 2007). En este sentido, la citada sentencia del TS, de 12 de diciembre de 1989, afirma que: "Es doctrina reiterada de esta Sala […]". En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia del mismo Tribunal de 22 de octubre de 1999. Y este mismo criterio es asumido, como no podría ser de otro modo, por la doctrina de este Centro Directivo, y en este sentido se pronuncia, entre otras, la Resolución de 2 de diciembre de 1998, según la cual: "de conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 del Código Civil […]". 4. Examinada la cuestión de la falta de efecto retroactivo de la ratificación en perjuicio de tercero desde una perspectiva no puramente civil, sino registral, las conclusiones anteriores se confirman. En efecto, como ha declarado este Centro Directivo en distintas ocasiones (vid. Resoluciones de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013), el artículo 65 LH establece que las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Esta distinción entre las dos clases de defectos, forma parte de la propia calificación registral, dando lugar a la suspensión de la inscripción en caso de defectos subsanables y a la denegación en caso de defectos insubsanables (cfr. arts. 19 bis-2.º, 65 y 66 LH, entre otros), y todo ello a los exclusivos efectos registrales conforme señala el artículo 101 RH, sin prejuzgar otros ámbitos. El primer efecto de la calificación de un defecto como insubsanable es la imposibilidad de extender anotación de suspensión. El artículo citado reseña de un modo orientativo los pautas a las que puede atender el registrador para calificar un defecto de un modo u otro: el contenido del documento, las formas y las solemnidades y los asientos del Registro. Como ha sostenido este Centro Directivo en numerosas Resoluciones (cfr. Resoluciones de 12 de mayo de 1992, 23 de octubre de 1999, 24 de octubre de 2001 y 30 de marzo de 2005) un criterio básico para diferenciar una u otra falta es la posibilidad de retrotraer a la fecha del asiento de presentación los efectos registrales del título una vez que sean removidos los obstáculos que impidieron la inscripción del mismo, retroacción que solo es posible en el caso de los defectos subsanables. Por el contrario, mediando un defecto insubsanable o motivo de denegación, y no de mera suspensión, no es posible mantener la prioridad derivada del asiento de presentación del título defectuoso, siendo definitiva la ineficacia registral del título. Se conjugan de esta manera los artículos 17 y 25 LH, precepto este último que considera fecha de inscripción para todos los efectos que esta deba producir la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, con el artículo 65 de la misma Ley. En los supuestos de negocio otorgado en representación de otro sin poder o con poder insuficiente el Código Civil considera que el negocio es nulo. Su posible ratificación ha llevado a considerar estos negocios bien como nulos, pero con una nulidad susceptible de convalidación; bien como negocio inexistente en tanto no se ratifique; o bien, por último, como un negocio sujeto a la *conditio iuris* de la ratificación (cfr. Resolución de 25 de mayo de 2007). Cualquiera que sea la posición que se adopte, se trata de un negocio incompleto en el momento de la presentación del título, con eficacia *inter partes* desde el momento que se produzca la ratificación y con inoponibilidad a terceros que hayan adquirido algún derecho en el «medio tempo». Todo ello conduce a la consideración del defecto como insubsananble. Si sustantivamente el negocio ratificado solo produce efectos *inter partes* y no frente a terceros,

con mayor razón y tomando en consideración el principio de prioridad, y la calificación del defecto como insubsanable, tampoco puede existir este efecto en el plano registral (fuera de ciertos limitados supuestos en que se admiten en nuestro Derecho negocios sobre el rango registral). Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999 y 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación inicial en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Esta doctrina debe ser aplicada cuando el defecto de un documento ha sido calificado como insubsanable, con posterioridad se presentan documentos contradictorios al mismo, y más tarde se presenta el documento que puede remover el obstáculo del que se presentó originariamente. Este último documento debería ser objeto de nueva presentación porque la prioridad registral operará desde que se verifique la última presentación practicada (cfr. Resoluciones de 20 de septiembre de 2012 y 7 de mayo de 2013).

[2] «Que los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la Resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código Civil alemán y prescribe el artículo 1399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución. Que la escritura de cesión otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios, según lo dispuesto en los artículos 1280-5.º del Código Civil y 3 LH, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada por el artículo 44 de dicha Ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica […]».

[3] En el mismo sentido, el artículo 1288-4.º de la *Propuesta de Modificación del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* de la Comisión General de Codificación (2009): «La ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos que, entre tanto, otras personas hayan adquirido».

[4] Discutida la cuestión entre los romanistas, se ha negado que el efecto retroactivo de la ratificación fuera el principio general para el Derecho clásico (cfr. WACKE, A., «*Ex post facto convalescere* en Derecho romano y Derecho alemán moderno», en *ADC,* 2000-4, pág. 1388), y parece que aquella se dio solo en el Derecho justinianeo, por considerarse interpolados los textos más conocidos del Digesto: D, 45, 8, 24, 1; D, 46, 3, 58, 2; D, 46, 3, 71, 2 (*postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est*). Así (Derecho justinianeo) aparece en C, 5, 16, 25, 2 (*de donat. int. vir. et uxor.*): *sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt*. Se discutió, por otra parte, si en Derecho romano tenía eficacia retroactiva la ratificación de la adquisición de la posesión por el gestor sin mandato, prevaleciendo la opinión negativa (SCIALOJA); y ya se estableció allí que la ratificación no puede perjudicar los derechos de terceros nacidos entre la conclusión del negocio por el gestor y el momento en que ella tiene lugar (D, 20, 1, 16, 1). El *ius commune* prestó especial atención a la retroactividad de la ratificación, fue muy debatida en él, tanto en lo que afectaba a tal generalidad (frente a casos concretos) como a su alcance: cfr. BERTOLINI, C., *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, cit., t. I. pág. 75 y sigs. —con referencia a la posición de CUJACIO y otros—; PACCHIONI, G., *Della gestione degli affari altrui,* Padova, 1935, pág. 464 y sigs.; y WACKE, A., *op. loc. cit.*

[5] *§ 184 BGB:* «La ratificación se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico, salvo que se haya dispuesto otra cosa. Mediante la retracción no devienen ineficaces las disposiciones sobre el objeto del negocio realizadas antes de la ratificación por el de ratificante, en el curso de la ejecución forzosa o derivada de embargo, o que ha llevado a cabo el administrador concursal». *Artículo 1399.2 del Código Civil italiano:* «La ratificación tiene efecto retroactivo, pero quedan a salvo los derechos de los terceros». *Artículo 268.2 del*

Código Civil portugués: «La ratificación está sujeta a la forma exigida para el poder y tiene eficacia retroactiva, sin perjuicio de los derechos de tercero». En cuanto al *Common Law,* cfr. Brown, I., *Commercial Law (Part One: The Law of Agency),* London (Butterworths), 2001, pág. 35 y sigs.

[6] Reconocen la retroactividad de la ratificación en la doctrina española, sin objeción alguna, entre otros, Traviesas, M., «La representación voluntaria», en *R.D.Priv.,* 1922, julio-agosto, pág. 207; Bonet Ramón, F., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en el *Código Civil* de Mucius Scaevola, t. XXVI-2.º, Madrid, 1951, pág. 506 y sigs.; Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español, común y foral,* t. I-2.º (14.ª ed., a cargo de De los Mozos, J. L.), Madrid [Reus], 1984, pág. 864; Manresa-Moreno Mocholí, *Comentarios al Código Civil español,* t. VIII-2.º, Madrid, 1967, pág. 468; Roca Sastre y Puig Brutau, «La gestión de negocios ajenos», en *Estudios de Derecho Privado,* t. I, Madrid, 1948, pág. 475; Núñez Lagos, R., «La ratificación», en *R.D.Not.*, 1956, pág. 45; Gullón Ballesteros, A., *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico,* Madrid [Tecnos], 1969, pág. 227 y sigs.; Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* t. I, cit., ed. 1983, pág. 419 (pág. 756, ed. 2009); Díez-Picazo, L., *La representación,* cit., pág. 238 y sigs.; Rivero Hernández, F., en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho Civil,* Barcelona, t. I-3.º [ed. 1990)], pág. 331; León Alonso, J. R., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales* (dir.: Albaladejo), t. XXI-2.º, 1986, pág. 393 y sigs. Muñoz de Dios, G., «La ratificación: retroactividad y derechos de terceros», en *La Ley*, 1984-2, pág. 1166 y sigs.; González Pacanowska, I., «Comentario a la sentencia del TS de 12 de diciembre de 1989», en *CCJC,* núm. 22 (enero-marzo de 1990), pág. 113 y sigs.; Serna Meroño, E., «Comentario al artículo 1259 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (dir.: Albaladejo), Madrid, 1993, t. XVII-1.º-A, pág. 537 y sigs.; Gordillo Cañas, A., «Comentario al artículo 1727 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991, t. II, pág. 1570; Badenas Carpio, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria,* Pamplona (Aranzadi Ed.), 1998, pág. 215 y sigs.; Colás Escandón, A. M., *La ratificación,* Granada (Ed. Comares), 2000, pág. 504 y sigs.

[7] «La ratificación o confirmación de un contrato —dijo la sentencia de 1897— lo convalida desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación» (se refería a contrato hecho por un tercero sin poderes para ello). Y la de 1940: «[…] lo que no obsta para que la ratificación tenga, en algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo como esta ser tácita […], y siéndole propio un efecto retroactivo, análogo al de la confirmación, según fue declarado por la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1897».

[8] Me refiero a las teorías de la ficción legal, elevada por el legislador a precepto positivo; la que dice que la retroactividad permite obtener una realidad jurídica actual equivalente a la que habría en el primer momento jurídico; la que dice tener valor meramente declarativo, no creador de efectos; la teoría de la voluntad presunta de las partes, que deviene fundamento de la retroactividad. Me he ocupado de estas cuestiones, tanto del fundamento de la retroactividad en general como del de la retroactividad de la ratificación, en *Representación sin poder y ratificación,* Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2013, pág. 489 y sigs. y 492 y sigs., con las citas pertinentes de doctrina nacional y foránea.

[9] Se inclinaron por la primera tesis, Bonet Ramón, F., *loc. cit.,* pág. 510; Díez-Picazo, L., *La representación,* cit., pág. 238; Colás Escandón, *La ratificación,* cit., pág. 519; también la jurisprudencia, en general, al pronunciarse en términos muy generales y sin distinciones: cfr. sentencias de 23 de abril de 1980, 12 de diciembre de 1989, 24 de octubre de 1997, 22 de octubre de 1999; y las Resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 1953, 2 de diciembre de 1998 y 25 de mayo de 2007. Cabe citar como partidarios de la segunda a Albaladejo García, M., *Derecho Civil,* t. I-2.º, ed. 1983, pág. 420 (t. I, págs. 756-757, ed. 2009), y antes, en «La representación», en *ADC,* 1958, pág. 795; Muñoz de Dios, G., «La ratificación: retroactividad y derechos de terceros», en *La Ley*, 1984-2, pág. 1166 y sigs.; González Pacanowska, *op. loc. cit.,* pág. 120 y sigs.; Serna Meroño, E., *op. loc. cit.*, pág. 538; Montés Penadés, V., en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona* (coord.: Blasco Gascó), Valencia, 2003, pág. 363. Cítase como primer autor que se ocupó de esta cuestión y habló de la retroactividad

de la ratificación como plena y completa *inter partes* y frente a terceros, a LABBÉ, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires* (París, 1856), pág. 27 y sigs.

[10] Para ENNECCERUS-NIPPERDEY el efecto retroactivo «se basa exclusivamente en la voluntad del ratificante, y esta voluntad no puede alcanzar a los derechos ajenos» (*Tratado de Derecho Civi1,* t. I, vol. 2.º-2.ª parte, ed. 1981, pág. 786).

[11] Interpretación esa de política jurídica que no convence a SCHRAMM, porque ello puede justificar la no retroactividad referida a las disposiciones del ratificante, pero no las de otras personas (cocontratante) (Coment. § 177 BGB, n. marg. 30, *Münchener Kommentar zum BGB*, Manchen [Verlag C.H. Beck], 2001). Este autor justifica el funcionamiento y límites de la retroactividad de la ratificación y protección de los terceros en la aplicación de las reglas generales, sobre todo de la relativa a la necesaria legitimación del *dominus* para la ratificación (que a veces no tiene ya en ese momento) y sus efectos: más que de límites de la retroactividad se tratará en no pocos casos de la eficacia (o no) de la ratificación.

[12] Justificación esa que no me convence: (*i*) ni el «rechazo jurídico de la injustificada posición de ventaja que así adquirirá el representado», porque si tal posición ventajosa viene avalada por la ley resulta ser legítima, y lo será efectivamente en no pocos conflictos de intereses entre el *dominus* (o el cocontratante) y el tercero; (*ii*) ni la expresión «inexistencia del contrato» referida al falso-representativo, porque hay contrato (de formación sucesiva) inacabado y, por tanto, solo ineficaz, situación protegida por el ordenamiento (art. 1259), con lo que dicha frase (completa) hace presupuesto de la cuestión.

[13] Esta cuestión de los límites de la retroactividad de la ratificación y derechos de los terceros es más compleja de lo que parece, y de la que se suele prescindir: así, cuáles son los derechos adquiridos por terceros, de qué «terceros» se trata, de quién adquieren y por medio de qué actos, etc.; cuestiones esas —muy discutidas en la doctrina alemana e italiana— en las que no es posible entrar aquí (de ellas me ocupé en *Representación sin poder y ratificación*, cit., págs. 509-515).

[14] Véase mi trabajo *Representación sin poder y ratificación,* cit., pág. 515 y sigs.

[15] Véase ampliamente en GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* t. III, Madrid (Civitas), 2002, pág. 573. Decenas de Resoluciones se han referido a la calificación por el registrador de la suficiencia o no del poder del otorgante del contrato calificado.

[16] Véase, como bibliografía básica, POVEDA MURCIA, J., «Faltas subsanables e insubsanables», en *RCDI,* 1942, pág. 5 y sigs.; ARNÁIZ EGUREN, R., «Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas», en *RCDI,* 1977, pág. 1025 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Motivos de suspensión y motivos de denegación (defectos subsanables e insubsanables)», en *RCDI,* 1978, pág. 189 y sigs.; y *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. III, *loc. cit.;* GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables,* Madrid, 1991, pág. 165 y sigs.

[17] SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario,* t. II, Madrid, 1955, pág. 174 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* t. III, Madrid (Civitas), 1995, pág. 392.

[18] Adoptó la primera posición en «De la representación», en *RCDI,* marzo abril de 1963, pág. 191. En sus *Comentarios a la Legislación Hipotecaria* (t. V, 1971, pág. 196) matiza (y aun parece cambiar) su posición anterior: «En este grupo de negocios [sujetos a ratificación], si bien falta un elemento esencial para que el mismo esté completo, no se está ante una nulidad […], y por tanto, es posible completar la constitución de aquel, añadiéndole el elemento que faltaba, pero sin necesidad de otorgar para ello un nuevo negocio jurídico que venga a sustituir a aquel que estaba en trámite de formación; pero, por otra parte, la actuación complementadora de aquel, aun presentada dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación del negocio jurídico incompleto, al no constituir una subsanación de un vicio de aquel que lo hiciera anulable, no retrotrae sus efectos, respecto a terceros ajenos a la obligación, a la fecha de aquel asiento de presentación, sino que dichos efectos se originan desde el momento en que se complete el elemento que faltaba, y en el orden registral, concretamente desde la

presentación de este último documento, con lo cual esta presentación tendrá que recogerse en el oportuno asiento al efecto, y no por nota al margen del asiento de presentación que originó el documento incompleto antes presentado. Ejemplo típico de este supuesto es el recogido en el artículo 1259 del Código Civil».

[19] Los criterios aludidos son: (*i*) tener en cuenta no solo el título considerado en sí mismo sino el asiento futuro que ha de practicarse; (*ii*) tomar en consideración no ya la ineficacia en sí misma sino en cuanto haga imposible un régimen de publicidad registral de carácter interino; (*iii*) puesto que la preocupación del legislador en esta fase no consiste en cerrar el Registro al título defectuoso sino en extender la exactitud de los libros y su conocimiento hasta donde sea posible, la presunción, lógicamente, debe recaer a favor de la subsanabilidad de las faltas; por tanto, el registrador solo debe negar la publicidad provisional cuando ella sea inoperante o perturbadora («Notas al art. 65 de la LH. La clasificación de las faltas», *loc. cit.,* págs. 1239-1240 y 1246).

[20] En su trabajo, «Motivos de suspensión y motivos de denegación (defectos subsanables e insubsanables)», *loc. cit.*

[21] Cfr. su *Derecho Inmobiliario Registral o hipotecario,* cit., págs. 892 y 907.

[22] *Op. cit.,* pág. 199.

[23] *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral),* Madrid (Civitas), 1992, págs. 169-170.

[24] Resolución mal citada con frecuencia por olvidarse ese dato y destacar solo la denegación de la inscripción definitiva por la anotación de embargo *medio tempore* a que hubo lugar, en cuya cuestión centró su argumentación.

[25] *Lunes Cuatro Treinta,* núm. 206, febrero de 1997, presentado por la registradora C. Carbonell Llorens en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, de junio de 1997.

[26] Véase García García, *op. cit*., pág. 898 y sigs.; y Gómez Gálligo, *op. loc. cit.,* pág. 112.

[27] La retroactividad en la confirmación del contrato anulable en nuestro ordenamiento es absoluta, *erga omnes:* el contrato anulable y luego confirmado vale también para los terceros adquirentes de derechos *medio tempore* como si desde el principio careciera de vicios —así, Delgado Echeverría-Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos,* Madrid (Dykinson), 2005, pág. 358; y De Castro, F., *El negocio jurídico,* Madrid, 1971, págs. 514-515— y, por tanto, les será oponible. Idéntico tratamiento diferente en la jurisprudencia, que sostiene el carácter «forzosamente retroactivo» de la confirmación frente a la salvedad de los derechos de los terceros en la ratificación (cfr. sentencia de 25 de junio de 1946). Creo, por mi parte, que el régimen de la retroactividad es, en efecto, diferente para uno y otro acto, pero menos de lo que parece, porque en muchos casos será inevitable la protección del tercero de buena fe afectado por la confirmación, siquiera sea por otro mecanismo jurídico y en forma de indemnización por los perjuicios sufridos por la validez y eficacia de un negocio anterior que se le ocultó.

[28] Cfr. García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* cit., pág. 447: «Por tanto, la calificación registral no afecta a las consecuencias estrictamente civiles de la declaración de voluntad realizada, ni tampoco a la eficacia *inter partes* de las declaraciones ni de las resoluciones judiciales o administrativas. Su eficacia se produce en relación con los asientos registrales, y no con los actos o negocios a que dichos asientos se refieren, sin perjuicio de que, indirectamente, estos puedan quedar afectados por la eficacia que el asiento registral produzca en ellos». «La calificación —añade en la pág. 449— deja a salvo la existencia del acto o negocio jurídico. La calificación registral se produce en un momento en que el acto o contrato ha nacido ya en base a las declaraciones de voluntad de las partes. En consecuencia, la calificación registral no impide el nacimiento de dicho acto, ni afecta a la autonomía de la voluntad». «Este control de legalidad es exclusivamente a efectos de la publicidad registral, o sea, como dice el artículo 101 del RH…» (pág. 450).

[29] Cfr. Gómez Gálligo, F. J., *op. loc. cit.,* pág. 130.

[30] Sobre el acceso al Registro de la ratificación antes que el contrato ratificado, véase la Resolución de 7 de mayo de 2013.

[31] *Op. cit.,* pág. 199.

[32] *La representación con poder,* cit., págs. 169-170.

[33] Dice más adelante Gómez Gálligo: «Como se dijo anteriormente, los supuestos de irrelevancia del negocio en la esfera del titular, celebrados por quien carece de poder, deberán calificarse de falta insubsanable, conforme al artículo 20 LH, ya que aunque son susceptibles de ratificación (art. 1259 CC) no perjudica los derechos intermedios. Así, según la Resolución de la DGRN, de 3 de junio de 1953, la falta de ratificación por el titular registral supone que el negocio se encuentre en un estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris,* la ratificación, que una vez verificada tendría efectos retroactivos, pero sin perjuicio de terceros, porque el negocio carecería en su origen de plena eficacia; así, no quedarían perjudicados los anotantes intermedios entre el otorgamiento y la ratificación». Muestra este autor su desacuerdo con la Resolución de 24 de mayo de 1974, y añade: «Precisamente, en base a la posibilidad de ratificación, se defiende en este trabajo el carácter subsanable del negocio irrelevante, incluso perjudicando los derechos de terceros adquiridos en el ínterin, como postura más acorde con el principio favorable a la calificación suspensiva que se defiende aquí cuando se alegue por el otorgante la posibilidad de ratificación por existir una relación de representación voluntaria con el titular y se solicite anotación preventiva del título (así lo exige el art. 105 RH para un supuesto análogo: que el otorgante sea causahabiente del titular registral). Se trata de defender la fuerza vinculante que la ley atribuye a las manifestaciones de los otorgantes como se estudia en el lugar correspondiente. Se resuelve así un problema complejo respecto al conflicto con los derechos de terceros, ya que al presentante se le han concedido (fruto de la calificación suspensiva) los días de vigencia del asiento de presentación para la subsanación de los defectos, y mal entiende que entretanto se le puedan anticipar otros derechos […]» (*op. cit.*, pág. 201).

[34] *Op. loc. cit.*

[35] Esa sugerencia me hace mi amigo registrador J. L. Valle Muñoz conversando acerca de los problemas y la mecánica registral del acceso al Registro de la Propiedad del contrato falso-representativo, sugerencia atinada —que agradezco—, aunque me permita no compartir plenamente las conclusiones a que lleva.

[36] Con mis excusas por la autocita, debo remitirme de nuevo a mi *Representación sin poder y ratificación,* cit., pág. 158 y sigs.

[37] De dos ratificaciones necesarias, pues por parte del banco acreedor solo intervino uno de los dos apoderados mancomunados, y por parte de la cooperativa prestataria un mandatario verbal que no acreditó su representación.

[38] Así resulta de la propia Resolución: no aparece entre los hechos relevantes que recoge ni en la descripción fáctica de la registradora, quien dice al respecto en su fundamentación jurídica: «ratificación que no se acredita en el caso de la presente calificación».

[39] En el fondo, a efectos jurídico-materiales, no difiere la situación del representante sin poder suficiente (art. 1727-2.º) de la de quien carece de todo poder (art. 1259-2.º), pues en ambos casos se trata de representación no legitimada que no vincula al representado con el cocontratante, y para los que la ratificación cumple idéntica función negocial, dar eficacia al contrato falso-representativo. La diferencia entre ambos supuestos se limitaría a la relación interna (representante-representado), que no trasciende a lo que interesa en el orden y para la publicidad registral; y ambos supuestos deben tener idéntica calificación. El problema y el debate deben plantearse en otro terreno, en el de Derecho material (naturaleza, estructura del contrato) más que en el registral-formal, y reservar el conflicto de intereses (por la retroactividad o por la ineficacia de la ratificación), si llega a haberlo, a instancias judiciales.

[40] En efecto: la sentencia del TS, de 7 de abril de 1989 (y alguna otra) se refirió al caso de poder verbal y defecto de su acreditación en documento auténtico, lo que es cuestión distinta de la aludida en el texto.

(Trabajo recibido el 29-10-2013 y aceptado para su publicación el 15-11-2013)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 4-10-2013
(BOE 7-11-2013)
Registro de Pontevedra, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA COMUNIDAD.

La comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, por lo que no es posible que realice como tal la compra de uno de los departamentos del edificio. Si, como afirma el recurrente en su escrito de impugnación, de lo que se trata es de una adquisición de la finca por todos y cada uno de los propietarios de las restantes, de suerte que aquella constituya un «departamento procomunal», *pro indiviso,* es imprescindible que tal configuración, con capital relevancia en el régimen jurídico aplicable, quede expresada en la escritura, configurándose así en el título constitutivo.

Resolución de 7-10-2013
(BOE 7-11-2013)
Registro de La Coruña, número 6

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos») que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente o por órgano administrativo de ejecución, opera *ipso iure,* una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde

entonces de todo efecto jurídico. Según este criterio, los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana.

Resolución de 7-10-2013
(BOE 7-11-2013)
Registro de Lalín

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: ANULACIÓN DE TÍTULO INSCRITO.

Habiéndose declarado por sentencia firme la nulidad del acto de aportación al procedimiento de concentración parcelaria es procedente la cancelación de las operaciones registrales realizadas, pero para practicar nuevas inscripciones será necesario que el Servicio de Concentración Parcelaria expida los títulos correspondientes.

Resolución de 8-10-2013
(BOE 7-11-2013)
Registro de Antequera

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SENTENCIA DICTADA EN PROCESO EN QUE NO INTERVIENE EL ACTUAL TITULAR REGISTRAL.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada respecto de una sentencia cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido el actual titular registral de la finca. De forma concorde con lo expuesto, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (cfr. art. 82 de la LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha reconocido la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia citada de 16-4-2013.

Resolución de 8-10-2013
(BOE 7-11-2013)
Registro de Benavente

DERECHO DE VIZCAYA: TESTAMENTO POR COMISARIO.

Tanto la atribución de bienes en pleno dominio, como la exclusión o liberación de la condición impuesta al cónyuge sobreviviente y comisario, exceden con claridad de las facultades atribuidas a este, pues la Ley Foral 3/1992 impone como primer canon a que ha de sujetarse el desempeño del cargo de comisario «lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio», remitiéndose

tan solo en defecto de disposición testamentaria a las facultades que al causante corresponden conforme a los preceptos de la citada Ley. Y en este sentido ha de recordarse que las facultades de interpretación del testamento por parte de contador o comisario, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, lo son siempre que no se extralimiten del tenor del propio testamento (cfr. Resoluciones de 21-3-2005 y 29-1-2013). Será por tanto necesario el concurso del comisario y de todos los integrantes de la comunidad hereditaria para poder acordar la conmutación, y, siempre que ellos sean los únicos favorecidos por el eventual cumplimiento de la condición, dejar sin efecto la misma.

Resolución de 9-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de La Coruña, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: OBJETO.

No cabe practicar anotación de embargo sobre el derecho que el promotor de un edificio se reservó al constituir la propiedad horizontal, y que consistía en: El promotor se reserva el derecho de adjudicar el uso y disfrute de la cubierta en todo o en parte a favor del titular o titulares de las viviendas situadas en las plantas bajo cubierta del edificio. La reserva lo es de una facultad personalísima y dependiente exclusivamente de la voluntad de su titular y por lo tanto intrasmisible. Su constancia registral tampoco puede tener más valor que el de una simple mención de un derecho sin naturaleza real.

Resolución de 10-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de Ibiza, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: EJERCICIO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA.

No puede inscribirse en el Registro de la Propiedad una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia derivada del ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa cuando el deudor se encuentra en concurso y del Registro consta dicha circunstancia sin un previo pronunciamiento del juez de lo Mercantil sobre el carácter no afecto del bien correspondiente. Por todo ello, no puede estimarse el recurso, si bien debe entenderse que, como se expresa para un supuesto análogo en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 361/2013, de 4 de junio, la calificación registral negativa del título judicial presentado no implica su nulidad o invalidez jurisdiccional, por lo que en el presente caso cabe la eventual subsanación del defecto apreciado mediante el pronunciamiento por parte del juez del concurso del que resulte que la finca referida no está afecta a la actividad profesional o empresarial del concursado como necesaria para la continuidad de dicha actividad.

Resoluciones de 10 y 17-10-2013
(BOE 13 y 21-11-2013)
Registro de Málaga, número 10

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.

Resolución de 11-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de Castellón de la Plana, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA DE BIENES HIPOTECADOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO.

Toda vez que la puesta en posesión judicial del inmueble contenida en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé como trámite eventualmente posterior a la expedición del testimonio del decreto de adjudicación y del consiguiente mandamiento de cancelación de cargas regulados en el artículo 674 del mismo Cuerpo Legal, y puesto que, al estar fundado en una causa de oposición a la ejecución, este incidente extraordinario recogido en la Disposición Transitoria cuarta podría provocar, de prosperar, el sobreseimiento de la ejecución efectuada y declarada firme previamente, con la consiguiente ineficacia del decreto que adjudicaba la finca, debe considerarse la situación de los decretos de adjudicación declarados firmes antes del 15-5-2013 en que no conste que se ha procedido antes de esta fecha a la puesta en posesión de la finca al adquirente y cuyos títulos ejecutivos sean susceptibles de contener cláusulas abusivas —definidas en el art. 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios— como equiparable al estado de las sentencias declaradas firmes pendientes de un posible recurso de rescisión a instancias del rebelde, de modo que, en tanto no se realice la declaración de firmeza después de transcurrido el plazo preclusivo señalado —esto es, a partir del día 16-6-2013— o se declare que pasado ese plazo no se ha formulado por el ejecutado el referido incidente extraordinario de oposición o que, habiéndose formulado, la resolución dictada no afecta a la eficacia de la adjudicación, solo cabrá la anotación preventiva del referido documento sin que pueda procederse a la inscripción y cancelación definitivas, tal como prevé el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la sentencias dictadas en rebeldía.

Resolución de 11-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de Sanlúcar la Mayor

HIPOTECA: EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS PARA PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TITULARIDAD DE LA HIPOTECA.

Se plantea en el presente expediente si para la expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria —en este caso judicial— y la consiguiente extensión de la nota marginal acreditativa de haberse practicado tal extremo, es necesario que la hipoteca objeto de ejecución se encuentre inscrita a favor de la entidad ejecutante o si, por el contrario, en los supuestos de sucesión universal de la entidad acreedora y tratándose de unas operaciones societarias realizadas dentro del proceso de modificación de las estructuras de las cajas de ahorro en el sistema financiero español, es suficiente que el solicitante sea causahabiente del titular registral de la hipoteca. La expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. El hecho de que sea solicitada por el causahabiente del titular registral no debe impedir que se expida la certificación, sin perjuicio de que el registrador advierta de esta circunstancia en la certificación al expedirla, con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación.

Resolución de 15-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de Fuengirola, número 1

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO.

No puede llevarse a cabo la reanudación del tracto por medio de una sentencia declarativa dictada sin haber tomado las mismas garantías previstas en la tramitación el expediente de dominio. Pero sí sería posible la inscripción si la sentencia se limita a reconocer que el demandante ha adquirido por prescripción.

Resolución de 15-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro de Jaca

PROPIEDAD HORIZONTAL: CREACIÓN DE NUEVOS ELEMENTOS INDEPENDIENTES.

El aumento del número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente requiere una declaración de obra nueva o la modificación de la previamente declarada e inscrita, con sujeción a los requisitos establecidos en el citado artículo 20.1 de la Ley de suelo y, por ende, con la necesidad de acreditar la obtención de licencia de primera ocupación (cfr. arts. 20.3 de la misma Ley —y, para supuestos a los que se aplique la redacción vigente desde el 28-6-2013, el art. 17.6—;

y 45 y 53, apartado «a» del RD 1093/1997, de 4 de julio), si bien caben supuestos excepcionales —como el contemplado por la citada Resolución de 27-12-2012, que consideró tal declaración irrelevante, por contar con la correspondiente licencia municipal para la variación que se realizó—, entre los cuales no se puede incluir el presente caso en el cual del propio documento municipal que se incorpora a la escritura resulta que la concesión de las licencias de segregación y ocupación se condiciona a determinados requisitos cuyo cumplimiento deberá ser comprobado por el Ayuntamiento. Aun cuando la regla general es que para llevar a cabo una agrupación de los pisos o locales y sus anejos se requiere el acuerdo de la junta de propietarios, adoptado por unanimidad, en cuanto afecta al título constitutivo (arts. 8 y 17 de la LPH), excepcionalmente ha admitido este Centro Directivo la agrupación —así como la segregación o división material— de elementos independientes o sus anejos, sin necesidad de autorización de la junta, cuando la facultad de realizar tales operaciones se ha atribuido anticipadamente mediante previsión al efecto en los estatutos.

Resolución de 16-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro de Mula

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL DEUDOR NO HIPOTECANTE.

De conformidad con el artículo 132 de la LH, el registrador debe comprobar que el deudor no hipotecante ha sido demandado y requerido de pago en el procedimiento. El fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor no hipotecante, no puede radicar en el principio del 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. De ahí que, en principio, la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo, supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento a efectos registrales, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley.

Resolución de 17-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro de Bilbao, número 3

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 18-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro de Ibiza, número 4

HERENCIA: PARTICIÓN POR TODOS LOS HEREDEROS.

Ciertamente, dentro del complejo fenómeno sucesorio, la aceptación y la partición o adjudicación son dos actos jurídicos con efectos jurídicos diferentes (arts. 988, 1004, 1005, 1068 y 1058 del CC) por lo que la Ley distingue dos procedimientos judiciales distintos, el de aceptación y el de testamentaría o partición testamentaria con las adjudicaciones correspondientes de bienes concretos. En el caso objeto de recurso solo se ha aceptado la herencia. La aceptación y partición con adjudicación son negocios jurídicos distintos, integrados en el proceso sucesorio, exigiendo esta última la voluntad de todos los herederos que aceptaron la herencia para, previa liquidación y valoración, adjudicarse los bienes concretos o partes indivisas de los mismos. La escritura calificada no puede considerarse inscribible al no comparecer ni expresar su voluntad en la partición todos los herederos relacionados, no siendo título inscribible conforme al artículo 14 de la LH y 80 de su Reglamento.

Resolución de 18-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro de Santiago de Compostela, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso solo cabe contra la nota de calificación del registrador por la que se suspende o deniega una inscripción, pero no frente a asientos ya practicados, que están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que solo procede su cancelación en los términos previstos por el ordenamiento jurídico, bien porque conste el consentimiento del titular, bien por resolución judicial firme (arts. 1, 38, 40 y 83 de la LH).

Resolución de 19-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro de Mazarrón

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: INEXACTITUD DEL REGISTRO.

Como ha entendido reiteradamente este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 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 LH), cuando así resulta del contenido tabular (y dicha presunción puede, mediante el juego del art. 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 (cfr. Resolución de 22-1-1999), la doctrina de los actos propios, que puede operar registralmente en virtud de la eficacia rectificatoria que tiene el consentimiento del propio titular registral —art. 40.*d)* LH—, como la necesidad de cerrar el Registro a actos cuya validez queda jurídicamente comprometida por las propias manifestaciones de los otorgantes, que deben ser tenidas en cuenta en la calificación registral.

Resolución de 28-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro de Elda, número 1

TITULARIDAD *OB REM:* REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN. MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Dado el carácter de excepción que presenta la vinculación *ob rem,* en la medida en que restringe el principio de libre disposición, es necesario que concurra una causa económica y a la vez jurídica que justifique dicha conexión, como una cierta relación de destino, dependencia o accesoriedad. Las operaciones de desvinculación y vinculación del derecho de era de pan trillar formalizadas en la escritura calificada, como consecuencia de su venta independiente de la finca a la que estaba originariamente conectada, parece responder, por tanto, a la existencia de una conexión *ob rem* que, en consecuencia, sería inscribible siempre que se diesen las condiciones y requisitos necesarios para la constancia registral de las mismas con tal carácter de titularidades *ob rem*». Presupuesto básico para la inscripción registral de la titularidad *ob rem* a través del acceso tabular del negocio por el que queda constituida, es la previa inscripción de las fincas a que afecte. No sería admisible inscribir la vinculación *ob rem* sobre finca inscrita cuanto la otra finca vinculada no lo está, como no sería posible inscribir una servidumbre constituida sobre finca no inscrita aunque el predio dominante sí lo estuviese, ya que la referencia a la servidumbre, como cualidad de este, se convertiría en una

mera mención. En el caso que nos ocupa, la simple indicación que en la descripción de la finca se hace en el título presentado a que tiene «derecho a la era de pan trillar», en caso de pasar a la inscripción de dicho título, constituiría una mera mención de un derecho en el sentido técnico-hipotecario antes expuesto. Como ha indicado este Centro Directivo, el concepto de mención se extiende no solo a cargas o gravámenes, sino también al dominio. En el caso que nos ocupa es clara esta conclusión por varios motivos: 1.º porque tal derecho no aparece inscrito; 2.º porque en el título presentado no se constituye; 3.º porque el objeto de la misma no aparece identificado; y 4.º porque, no tratándose de un derecho nominado o típico, en cuyo caso su mera denominación basta para identificarlo en su configuración básica fijada por la Ley, en el presente caso («derecho a la era de pan trillar») falta la determinación de su contenido y alcance o, en la terminología de la regla 2.ª del artículo 9 de la LH, su «naturaleza, extensión y condiciones», exigencias ineludibles impuestas por el principio hipotecario de especialidad. Las consideraciones anteriores conducen igualmente a la conclusión de que no se han respetado las exigencias derivadas del principio registral de especialidad. En efecto, en el título calificado no aparece delimitada la extensión y el contenido del pretendido derecho que podría encubrir una servidumbre predial, un derecho de aprovechamiento atípico, o tratarse, como antes se dijo, de una verdadera vinculación *ob rem* respecto de la titularidad de otra finca, faltando por definir no solo la relación física entre los inmuebles o correlación de destino, por su necesidad, utilidad o comodidad inclusive, que justifica la conexión de titularidades entre ellos (a que se refiere la Resolución de este Centro Directivo de 3-9-1982, antes citada), sino también, y en todo caso, la adecuada identificación y descripción de la finca a la que afecta o sobre la que recae el derecho (a la era de pan trillar) que se pretende inscribir, imprescindible para su admisibilidad jurídica y, por tanto, para su inscripción registral. Por último, la pretensión del recurrente de «suspender» la inscripción del derecho a la era en otras fincas inscritas, es pretensión ajena a aquellas que por razón de su naturaleza pueden ser objeto del recurso, por aplicación del artículo 326 de la LH, ya indicado. Verificada una inscripción la misma está bajo la salvaguardia de los tribunales y produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Resolución de 28-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro de Navahermosa

OBLIGACIONES FISCALES: ARTÍCULO 255 DE LA LH.

Tanto para los supuestos de presentación telemática, a la que aludían las anteriores sentencias, dictadas contra Resoluciones de esta Dirección General, como para la presentación ordinaria, en papel, el artículo 255 LH dispone claramente que se suspenderá la calificación y la inscripción, lo que comporta que este precepto va más allá que el artículo 254 al recalcar que no solo se paralizará la inscripción sino también la propia actividad de calificación, por lo que crea una clara distinción entre calificación parcial o formal y calificación de fondo, que quedaría subordinada a la justificación de la liquidación de los impuestos.

Resolución de 29-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro de Madrid, número 20

NOVACIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN DEL REQUISITO DEL VALOR DE TASACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 681 DE LA LEC.

Se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca es aplicable a los supuestos de novación y ampliación de la hipoteca existente por incremento de la cuantía del préstamo. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, tiene que ser necesariamente negativa. El artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece como uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento de ejecución directa, «que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Ello, naturalmente, siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación contenido en la escritura de constitución, pues en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en ese aspecto concreto determinaría que fuese necesario que se acompañase el certificado de tasación, pues entonces se estaría modificando expresamente uno de los elementos previstos en la escritura de constitución, que requeriría, en tal caso, que se cumplieran los requisitos relativos al valor de subasta cuando este se modifica. Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que el pacto de ejecución judicial directa o extrajudicial no figurase en la escritura de constitución inicial y se integrase en la configuración del derecho real de hipoteca con ocasión de una novación o ampliación posterior, pues en tales supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la LH surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos.

Resolución de 30-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro de Almuñécar

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN PIEZA SEPARADA DEL CONCURSO.

Si el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha seguido ante el juez de lo Mercantil, dentro de la pieza separada en el procedimiento de concurso a que se refiere el artículo 57 de la Ley Concursal, no hay inconveniente alguno para la inscripción, sin que quepa oponer cuestiones de competencia, ni tampoco exigir un pronunciamiento sobre si el bien está o no afecto a la actividad empresarial del concursado.

Resolución de 31-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro de Lepe

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ESCRITURA DE HIPOTECA OTORGADA EN HOLANDA SOBRE INMUEBLE SITO EN ESPAÑA.

La *lex contractus,* determinada según las normas de conflicto del Reglamento de Roma I, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Así, por ejemplo, el propio Reglamento establece en el artículo 1.2.*a)* su inaplicación a la capacidad de las personas físicas, limitándose a recoger en su artículo 13 la llamada «excepción de interés nacional». En el mismo sentido el apartado *g)* del citado artículo 1.2 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica», esto es, la representación voluntaria u orgánica. La exclusión de la capacidad de las personas físicas y de la representación del ámbito del Reglamento de Roma I implica que el ordenamiento aplicable a estas cuestiones deberá determinarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado (en el caso de España, respecto de la representación, vid. art. 10, núm. 11, del Código Civil, y en cuanto a la forma art. 11). Por otro lado, una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la *lex contractus* designada por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus aspectos reales relativos al modo de constitución o transmisión del derecho real (en este caso de la hipoteca), su contenido y efectos, aspectos estos excluidos del ámbito de la *lex contractus*. De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el artículo 10.1 del Código Civil español, según el cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen». Si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la Propiedad —lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados—, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Solo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquel sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada STS de 19-6-2011. Para acreditar que de conformidad a la legislación del país del que procede el documento, este tiene carácter público o auténtico, debe acudirse a cualquiera de los medios señalados en el artículo 36 del RH. No cabe que, pactándose un tipo de interés fijo, se deje al arbitrio de la entidad acreedora la modificación del mismo, una vez llegada una fecha determinada, sin que se establezca, además, cuál será el tipo aplicable tras la modificación o las fórmulas para hallarlo y el tipo máximo que puede alcanzar, ni las veces que podrá ser modificado, siendo única y exclusivamente la voluntad de la acreedora la que determine tal interés, que resulta, por ello, indeterminado. La garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del

principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16-2-1990 y 20-9-1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.).

Resolución de 4-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro de Valladolid, número 5

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL PROYECTO SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN.

Hasta tanto no se produzca el cierre registral de las fincas de origen al tiempo de la inscripción del conjunto del proyecto de reparcelación, debe aceptarse la susceptibilidad de los derechos reflejados en dicho folio para ser objeto de tráfico jurídico en cuanto expresión del aprovechamiento urbanístico correspondiente a su propietario por razón de la aportación de dichas fincas. Dado que la tradición se puede cumplir, como formalidad necesaria para perfeccionar el proceso transmisivo del derecho real, incluso cuando se trata de derechos incorporales y de derechos no susceptibles de posesión, el hecho de que en el procedimiento de equidistribución se modifique la configuración de las fincas aportadas y se produzca una reorganización de la propiedad en la superficie aportada, ello no impide el cumplimiento de la *traditio*.

Resolución de 5-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro de Pego

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Este Centro Directivo ha determinado en reiterada doctrina que culmina con la Resolución de 6 de mayo de 2013, que es ajena a los requisitos que para la inscripción de obras nuevas antiguas impone el artículo 20 de la Ley de Suelo, la exigencia de que se acredite si ha prescrito la posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística o si nos encontramos ante supuestos en los que el ejercicio de esta potestad no prescribe o se ha producido la caducidad de las actuaciones iniciadas en su día y la infracción ha prescrito o no; tampoco puede exigirse acreditar que la construcción se encuentra en situación fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación, ni que el uso del suelo sobre el que se asienta la edificación es compatible o con el planeamiento y ordenamiento urbanístico vigente, y tampoco puede exigirse que se acredite que el suelo sobre el que se asienta la construcción no tiene carácter demanial ni está afecto a una servidumbre de uso público general.

Resoluciones de 5 y 14-11-2013
(BOE 12 y 16-12-2013)
Registro de Sanlúcar La Mayor, número 2

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: ACTOS REVELADORES DE PARCELACIÓN.

Sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista tal parcelación ilegal, ya que para ello es necesario, bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación. Ahora bien, no habiéndose aportado licencia urbanística, existiendo expediente de infracción urbanística, que consta registralmente mediante la correspondiente anotación preventiva con efectos de prohibición de disponer referida específicamente a esa escritura citada —lo que hace irrelevante el que la escritura sea de fecha anterior a la anotación— la inscripción no es posible. Resultaría absurdo y contrario a la legalidad vigente, que habiéndose iniciado el procedimiento del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, por no aportarse licencia urbanística, y habiendo culminado el procedimiento con la anotación con efecto de prohibición de disponer letra A), (concretada en no inscribir una escritura determinada) ahora, se obviara la licencia, se desconociera la anotación, y se admitiera la inscripción de la compraventa calificada.

Resolución de 6-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro de Felanitx, número 1

OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO Y CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Como ha recordado muy recientemente este Centro Directivo (Resolución de 5 de septiembre de 2013), el principio de consignación íntegra del precio pactado, establecido por diversas resoluciones en base a distintos preceptos de nuestro ordenamiento, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo de perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción. El conjunto de interés en juego exige, para que el mecanismo de cancelación de derechos sin consentimiento de su titular funcione correctamente, que las cantidades deducidas sean indubitadas y consten debidamente acreditadas. Como ha reiterado este Centro Directivo, para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia. Esta afirmación es también válida para aquellos supuestos en los que se haya determinado el importe

de la deuda garantizada y dicha determinación resulte del Registro por cuanto en dicho supuesto el importe pendiente de satisfacción opera como límite de la deducción frente a los terceros aunque no exista una cancelación parcial de la hipoteca (art. 240 del RH).

Resoluciones de 7 y 11-11-2013
(BOE 12 16-12-2013)
Registro de Almendralejo y Madrid, número 44

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los Tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH). Por tanto, no puede discutirse en la tramitación de un recurso gubernativo la corrección o no de asientos ya practicados.

Resolución de 8-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro de Málaga, número 10

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Corresponde al juez del concurso la competencia para ordenar que se practique una anotación preventiva de demanda, anotación que, evidentemente, afecta al patrimonio del titular registral concursado y debe adoptarse por el órgano judicial competente. Esta necesidad de adopción por el órgano judicial competente, cuya «jurisdicción es exclusiva y excluyente» en términos tanto de la Ley Concursal como de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, basada en motivos de orden público, se encuentra dentro del ámbito de la calificación registral y el registrador de la Propiedad debe denegar la práctica del asiento solicitado si, como en el presente caso, es dictada por un órgano judicial distinto del órgano judicial que tiene atribuida la competencia concursal. Cuando ocurre, como en el caso de este expediente, que tanto la vendedora como la compradora están en situación de concurso, se plantea la cuestión de cuál es el Juzgado de lo Mercantil competente para adoptar las medidas cautelares objeto de este expediente. Y la conclusión es que deberá prevalecer en principio la competencia del juez de lo Mercantil conocedor del concurso de la sociedad vendedora, «Europa Center, S. A.», que es quien, en primer lugar, ha conocido de una acción de tal carácter, máxime cuando ha comunicado la medida cautelar al otro Juzgado de lo Mercantil de la sociedad compradora, tal como resulta del propio mandamiento. Todo ello sin perjuicio de que se pueda invocar excepción de litispendencia, en cuyo caso la cuestión deberá resolverse, en su caso, por las normas generales. En cualquier caso, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra el titular registral.

Resolución de 11-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro de Madrid, número 25

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: EXIGENCIA PARA ENTIDADES EXTRANJERAS SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN ESPAÑA.

Conforme al artículo 254.2 de la LH, debe constar en una escritura en la que se constituye una hipoteca de máximo el NIF-NIE de la entidad bancaria acreedora, habida cuenta que esta carece de establecimiento permanente en España, siendo de nacionalidad y domicilio luxemburgués.

Resolución de 12-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro de Astorga

SEGREGACIÓN: COINCIDENCIA DE DATOS DESCRIPTIVOS CON LA LICENCIA.

No es posible la inscripción de una escritura de rectificación y segregación, presentada con el título rectificado consistente en escritura de aceptación de herencia, adjudicación y segregación, teniendo en cuenta que la rectificación, debida a calificación anterior denegatoria de un exceso de cabida, modifica la extensión de una finca con el resultado de impedir la coincidencia de la licencia municipal originariamente obtenida, en cuanto a la superficie, con la segregación posteriormente realizada.

Resolución de 13-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro de Luarca

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE UN DEPARTAMENTO.

Solo si los estatutos prevén una limitación en los usos permitidos y dicha limitación, debidamente expresada, consta inscrita en el régimen de propiedad horizontal es posible rechazar la inscripción de un cambio de uso que sea incompatible con su contenido y sin la oportuna modificación llevada a cabo por la junta de propietarios —art. 14.*d)* de la LPH—. Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (vid. art. 20.3 de la Ley del Suelo). Y esto es así porque aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita puede implicar la exigencia de acreditación de los requisitos exigidos por la normativa urbanística (vid. Resoluciones de 19 de febrero de 2005 en contraposición a la de 27 de diciembre de 2010), es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización, nos reconduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad. Si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de aportar licencia en los supuestos previstos por la Ley (art. 20.4 de la Ley de Suelo), del mismo

modo puede llevarse su modificación de concurrir las circunstancias legalmente exigibles. Si hemos concluido que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la ley así lo permite y que vienen contemplados en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo y en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 15-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro de Valls

PLUSVALÍA: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES.

El acuerdo suscrito entre el Consejo General del Notariado y la FEMP puede ser un vehículo válido y útil para que los notarios, previo requerimiento por parte del transmitente, a través de los servicios y conexiones de que disponga la FEMP con sus asociados —que recordemos no tienen por qué ser todos los ayuntamientos— puedan comunicar el otorgamiento de las escrituras en los casos en que así procediera, pero en ningún caso el justificante puede ser emitido exclusivamente por la FEMP como asociación, ya que no es administración tributaria competente, salvo que viniera acompañado o complementado con el justificante de recepción emitido efectivamente por el ayuntamiento correspondiente. Este justificante —emitido por el ayuntamiento— puede ser un acuse de recibo electrónico, acuse técnico, justificante electrónico de registro u otro documento electrónico similar pero siempre y cuando permita averiguar su procedencia mediante comprobación en línea, o pueda el notario dar fe de la misma.

Resolución de 16-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro de Arganda del Rey, número 2

VENTA EXTRAJUDICIAL DE FINCA HIPOTECADA: FORMA DEL REQUERIMIENTO.

Cuando el Reglamento Hipotecario en su artículo 236.*c)* determina quién es el destinatario del requerimiento de pago y las personas con quien se puede entender la diligencia en su ausencia es extremadamente restrictivo, pues fuera de la persona del deudor solo autoriza que se entienda la diligencia con el pariente más próximo, familiar o dependiente que se encuentre en el domicilio. Sin perjuicio de las deficiencias técnicas del precepto es claro que expresa la clara intención de que solo con personas allegadas al propio deudor se pueda practicar el requerimiento. La finalidad para que así sea es claramente comprensible, dadas las graves consecuencias que se pueden producir en el patrimonio del deudor y la necesidad de asegurar al máximo que llegue a tener cabal conocimiento del requerimiento.

Resolución de 18-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Sarriá

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN SOBRE LAS HIPOTECAS PREVIAS AL CONCURSO.

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 teniendo en cuenta el ámbito de calificación del registrador conforme al artículo 132 de la Ley Hipotecaria 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 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.

Resolución de 18-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Torredembarra

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA.

Solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador, así como, obviamente, en aquellos otros casos en que sin concurrir dicha abusividad adolezca de nulidad por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva. Estas conclusiones en nada pueden quedar afectadas por el planteamiento impugnativo del recurrente, según el cual el registrador debería inscribir la cláusula sobre intereses de demora incluso en el caso de que la misma fuese contraria a los límites impuestos por la norma imperativa contenida en el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, bajo la consideración de que el juez o el

notario, en el momento de la ejecución, podrá verificar su cumplimiento, y que las partes pactan que se acompañe con la demanda de ejecución una certificación del saldo exigible intervenida por fedatario público, en la que este habrá de comprobar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (art. 573 de la LEC), pero teniendo en cuenta el límite legal. Este planteamiento carece de amparo legal. El tercer motivo de impugnación que se extrae del escrito del recurso se basa en la inevitable variabilidad propia de los intereses legales del dinero a lo largo de los veinticinco años previstos de duración del préstamo hipotecario, lo que, a juicio del recurrente, supone que no se pueda fijar el límite de los intereses de demora por remisión a aquellos, remisión que sin más precisión infringiría las exigencias del principio de especialidad y determinación hipotecario. Tampoco este motivo de impugnación puede acogerse favorablemente. Este planteamiento no es correcto, pues desconoce que tal dificultad (indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía) esta resulta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. El supuesto de hecho a que se refiere el citado artículo 114.3.º requiere la concurrencia de dos elementos: por un lado, el carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada y, por otro, que el destino del préstamo garantizado sea precisamente el de financiar la adquisición de aquella. Habrá de estarse a lo que resulte del título y de los antecedentes registrales para calibrar si se dan estas circunstancias.

Resolución de 19-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Cebreros

SEGREGACIÓN: LICENCIA.

No es inscribible una segregación cuando de la licencia no resulta una clara concordancia respecto a la identidad y superficie de las parcelas segregadas.

Resolución de 20-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Aldaia

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NEGATIVA A SU PRÁCTICA.

Frente a la negativa del registrador a la extensión de un asiento de presentación, lo procedente es la interposición de los mismos recursos que contra la calificación negativa de los títulos inscribibles. Respecto del fondo del asunto, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Dado que no concurre esta excepción en el presente supuesto en que se pretende que se suspenda la inscripción de determinadas resoluciones judiciales por alegar la interesada la existencia de determinado procedimiento penal y de un recurso de amparo constitucional —que no acredita con documentación pública—, lo procedente es no extender el referido asiento.

Resolución de 21-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Murcia, número 3

HIPOTECA: VALOR DE TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA EN VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL.

La cuestión que se plantea es, por tanto, si, a efectos de lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 129.2.*a)* de la Ley Hipotecaria, según la redacción dada a dichos preceptos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, puede admitirse como documento acreditativo del valor de tasación conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, la orden administrativa de la concesión de la calificación de Vivienda de Protección Oficial en la que consta el precio máximo de venta de dicha vivienda. Lo importante, al objeto del presente recurso, es que en ningún caso cabe que se haga constar en la inscripción un precio de tasación superior al precio máximo que consta en el documento administrativo de calificación definitiva, porque implicaría una vulneración de la normativa legal que no es posible tratándose de los asientos registrales en que debe imperar la legalidad. De ahí que si las partes se han inclinado por acordar como precio de subasta el precio legalmente establecido como máximo, la valoración es asimismo legal, a efectos de establecer el precio de salida de la subasta. Y siendo el precio legal y tasado o normado, cumple los caracteres que la legislación del mercado hipotecario establece para la fijación de las valoraciones. De lo anteriormente expuesto, se desprende que la tasación realizada por el organismo competente en materia de vivienda de Protección Oficial como precio máximo de la misma, presentado por el propietario de la vivienda y aceptado por la entidad acreedora, cumple los requisitos de la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo.

Resolución de 22-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro de Alicante, número 3

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO CUANDO HAY DACIÓN.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2006, «en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Pero entre los efectos derivados del simple reconocimiento no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida (de ahí que no suponga una alteración de su régimen de prescripción, antes al contrario interrumpe la prescripción de la obligación reconocida *ex* art. 1973 del CC), sino que el reconocimiento presenta como característica propia la de «operar sobre débito preexistente a cargo del que lo reconoce» (vid. sentencia de 27 de noviembre de 1999). Ello enlaza, asimismo,

con la doctrina legal (vid. sentencia de 15 de febrero de 2002) de que en nuestro Derecho todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa, porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto. En el caso que nos ocupa, la causa está expresada, si bien de forma genérica, «finiquito de los trabajos efectuados», por lo que hay que analizar si la mera referencia a la existencia de dichos trabajos es suficiente para entender que a efectos registrales dicha expresión no ofrece dudas sobre la existencia y licitud de la causa, ya que al ser la dación en pago una transmisión con finalidad solutoria de deudas propias o ajenas, la existencia y titularidad de aquellas deudas operará como causa de la transmisión y por tanto como elemento esencial del propio contrato traslativo. Esta Dirección General ha venido destacando de forma reiterada el citado principio de consentimiento causal en las vertientes anteriormente señaladas, es decir, en el de necesidad de existencia de una causa verdadera y lícita y en el de necesidad de su expresión en el documento y en la inscripción, sin que sea posible, a efectos registrales, la presunción de existencia de la misma. En el presente expediente, la expresión de la causa, si bien genérica, permite hacer las siguientes consideraciones: según lo manifestado por las partes en la escritura hay una relación preexistente que consiste en la realización de trabajos por parte de uno de los interesados en la empresa de que era titular el otro de ellos, esta relación que puede enmarcarse dentro de las obligaciones de hacer, ya sea como contrato de prestación de servicios o de arrendamiento de obras, genera una deuda que queda reseñada en un pagaré emitido por el deudor contra cuenta corriente de una entidad bancaria. Por lo tanto, sí hay una expresión de una causa lícita generadora de una deuda cuya existencia ambas partes ratifican y justifican documentalmente. En el caso que nos ocupa, como se ha dicho anteriormente, el reconocimiento de deuda no opera por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida, de forma que su existencia no constituye argumento obstativo a la exigencia de la acreditación de los medios de pago que se hubieran producido en la obligación generadora de la deuda reconocida. Ahora bien, dado que los servicios que se prestaron y generaron el débito no fueron satisfechos, es evidente que no ha habido entrega de dinero o signo que lo represente, presupuesto de aplicación de la legislación antes expuesta, ello no obstante la naturaleza onerosa del contrato.

Resolución de 25-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Benidorm, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SENTENCIA DICTADA EN PROCESO EN QUE NO INTERVIENE EL ACTUAL TITULAR REGISTRAL.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada respecto de una sentencia cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido el actual titular registral de la finca. De forma concorde con lo expuesto, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (cfr. art. 82 de la LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha

reconocido la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia citada de 16 de abril de 2013.

Resolución de 25-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Escalona

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS YA SUSPENDIDOS DURANTE LA VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: INTERRUPCIÓN DEL TRACTO.

Cuando durante la vigencia de la prórroga del asiento de presentación de un documento que ha sido calificado negativamente se aporta nuevamente dicho documento en unión de otros que pretenden subsanar el defecto, una nueva calificación negativa generará la consiguiente prórroga del citado asiento, así como la posibilidad de que el interesado presente el pertinente recurso, teniendo en cuenta que ya no se discutirá la existencia del defecto inicial —que ha sido admitido por el interesado al aportar documentos que pretenden la subsanación—, sino la aptitud de dichos documentos para subsanar los defectos apreciados. En el marco del expediente de dominio, el registrador solo emite su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refiere la regla segunda del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, certificación que constituye un requisito procedimental de estos expedientes, correspondiendo al juez la valoración final de su contenido. En estos supuestos en que el registrador haya expresado dudas al expedir la certificación, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare, en su caso, la inexistencia de una situación de doble inmatriculación o de confusión sobre la identidad de la finca, previa audiencia de las personas que puedan tener algún derecho según la certificación registral, sin que baste al efecto el auto genérico aprobando el expediente (vid., por analogía, el art. 306 del RH). Al adquirir las promotoras del expediente por compraventa, en documento privado, de la titular registral falta el presupuesto previo para esta clase de expedientes, esto es, la interrupción del tracto.

Resolución de 26-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de La Palma del Condado

CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO: HIPOTECA CAMBIARIA.

Si se tiene en cuenta que el tenedor de la letra de cambio es el único legitimado para el ejercicio de la acción hipotecaria y que la hipoteca cambiaria garantiza no solo el crédito del actual tenedor sino también el derecho de quien haya respondido en vía de regreso, de la regulación normativa reseñada, tal como ha sido interpretada por esta Dirección General, resulta forzoso concluir que las garantías establecidas legalmente para evitar el perjuicio de los posteriores tenedores de los títulos cambiarios no quedan cumplidas cuando, como ocurre en el presente supuesto, en la escritura de transmisión del derecho de hipoteca cambiaria las partes se limitan a afirmar que las letras de cambio han sido entregadas al cesionario.

Resolución de 26-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Torrejón de Ardoz, número 1

HIPOTECA: GARANTÍA DE INTERESES ORDINARIOS Y DE DEMORA.

Especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses por plazo superior a cinco años. Esta limitación, por definición, solo es de aplicación a aquellos supuestos en que los intereses devengados y no pagados puedan superar dicho límite temporal ya que solo puede operar en dicho supuesto. Consecuentemente cuando la obligación por intereses no exceda del límite temporal máximo establecido por la Ley su cobertura no puede ir más allá que el de la propia obligación garantizada. De lo contrario se estaría dando cobertura a una obligación inexistente con clara violación del principio de accesoriedad de la garantía (vid. art. 1876 del CC), que limita su extensión a la de la obligación garantizada (vid. Resolución de 9 de enero de 2002). El supuesto de hecho a que se refiere el citado artículo 114.3.*o)* requiere la concurrencia de dos elementos: por un lado, el carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada y, por otro, que el destino del préstamo garantizado sea precisamente el de financiar la adquisición de aquella. Habrá de estarse a lo que resulte del título y de los antecedentes registrales para calibrar si se dan estas circunstancias.

Resolución de 27-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Castro Urdiales

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES.

Nos encontramos ante un defecto o error al que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40.*d)* de la Ley Hipotecaria, el cual, como expresó la Resolución de este Centro Directivo, de 13 de septiembre de 2005, «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial». En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo —Sala Primera— de 15 de diciembre de 2005.

Resolución de 28-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Álora

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO PARA ELEVAR EL EXPEDIENTE A LA DGRN. SEGREGACIÓN DE FINCA: FINCA EN LA QUE CONSTA NOTA DE ACUERDO RECAÍDO EN EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.

El registrador, al que se le ha interpuesto recurso contra su calificación, debe formar expediente que contenga el título calificado, la calificación recurrida, el recurso, su informe y, en su caso, las alegaciones del notario, autoridad judicial

o funcionario no recurrente, remitiéndolo bajo su responsabilidad, a la Dirección General de los Registros y del Notariado en el inexcusable plazo de cinco días a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria a contar del siguiente a aquel en que vencen los cinco días en que puede rectificar o mantener su calificación. Para inscribir una segregación es indispensable la correspondiente licencia, que no podrá entenderse concedida por silencio administrativo. Igualmente es necesaria la previa cancelación de la nota expresiva de haberse adoptado acuerdo de reposición de la legalidad urbanística infringida.

Resoluciones de 28 y 29-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de El Puerto de Santa María, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. SOCIEDAD CIVIL: PERSONALIDAD JURÍDICA.

Se encuentra fuera de toda duda la posibilidad de rectificar las declaraciones vertidas en la escritura pública cuando estas declaraciones no se ajustan a la realidad. Pero cuando en virtud de la escritura que se pretende rectificar se produjo ya una verdadera transmisión dominical, inscrita y protegida por la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no puede dejarse sin efecto la transmisión operada como si se tratara de un mero error del título o de la inscripción, cuando no se trata ni de uno ni de otro caso, sino de un error de consentimiento de los otorgantes (vid. Resoluciones de 6 de julio de 2006 y 12 de agosto de 2011). En este sentido resulta relevante el lapso temporal que haya mediado entre la fecha de la escritura que contenía el acto dispositivo inscrito (en nuestro caso el 28 de octubre de 1988 y el 15 de julio de 1999, respectivamente) y la fecha de la escritura de subsanación (21 de febrero de 2013), durante el cual el adquirente (en este caso la referida sociedad civil) ha figurado como titular registral. Ello supone que deberá destruirse la presunción de legitimación derivada del asiento registral practicado en su día (bajo salvaguardia de los tribunales, *ex* art. 1 de la LH) y del contenido de la primitiva escritura (cfr. arts. 1218 del CC y 17 bis de la Ley del Notariado) a través de procedimiento adecuado. Nada impediría que se dejara sin efecto un título inscrito con el consentimiento de todos los titulares (*ex* art. 82 de la LH) con base en el error de consentimiento de alguno de los contratantes y sin perjuicio de las consecuencias fiscales que ello conlleve. Pero lo que no cabe, so pena de alterar las reglas generales de formalización de los contratos e inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos reales en ellos formalizados, es pretender realizar una rectificación sustantiva del título (derivada de un error del consentimiento o de la concurrencia de cualquier otro supuesto de ineficacia), como si de una rectificación de un mero error material se tratara. En el caso objeto de recurso, se pretende que, dada la dudosa personalidad jurídica de la sociedad civil que aparece como titular registral de la finca, se entiendan rectificados los títulos por los que dicha sociedad adquirió su dominio, en el sentido de que en realidad lo adquirieron las dos personas físicas que manifiestan ser las únicas titulares de dicha sociedad civil. La subsanación intentada no puede provocar los cambios pretendidos en la titularidad registral de las fincas por faltarle la concurrencia del consentimiento del titular registral —sin que se haya acreditado representación alguna del mismo (vid. arts. 1259 y 1713 del CC)—, infringiendo así el principio registral del tracto sucesivo, así como por la ausencia de una causa jurídica sufi-

ciente, debiendo en consecuencia mantenerse la calificación impugnada por ser conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Resolución de 30-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro de Alcañiz

ESTADO CIVIL: PRUEBA. VECINDAD CIVIL: PRUEBA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 20 de febrero de 1985, 16 de noviembre de 1994, 7 de marzo de 2011 y 27 de febrero de 2013) que el estado civil de divorciado —lo mismo que el de viudo— exige, en relación con el Registro de la Propiedad, establecer una distinción neta entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario probar precisamente la disolución del vínculo matrimonial, y aquellos otros en los que no se dan dichas circunstancias y se trata tan solo de completar la identificación de la persona. Dejando al margen este segundo caso (ajeno al presente expediente), en los supuestos primeramente indicados la prueba de la viudez o del divorcio únicamente la puede proporcionar el Registro Civil mediante la presentación de la certificación oportuna (cfr. arts. 2 de la LRC y 327 del CC). Una de las notas características de la vecindad civil es la de la dificultad de prueba. En el caso objeto de recurso el titular registral, que aparece en la última inscripción con vecindad civil catalana, manifiesta ahora tener vecindad aragonesa. Es doctrina de este Centro Directivo que la rectificación en el Registro de una atribución de bienes en determinado concepto exige, a falta del consentimiento de los presuntos interesados, sentencia judicial recaída en juicio en que sean llamados todos los posibles perjudicados por la rectificación pretendida. Como hemos visto, ese consentimiento no concurre aquí, por lo que habrá de aportarse una prueba, como ya dijo la Resolución de 6 de noviembre de 1980, que acredite el hecho a rectificar o modificar de modo absoluto con documentos fehacientes (pues realmente no se sabe si lo que se ha producido es un cambio en la vecindad civil del vendedor, o bien si hubo un error en el antetítulo, en su inscripción registral o lo hay en el propio título calificado). En cualquiera de tales casos, dicha prueba deberá ser necesariamente documental y auténtica, bien a través de certificación del Registro Civil (en caso de que conste en el Registro Civil cualquiera de las dos declaraciones que sobre cambio o conservación se prevén en el apartado 5 del art. 14 del CC, o en caso de constancia, a través de un asiento de anotación, de la declaración de vecindad recaída en el expediente previsto en el art. 96.2.º de la LRC), bien mediante la prueba de la posesión de estado que exige, para darla por buena, cuando se acredita mediante acta de notoriedad —como ya permitió la Resolución de 3 de julio de 1967— que se extremen las garantías formales, de forma que, con arreglo a lo ordenado en el artículo 209.4 del Reglamento Notarial, deben fijarse de forma separada, los hechos que declaran notorios para luego, si es que fue pedido al notario, emitir los juicios sobre los mismos si son «evidentes» y exponiendo siempre las razones que en que se fundamenta para concluirlo así (en cumplimiento del deber de motivación que, por exigencia de la Constitución, sujeta a todas las autoridades y funcionarios del Estado). Un deber que hay que cumplir con especial cuidado cuando, como es el caso, de las declaraciones emitidas puedan resultar conculcados intereses de terceros, desconocidos o ausentes o, en general, personas que no están en condiciones de defenderse

(vid. Resolución de 8 de marzo de 2012). En el presente caso que, constando en el Registro que el vendedor es casado y sometido al Derecho Civil especial catalán, y no acreditándose de forma fehaciente la manifestación del citado vendedor en la escritura calificada en el sentido de ser divorciado y sometido al Derecho civil foral aragonés, es necesaria la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual familiar de la finca transmitida (cfr. arts. 231.9.1.º y 234.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del Código Civil de Cataluña, 190 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y 1320 del CC), todo ello sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de una manifestación errónea o falsa sobre tales circunstancias.

Resolución de 2-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Ibiza, número 4

SEGREGACIÓN Y AGREGACIÓN: PRESUPUESTO ESTRUCTURAL.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General reiteradamente (vid. las Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina que no se impongan construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, que se reconozca a los particulares la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto, según sus características peculiares y los fines o intereses perseguidos, siempre que esta libertad de configuración se mueva dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la transcendencia *erga omnes* del estatuto jurídico de los bienes. Por ello, la definición de los objetos de derechos dominicales debe guardar paralelismo con la aptitud para el aprovechamiento independiente así como con la exigencia social de no disminuir injustificadamente las potencialidades económicas o de goce de los bienes; y la articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la situación contemplada, de modo que no cabe considerar como fincas absolutamente independientes las que física y económicamente sean partes inseparables de un único edificio o conjunto respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica, ni eludir así las normas del régimen legal de propiedad horizontal cuando hayan de ser aplicables —cfr. los arts. 2, apartados *b)* y *c),* y 24 de la LPH, en relación con el art. 396 del CC—.

Resolución de 2-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Ocaña

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La rectificación de la cabida registral de una finca puede hacerse sobre la base de una certificación catastral, siempre que el registrador no albergue dudas sobre la identidad de la finca. Pero dichas dudas deben ser fundadas y no arbitrarias.

Resolución de 3-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Corralejo

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

Aun cuando ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario han previsto de forma expresa la posibilidad de que el registrador rechace el recurso sin entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada, tanto la exigencia de una determinada legitimación para interponerlo, como el establecimiento de plazos y requisitos formales para ello, han de llevar a la conclusión de que su presencia es lo primero que ha de comprobar. Y la propia revisabilidad de las decisiones de los registradores, en cuanto rechacen las pretensiones de los interesados, justifica la interposición de recurso ante esta Dirección General también frente a aquellas que declaren la inadmisión del recurso.

Resolución de 3-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Guadix

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores, que la caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure*, una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.*o)* del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 4-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Corralejo

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU CONSTANCIA.

La referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral. En el caso de este expediente, las divergencias son tales que bien podríamos encontrarnos ante fincas diferentes. Así, difiere la naturaleza rústica, según el Registro, o urbana, según el Catastro, de la finca, que solo podrá determinarse mediante la correspondiente certificación del Ayuntamiento, como documento acreditativo de la calificación urbanística del terreno y, en su caso, del instrumento urbanístico que haya dado lugar al cambio de clasificación del suelo conforme a la legislación estatal y autonómica aplicable. Igualmente difiere la superficie cuya diferencia es superior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, y no coinciden la denominación, la situación y los linderos.

Resolución de 4-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro de Medina Sidonia

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DE MENOS DE TREINTA AÑOS DE ANTIGÜEDAD.

No es posible inscribir el auto dictado en un expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo interrumpido existiendo en el Registro una inscripción contradictoria de menos de treinta años de antigüedad y no resultando del auto que los titulares de dichas inscripciones hayan comparecido en el expediente ni que hayan sido citados tres veces, una de ellas, al menos, de forma personal.

Resolución de 5-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro de Alcorcón, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. NIF DEL TITULAR REGISTRAL.

En el presente caso en el que no hay transmisión actual de un bien inmueble; el embargado no es compareciente ni representado en una escritura pública; se trata de una resolución judicial dirigida a la extensión de una anotación preventiva y no consta en el Registro de la Propiedad, por la fecha de la inscripción, dato alguno en relación al NIF del propietario del bien embargado, debe considerarse que no es precisa la constancia del NIF, máxime cuando si es entendido de otra manera, la imposibilidad de su obtención acarrearía el perjuicio de la acción procesal y con ello la imposibilidad de hacerse el pago de la deuda por parte de la Comunidad de Propietarios acreedora.

Resolución de 7-12-2013
(BOE 23-1-2014)
Registro de Rota

PLUSVALÍA. ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES.

El acuerdo suscrito entre el Consejo General del Notariado y la FEMP puede ser un vehículo válido y útil para que los notarios, previo requerimiento por parte del transmitente, a través de los servicios y conexiones de que disponga la FEMP con sus asociados —que recordemos no tienen por qué ser todos los ayuntamientos— puedan comunicar el otorgamiento de las escrituras en los casos en que así procediera, pero en ningún caso el justificante puede ser emitido exclusivamente por la FEMP como asociación, ya que no es administración tributaria competente, salvo que viniera acompañado o complementado con el justificante de recepción emitido efectivamente por el ayuntamiento correspondiente. Este justificante —emitido por el ayuntamiento— puede ser un acuse de recibo electrónico, acuse técnico, justificante electrónico de registro u otro documento electrónico similar, pero siempre y cuando permita averiguar su procedencia mediante comprobación en línea, o pueda el notario dar fe de la misma.

Resolución de 9-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro de Granada, número 1

NOVACIÓN. HIPOTECA: APLICACIÓN DEL REQUISITO DEL VALOR DE TASACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 681 DE LA LEC.

Se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca es aplicable a los supuestos de novación y ampliación de la hipoteca existente por incremento de la cuantía del préstamo. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, tiene que ser necesariamente negativa. El artículo 682.2.1.*o)* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece como uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento de ejecución directa, «que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Ello naturalmente siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación contenido en la escritura de constitución, pues en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en ese aspecto concreto determinaría que fuese necesario que se acompañase el certificado de tasación, pues entonces se estaría modificando expresamente uno de los elementos previstos en la escritura de constitución, que requeriría en tal caso que se cumplieran los requisitos relativos al valor de subasta cuando este se modifica. Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que el pacto de ejecución judicial directa o extrajudicial no figurase en la escritura de constitución inicial y se integrase en la configuración del derecho real de hipoteca con ocasión de una novación o ampliación posterior, pues en tales supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos.

Resolución de 11-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro de Zaragoza, número 8

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. BIENES CONSORCIALES ARAGONESES EN SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Dadas las indudables concomitancias que, a pesar de sus diferencias, presentan ambas comunidades matrimoniales, resulta trasladable al ámbito de la sociedad consorcial aragonesa, con las necesarias adaptaciones y matizaciones, la doctrina que este Centro Directivo ha fijado en relación con el embargo y ejecución de bienes gananciales en la fase intermedia entre su disolución y liquidación, a cuyo régimen jurídico-procesal, por lo demás, tratándose de la reclamación de deudas privativas, se remite expresamente el artículo 225.1 del citado Código Foral. De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con

la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del CC y 229 del Código Foral Aragonés respecto del consorcio aragonés), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la LH). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6.*o)* y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.*a), in fine,* del RH). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.*a), in fine,* del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que los cónyuges o sus respectivos herederos (o el cónyuge viudo y los herederos del premuerto) puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil y correlativo artículo 267 del Código Foral Aragonés, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1058, 1083 y 1410 del CC), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes comunes concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor, con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, estos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a este en pago de su derecho (de modo que solo queda estéril la anotación, pero no la traba). Pero el embargo de cuotas abstractas en un patrimonio colectivo en liquidación es una medida cautelar que no produce más efecto que el de anticipar el embargo sobre los «bienes futuros» que se adjudiquen (si se adjudican) al deudor en la división del caudal. En el caso objeto del presente expediente, en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguido por un cónyuge contra el otro se practica sobre un bien, que aparece inscrito a nombre de ambos cónyuges con carácter consorcial, una anotación preventiva de embargo sobre «los derechos que correspondan a la ejecutada» sobre el mismo. De la anotación no resulta directamente que el estado civil de los titulares registrales se haya modificado en relación al que ostentaban en el momento de la adquisición del bien, pero así se desprende del tenor de los derechos embargados (y se confirma por la constancia como divorciado del ejecutante en otros asientos registrales). En el decreto de adjudicación se indica que se adjudica lo embargado, que es, según los hechos, una mitad indivisa de la finca. De lo que parece colegirse que el secretario judicial considera que los derechos que corresponden a la ejecutada sobre la finca se concretan en una mitad indivisa de la misma. Pero, como hemos visto, ni durante la vigencia del consorcio conyugal, ni en relación con la comunidad post-consorcial tras su disolución y antes de su liquidación, corresponde a los cónyuges o excónyuges una mitad indivisa sobre los bienes comunes ni ninguna otra participación concreta sobre bienes singulares. En definitiva, dado que lo que se adjudica en la resolución judicial calificada es la mitad indivisa del bien consorcial, y reiterando que eso no es posible durante la vigencia de la sociedad conyugal, ni tras su disolución y hasta su liquidación, no procede sino confirmar la nota de calificación.

Resolución de 12-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro de San Sebastián de la Gomera

DOBLE INMATRICULACIÓN. CANARIAS. INMATRICULACIÓN DE FINCA COLINDANTE CON UN BARRANCO.

De conformidad con el artículo 58.2 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias, no todo barranco es cauce que forme parte del dominio público, sino únicamente «aquellos barrancos que se prolonguen desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar, sin solución de continuidad», criterio reiterado por el artículo 10 del Decreto 86/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de Canarias. Pero aun en el supuesto de que la finca que se pretende inmatricular lindara con un barranco que tuviera la consideración de cauce que forme parte del dominio público, no sería exigible la previa notificación a la administración actuante. Dicha notificación le corresponde realizarla al registrador en los términos que establece el artículo 38 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Resolución de 13-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro de Callosa d'en Sarria

RECURSO GUBERNATIVO. ÁMBITO. CONCURSO DE ACREEDORES: INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO.

El recurso gubernativo no es el cauce para promover la anulación o rectificación de un asiento ya practicado. Aunque se haya aprobado el convenio por sentencia judicial, no por ello ha de procederse a la cancelación de la anotación o inscripción de declaración de concurso. Tal cancelación solo procederá cuando así se decrete por parte del juez.

Resolución de 16-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de San Sebastián de la Gomera

OBRA NUEVA. ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Procede primeramente aclarar que ni el artículo 52.*a)* del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ni el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, establecen ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo *a)* del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica, en las que conste la terminación de la

obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». Y es que lo que sucede en este caso es que se dan una serie de circunstancias que impiden dar por acreditada la fecha determinada de terminación de la obra e incluso dar por acreditada la descripción de la misma y ello sea cual fuere el certificado que se tenga en cuenta de los incorporados a la escritura. La forma de acreditación de la competencia del técnico lo es en función de si el técnico comparece en el otorgamiento de la escritura, se incorpora el certificado a la misma o se acompaña como documento complementario; de forma que en el caso de comparecencia al otorgamiento, la acreditación lo sería ante el notario autorizante; en el caso de certificación unida lo será por el visado del Colegio Profesional correspondiente, y en el de la legitimación notarial lo sería a los efectos de la autoría de la firma. De esta forma solo la comparecencia ante notario o la legitimación de firma puesta en presencia con la acreditación de la condición de técnico competente suplen el visado del Colegio Profesional.

Resolución de 16-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de San Sebastián de la Gomera

OBRA NUEVA. ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Procede primeramente aclarar que ni el artículo 52.*a)* del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ni el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, establecen ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo *a)* del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título». Y es que lo que sucede en este caso es que se dan una serie de circunstancias que impiden dar por acreditada la fecha determinada de terminación de la obra e incluso dar por acreditada la descripción de la misma y ello sea cual fuere el certificado que se tenga en cuenta de los incorporados a la escritura. Pues bien, en el supuesto de este expediente se reúnen todos los requisitos expresados en el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1997: se prueba mediante la certificación catastral que la antigüedad de la terminación de la obra y su descripción es coincidente con el título, dicha fecha es anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante y no consta en el Registro, anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que ha sido objeto de edificación. En consecuencia no hay obstáculos para su inscripción.

Resolución de 18-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de Amposta, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. HIPOTECA. DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA 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 LEC), el mero testimonio del decreto de adjudicación no será por sí mismo suficiente para acreditar que, a fecha 15 de mayo de 2013, ya se había producido aquella. En consecuencia, fuera de los supuestos en que el testimonio del decreto de adjudicación recoja efectivamente dicha circunstancia, por haberse emitido con posterioridad a la diligencia de entrega de posesión, deberá acompañarse de escrito del secretario judicial del que resulte que ha sido entregada la posesión antes de la repetida fecha como requisito para obtener la inscripción del inmueble a favor del adjudicatario y proceder, en su caso, a las cancelaciones pertinentes (art. 671 de la LEC).

Resolución de 19-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de Badajoz, número 3

TRANSACCIÓN JUDICIAL. TÍTULO INSCRIBIBLE.

En el presente expediente, la aplicación de esta doctrina lleva a la estimación del recurso, pues, por la vía de la homologación de una transacción judicial producida en un declarativo ordinario en el que se liquida la sociedad de gananciales se aprueba un convenio, aportado por las partes, en el que fijan, distribuyen y adjudican el haber ganancial que hubo entre los mismos, y, más en concreto, se trata de una vivienda que constituyó el domicilio familiar y, aunque se adquirió por mitad y proindiviso antes del matrimonio, se financió con un préstamo hipotecario que los interesados consideran a cargo de la sociedad de gananciales. El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de octubre de 1989, destaca la relevancia que tiene para la vivienda familiar adquirida en estado de soltero el hecho de que se haya amortizado con fondos gananciales derivados de un préstamo hipotecario durante el matrimonio, lo que permite confirmar que es adecuada la conexión de los fondos gananciales empleados en la adquisición de la vivienda familiar con las adjudicaciones que en este caso se realizan con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales incluyendo la finca adquirida en *pro indiviso* en el reparto de bienes que motiva dicha liquidación, adjudicándola a uno de los titulares en compensación por otros bienes gananciales que se adjudican al otro titular. Consecuentemente el convenio homologado por el juez sería título inscribible.

Resolución de 19-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de Valladolid, número 5

RECURSO GUBERNATIVO. ADMISIBILIDAD. HIPOTECA: PLAZO. HIPOTECA: APLICACIÓN REFORMA DE LA LEY 1/2013.

Procede la admisión del recurso interpuesto contra una segunda calificación, por cuanto esta fue emitida cuando se volvió a presentar el título originalmente suspendido, pero acompañado de unos complementarios que pretendían subsanar los defectos apreciados, y que la registradora estimó insuficientes para tal subsanación. Por exigencias del principio de especialidad o determinación, no es inscribible una hipoteca en la que no está claro si el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance de un plazo de caducidad convencional del propio derecho real, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, en cuyo caso, una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquel. Se puede considerar que el nuevo apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013, tiene por finalidad establecer una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas en la nueva ley, sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas. Por tanto, con independencia de que estemos ante un préstamo o ante un crédito hipotecario. Estando admitida en el Código Civil, la fianza en garantía de deudas futuras, es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento, pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria. Y centrándonos en la hipoteca en garantía de obligación futura, dentro de ella cabe la que se constituye en garantía del fiador o avalista, pues se trata de la obligación futura de reembolsar al fiador lo que este haya pagado en virtud del contrato de afianzamiento o aval. La obligación de reembolso que se asegura con la hipoteca de contragarantía será exigible a medida en que se produzca el pago indemnizable por el fiador, pago que, por razón de la aludida accesoriedad y subsidiariedad, no procede en tanto no sea exigible la propia obligación del deudor principal, obligación que en el caso de los préstamos de amortización, como el documentado en la escritura calificada, responde a un sistema de amortización mediante cuotas sucesivas de vencimientos temporales (mensuales en este caso). Por ello, la obligación garantizada por la hipoteca constituida en la escritura calificada entra dentro del supuesto de hecho a que se refiere el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su apartado primero aclara que: «Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses». En consecuencia, no cabe ejercitar la acción

de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sin que el incumplimiento de la obligación de reembolso del deudor afianzado corresponda a un plazo equivalente, al menos, a tres meses, por lo que procede confirmar igualmente este defecto.

Resolución de 20-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de San Sebastián de la Gomera

DOBLE INMATRICULACIÓN. FINCA COLINDANTE CON UN BARRANCO. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN. CANARIAS.

De conformidad con el artículo 58.2 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias, no todo barranco es cauce que forme parte del dominio público, sino únicamente «aquellos barrancos que se prolonguen desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar, sin solución de continuidad», criterio reiterado por el artículo 10 del Decreto 86/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de Canarias. Pero aun en el supuesto de que la finca que se pretende inmatricular lindara con un barranco que tuviera la consideración de cauce que forme parte del dominio público, no sería exigible la previa notificación a la administración actuante. Dicha notificación le corresponde realizarla al registrador en los términos que establece el artículo 38 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico-real, su descripción debe garantizar de modo preciso e inequívoco, su identificación y localización.

Resolución de 20-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro de San Sebastián de la Gomera

RECTIFICACIÓN DE CABIDA. REQUISITOS

Si bien es cierto que la legislación hipotecaria se preocupa solo de los excesos de cabida, también lo es que la legislación más moderna, como la Ley 13/1996, se refiere a la rectificación de cabida y no solo al exceso. Y ello es así pues, como ha dicho la doctrina más autorizada, la disminución de la cabida debe también ser justificada por procedimientos análogos al exceso, ya que, de no ser así, se corre el peligro de la desinmatriculación, pudiendo ser también la disminución medio para eludir las formas —y sus garantías—, en la transmisión de porciones a los colindantes, y, además, en ello puede haber riesgo para terceros (acreedores y legitimarios) y fraude a la legislación del suelo y a la fiscal. Ahora bien, teniendo en cuenta que todas y cada una de las fincas agrupadas han sido objeto de nueva medición justificada por la doble vía técnica y municipal, que todas presentan una pequeña reducción de cabida en relación con la superficie que consta en el Registro, y, básicamente, que la finca agrupada en su conjunto ofrece en cuanto a su superficie real —siete mil veintisiete metros y cincuenta decímetros cuadrados— una reducción de cabida respecto a la registral —siete mil cuatrocientos cincuenta y dos metros cuadrados— inferior al 10 por 100 de la cabida inscrita —de hecho no llega al 6 por 100 de reducción respecto de la superficie global inscrita—, y

dado que se justifica el destino de la reducción de la cabida, debe concluirse en la estimación del recurso, sin que sea necesario aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica referida a solo una de las fincas agrupadas y que actualmente, tras la segregaciones efectuadas, ninguna correspondencia ofrecería con los terrenos resultantes.

Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 3-10-2013
(*BOE* 7-11-2013)
Registro Mercantil de Madrid

FUSIÓN. MODIFICACIÓN DEL ACUERDO.

Dado que la finalidad del procedimiento de fusión es proteger los intereses afectados, su mayor o menor complejidad dependerá de la diversidad de intereses presentes. La ausencia de interés protegible hace innecesarios los trámites previstos para su defensa. En cualquier caso, se impone la salvaguarda de los intereses de los socios y de los eventuales acreedores.

Desde el momento del acuerdo de la junta o decisión del socio único las sociedades participantes están vinculadas entre sí por el contenido del acuerdo, pero solo con la inscripción culmina el proceso de fusión, que es trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente a terceros, de manera que el conocimiento extrarregistral no produce efecto alguno.

El acuerdo de fusión puede ser modificado por el consentimiento unánime de las sociedades intervinientes. Se exige la salvaguardia de la posición jurídica de los eventuales acreedores. Si la modificación se produce con posterioridad a la publicación o notificación del acuerdo, es necesario publicar o notificar la modificación. Pero no es preciso iniciar de nuevo todo el procedimiento, ni un nuevo proyecto de fusión, ni nueva certificación de inexistencia de obstáculos por parte del Registro de origen.

Resolución de 7-10-2013
(*BOE* 7-11-2013)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca

ESTATUTOS. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. *QUORUM*.

En la configuración de los estatutos rige el principio de autonomía de la voluntad con las limitaciones que establece el artículo 28 LSC. Y más aún en las sociedades limitadas, dado su carácter más cerrado y personalista que las anónimas.

En el ámbito de la junta de socios rige plenamente el principio mayoritario y pueden elevarse convencionalmente las mayorías legales sin alcanzar la unanimidad; ni siquiera sus aledaños. En el ámbito de la administración social, la efectividad del principio mayoritario es distinta. En el caso de consejo, si se exigiera la unanimidad en la adopción de los acuerdos, el órgano se desnaturalizaría, dejaría

de ser colegiado para ser mancomunado. Pero nada se opone a que se exija que participen en el debate decisorio todos los consejeros, es decir, que concurran todos. No cabe oponer que ello equivale a introducir un derecho de veto a favor de cada uno de los consejeros. La utilización abusiva de la no asistencia podrá generar la correspondiente responsabilidad exigible judicialmente.

Resolución de 8-10-2013
(*BOE* 7-11-2013)
Registro Mercantil de Madrid

ADMINISTRADOR. CESE. CUENTAS. TRACTO.

En caso de cierre por falta de depósito de cuentas, no cabe inscribir el nombramiento de administrador pero sí el cese, por tratarse de una pretensión que tiene su fundamento en la norma legal; se justifica en el interés de quien, habiendo cesado previa aprobación de su gestión, está interesado en concordar el contenido de los asientos registrales con la realidad, y se ha solicitado inscripción parcial.

Conforme al principio de tracto sucesivo mercantil, no puede practicarse la inscripción de un poder si antes no se inscribe el cargo de administrador que lo otorga.

Resolución de 9-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro Mercantil de Madrid

OBJETO. PROFESIONAL. ESTATUTOS TIPO. SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO.

Integrándose en el objeto social actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/15-3-2007, de Sociedades Profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación. Por ello, la transcripción de los referidos estatutos tipo deberá completarse con dicha precisión delimitadora del objeto social, sin que dicha mención permita denegar la calificación e inscripción en la forma prevenida en el Real Decreto-ley 13/2010, con los correspondientes beneficios arancelarios. En este caso se incluye como actividad la de «servicios sanitarios».

Resolución de 14-10-2013
(BOE 13-11-2013)
Registro Mercantil de Valencia

ESTATUTOS. JUNTA. LUGAR DE CELEBRACIÓN. CALIFICACIÓN. CONTRADICCIONES EN EL DOCUMENTO.

No es admisible la cláusula que establece que «las juntas podrán celebrarse en término municipal distinto de aquel en que la sociedad tenga su domicilio». El lugar de celebración no puede quedar indeterminado y al arbitrio del órgano

de administración. La norma estatutaria que permite el artículo 175 LSC debe posibilitar a los socios una mínima predictibilidad y garantizarles la posibilidad de asistir personalmente; y debe tener como límite un ámbito similar o inferior pero nunca superior (la Comarca, la Provincia, la Comunidad Autónoma…) al del término municipal.

Debe aclararse la contradicción de datos que consten en el documento, pues debe resultar con claridad cuál es el dato correcto y cuál el erróneo. En este caso se trata del domicilio del socio, dato importantísimo del que depende el ejercicio de derechos esenciales del socio como asistencia y voto.

Resolución de 17-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro Mercantil de Almería

CUENTAS. FORMATO ELECTRÓNICO. PRESENTACIÓN TELEMÁTICA.

En caso de presentación a depósito de cuentas anuales en formato electrónico mediante comunicación telemática con firma electrónica, la correspondencia entre el archivo que las contiene (en formato zip) y el archivo que contiene el certificado del acuerdo aprobatorio de la junta se lleva a cabo por la propia aplicación que genera automáticamente el algoritmo o huella digital al llevar a cabo la incorporación de los archivos. Solo si se hace la presentación telemática del archivo zip, que contiene las cuentas sin acompañamiento del que contiene el certificado del acuerdo será preciso, si este último se acompaña posteriormente en formato papel, que se haga en el mismo mención expresa del código alfanumérico que representa la huella digital. Es este último caso el contemplado en el artículo 2 de la Instrucción de la DGRN de 30-12-1999.

Resolución de 22-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro Mercantil de Cantabria

PRESTACIONES ACCESORIAS.

Las prestaciones accesorias son obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario cuya creación, modificación o extinción anticipada exige un acuerdo social adoptado con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos, si bien requiere además el consentimiento individual de los obligados.

Resolución de 23-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro Mercantil de Tenerife

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA. ESTATUTOS. JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

La forma de convocatoria debe quedar determinada en los estatutos sin que quepa la previsión de dos o más sistemas alternativos cuya aplicación concreta a

una convocatoria específica pueda ser decidida por el órgano de administración. En la redacción analizada, la previsión de la sustitución de un sistema por otro no expresa la causa de cuándo deba operar esa sustitución. Por otra parte, no pueden formar parte de los estatutos los meros compromisos de que la junta pueda acordar mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley o los propios estatutos.

Resolución de 24-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro Mercantil de Barcelona

JUNTA. CONVOCATORIA. DERECHO DE INFORMACIÓN.

El derecho de información es esencial, instrumental al voto, imperativo e irrenunciable y, en los supuestos de modificación estatutaria, comprende el examen de los documentos específicos y las tres formas de llevarlo a cabo. La omisión de esa exigencia en la convocatoria es un vicio que invalida el acuerdo. Pero esta doctrina ha sido mitigada en ocasiones debido a los efectos devastadores de la nulidad, siempre que no se comprometan los derechos individuales del socio.

En este supuesto se opta por mantener el acto jurídico que no sea patentemente nulo porque: *a)* el derecho de información viene recogido en la convocatoria en la que claramente se expresa el contenido de la modificación y el artículo modificado; *b)* la omisión de los medios de hacerlo efectivo no implica *per se* una privación de ese derecho; *c)* los socios disidentes han podido impugnar y obtener la publicidad de su acción en el Registro; *d)* asiste un 97,63 por 100 del capital y se ha adoptado el acuerdo por unanimidad, por lo que la convocatoria de una nueva junta no alteraría el resultado de la votación.

Resolución de 28-10-2013
(BOE 22-11-2013)
Registro Mercantil de Cádiz

JUNTA UNIVERSAL. ORDEN DEL DÍA. JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. DERECHO DE INFORMACIÓN.

El pacto estatutario de que, en caso de varios administradores mancomunados, el poder de representación se ejercerá por dos de ellos, se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno. Por ello la convocatoria de la junta, en caso de que existan varios administradores mancomunados, debe hacerse por todos ellos conjuntamente.

Para que una junta pueda ser considerada universal debe estar presente todo el capital social, aceptar unánimemente su celebración y el orden del día. En la certificación —o en la escritura o el acta notarial— deben constar los elementos necesarios para poder apreciar la regularidad de la convocatoria de la junta general o, en su caso, las circunstancias necesarias para su consideración como junta universal.

El cambio de domicilio implica una modificación estatutaria, por lo que debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 287 LSC respecto al derecho de

información y hacerse constar en el anuncio de la convocatoria los extremos recogidos en ese artículo.

Resolución de 6-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

CUENTAS. AUDITOR A SOLICITUD DE MINORITARIOS.

No pueden depositarse las cuentas sin el informe del auditor nombrado por el registrador a petición de la minoría. No puede aceptarse la pretensión de que se revise el nombramiento llevado a cabo en su día y que consta debidamente inscrito.

Resolución de 7-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro Mercantil de Lugo

APORTACIONES DINERARIAS.

La fecha del depósito a que se refiere el artículo 189.1 RRM no es la del ingreso de las cantidades depositadas, sino la fecha en que se acredita la permanencia del depósito, que no es otra que la de la expedición de la certificación y a ella debe referirse el plazo de dos meses. Con esta interpretación se evita que las cantidades depositadas tengan que ser retiradas para obtener una nueva certificación en la que no conste la fecha de ingreso o en la que, previa repetición del ingreso de las cantidades retiradas, se especifique una fecha más reciente.

Resolución de 11-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro Mercantil de Valencia

OBJETO SOCIAL.

La actividad de «promoción, creación y participación de empresas» constituye una determinación suficiente, sin que sea preciso especificar las actividades concretas que a su vez dichas empresas deban realizar.

Añade la DG que la exigencia de la ley de apoyo a los emprendedores de que se expresen los códigos de CNAE que correspondan al objeto social, no solo tiene fines estadísticos para conocer mejor el entramado empresarial de España, sino que facilita la labor de los profesionales que intervienen en el proceso de creación de entidades jurídicas de emprendimiento.

Resoluciones de 12 y 13-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro Mercantil de Madrid, números XIV y II

CUENTAS. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN.

La opinión técnica del auditor debe manifestar sin ambages su valoración sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera, resultado de las operaciones y, en su caso, flujo de efectivos, con manifestación expresa de las reservas o salvedades detectadas. Cabe entonces cuatro tipos de opinión técnica: favorable, con salvedades, desfavorable o denegada. Ninguna de ellas resulta del informe en este caso en que se limita a la mera expresión de ausencia de opinión.

Un informe sin expresar opinión por «limitación absoluta en el alcance» tiene como efecto en el Registro Mercantil:

— En los expedientes de nombramiento de auditor a petición de socio minoritario: El cierre del expediente.
— En aumentos, reducciones, modificaciones estructurales: No es admisible al no ofrecer a socios y terceros información sobre los estados contables.
— En depósito de cuentas: Tampoco admisible por el mismo motivo anterior; porque puede implicar dejar al arbitrio de la sociedad el suministro o no de dicha información; y hacer ineficaz el cierre del Registro Mercantil.

Resolución de 14-11-2013
(BOE 16-12-2013)
Registro Mercantil de Barcelona, número I

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Vigente la nota marginal por baja en el índice no puede inscribirse el cese de administradores, pues es consecuencia de un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que pueden ser responsables, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros. Solo cabe practicar los asientos ordenados por la autoridad judicial o el alta en dicho índice.

Resolución de 18-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro Mercantil de Tenerife, número I

CUENTAS. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN.

En las sociedades en liquidación, los liquidadores están obligados a formular las cuentas anuales, convocar junta para su aprobación y a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito. Ello no debe confundirse con la obligación de informar del estado de la liquidación.

Resolución de 19-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro Mercantil de Toledo

RECURSO. IMPROCEDENCIA.

No puede prosperar un recurso que no tiene por objeto propiamente el acuerdo de calificación, sino que pretende por un lado, la revisión de situaciones que devinieron firmes en sede registral (nombramiento de auditor a instancia de la minoría), por otro, la impugnación de la situación registral existente en base a circunstancias que no forman parte del expediente (caducidad, renuncia a la auditoría) y finalmente, la revisión del auditor nombrado.

Resolución de 20-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro Mercantil de Girona, número I

REDUCCIÓN. OPERACIÓN ACORDEÓN. DERECHO DE PREFERENCIA.

Aunque el artículo 304 de la LSC restringe el derecho de preferencia en el aumento al supuesto de que se haga con aportaciones dinerarias, en una operación «acordeón» con aumento por compensación de créditos, el artículo 343 LSC exige que se respete en todo caso, salvo que se renuncie por unanimidad o se haya previsto un aumento por tramos o mixto en el que los socios que no pudieron acudir a la compensación de créditos pudieran hacerlo en proporción a su participación con aportaciones dinerarias.

Curiosamente señala la resolución que, conforme a los principios esenciales de la sociedad limitada, el socio tiene el derecho fundamental a ser tratado igual que los demás, a que su parte de capital no sea objeto de «aguamiento» o supresión y a que su posición social, no mediando su consentimiento, sea mantenida —derecho a no decrecer en su parte social—. A pesar de ello se reafirma en que se aplique también a las sociedades limitadas la existencia de derecho de preferencia solo en los casos de aumento de capital con aportaciones dinerarias, salvo en las operaciones «acordeón».

Resolución de 21-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro Mercantil de Pontevedra

CUENTAS. AUDITOR NOMBRADO A INSTANCIA DE LA MINORÍA.

No puede efectuase el depósito de cuentas si no se acompaña el informe del auditor nombrado a solicitud de la minoría sino otro realizado por auditor nombrado por la propia sociedad.

Resolución de 29-11-2013
(BOE 20-12-2013)
Registro Mercantil de Cádiz

CUENTAS. SOCIEDAD EN CONCURSO. INFORME DE AUDITORÍA.

Al tratarse de una sociedad declarada en concurso el 29 de abril de 2011, se aplica el artículo 46 de la Ley Concursal en su redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que eximía de auditoría a las cuentas del primer ejercicio en estado de concurso, como consecuencia de la DT 1.ª de dicha ley. La nueva redacción del artículo se aplicará a las sociedades cuyos concursos se declaren a partir de 1 de enero de 2012.

Resolución de 3-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número XIX

CUENTAS. AUDITOR NOMBRADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Estando pendiente la resolución de un recurso en un expediente de nombramiento de auditor, el registrador debe esperar a su resolución para poder calificar las cuentas en orden a determinar si han de ir o no acompañadas del correspondiente informe.

Resoluciones de 4 y 5-12-2013
(BOE 24-12-2013)
Registro Mercantil de Valencia

CUENTAS. DECLARACIÓN MEDIOAMBIENTAL. PRESENTACIÓN EN DIFERENTES SOPORTES, PAPEL Y MAGNÉTICO.

Resultando del documento de declaración medioambiental la existencia de partidas de dicha naturaleza, es necesario incluir en la memoria el correspondiente informe relativo a estas.

Las cuentas pueden presentarse en envío telemático, en soporte CD/DVD, pero no cabe presentarlas simultáneamente en diferentes soportes, sin perjuicio de que, calificados con defecto, la forma de presentación inicial pueda variar al presentar su subsanación. No cabe presentar unos documentos en soporte magnético y otros en papel, aunque estos sean para subsanar aquellos.

Resoluciones de 7 y 9-12-2013
(BOE 23-1-2014)
Registro Mercantil de Valencia, número I

SOCIEDADES MERCANTILES. CUENTAS ANUALES. PRESENTACIÓN EN DIFERENTES SOPORTES, PAPEL Y MAGNÉTICO.

«Las cuentas pueden presentarse en envío telemático, en soporte CD/DVD, pero no cabe presentarlas simultáneamente en diferentes soportes, sin perjuicio

de que, calificados con defecto, la forma de presentación inicial pueda variar al presentar su subsanación. No cabe presentar unos documentos en soporte magnético y otros en papel, aunque estos sean para subsanar aquellos».

Resolución de 10-12-2013
(BOE 25-1-2014)
Registro Mercantil de Burgos

SOCIEDADES MERCANTILES. REDUCCIÓN DE CAPITAL.

La LSC no contempla un *numerus clausus* en la articulación de procedimientos para la reducción de capital. Existen dos claros principios: La protección de los acreedores, cuando conlleva devolución de activos, y la estricta regulación cuando es por acreditación de deudas sociales. Los principios de nuestro ordenamiento jurídico son normas de cierre en que el axioma primero pagar que heredar, completa el marco normativo ante la parquedad de la normativa societaria española.

En este caso se trata de una junta que adopta en un mismo acto un acuerdo de reducción de capital con devolución de aportaciones a determinados socios que se causaliza en el pago por estos de un crédito acordado por la sociedad a un tercero y a continuación otro por pérdidas. El primero supone, *de facto,* una liquidación parcial de la sociedad mediante entrega de aportaciones a dichos socios que de esta manera resarcen privilegiadamente el crédito social y la infracción del artículo 321 LSC, según el cual la reducción por pérdidas en ningún caso puede dar lugar a reembolsos a los socios, constituyendo un procedimiento, si no fraudulento, al menos inadmisible.

Resolución de 16-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro Mercantil de Pontevedra

SOCIEDADES MERCANTILES. ADMINISTRADORES. RENUNCIA. TRACTO. INSCRIPCIÓN PARCIAL. NOTIFICACIÓN.

El recurrente, que figura inscrito como administrador solidario, hace constar «su dimisión como vocal del Consejo de Administración y cesar en todos los cargos que haya ostentado u ostente en la sociedad y consten o puedan constar inscritos». No puede inscribirse su cese como consejero porque no está inscrito, pero nada impide la inscripción del cese en el cargo de administrador que consta inscrito, si bien para ello es necesaria la solicitud de inscripción parcial.

Para la notificación a la sociedad es suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento de renuncia, siempre que la remisión se haya efectuado en el domicilio social, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido entregado. En los casos en que resulte infructuoso por «desconocido», «ausente», etc., el notario debe procurar realizar la notificación presencialmente conforme al artículo 202 RN.

Resolución de 20-12-2013
(BOE 31-1-2014)
Registro Mercantil de La Rioja

SOCIEDADES MERCANTILES. ESTATUTOS.

Los estatutos exigen el voto del 80 por 100 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital para el acuerdo de aumento o reducción de capital y cualquier otra modificación estatutaria salvo que sea exigible por imperativo legal. La reducción a cero por pérdidas y aumento simultáneo requiere entonces esa mayoría reforzada. La excepción prevista solo puede referirse a otros supuestos impuestos por la ley como, por ejemplo, la adaptación de los estatutos que estableció la DT 2.ª de la LSRL o la DT 5.ª de la Ley 19/1989.

Resolución de 15-10-2013
(BOE 21-11-2013)
Registro Mercantil de Almería (Bienes Muebles)

VEHÍCULOS. TITULARIDADES CONTRADICTORIAS.

El Registro de Bienes Muebles, como registro jurídico, inviste de legitimación a los asientos que en él se practican. Pero esa presunción *iuris tantum* puede desvirtuarse. Conforme a la regla 7.ª de la Instrucción de la DGRN, de 3-12-2002, la existencia de una titularidad posterior en el Registro de Vehículos es suficiente para cancelar la anterior titularidad que consta en el RBM e inscribir la nueva siempre que se cumpla con el mecanismo de garantía que la misma prevé —certificación de la DGT, notificación y transcurso del plazo de un mes—. Esta regla se refiere a la inscripción de los contratos de transmisión de vehículos, pero la identidad de razón es evidente cuando se trata de practicar una anotación de embargo, siempre que no concurra ninguna causa de excepción prevista en la propia regla (derechos inscritos a favor de terceros).

Resolución de 4-11-2013
(BOE 19-12-2013)
Registro Mercantil de Toledo (Bienes Muebles)

PÓLIZA DESDOBLADA.

Aunque el artículo 197.3 del RN no resuelve todas las dudas sobre este sistema, lo que se exige es que cada ejemplar de la póliza recoja todos y cada uno de los elementos del negocio de manera exactamente igual, sin novación alguna. El hecho de que en uno de esos ejemplares se haya variado la identidad de la persona física que representa a la entidad financiera y el poder con que actúa no altera en nada el negocio otorgado, puesto que quien presta el consentimiento es la entidad financiera. De no ser así podría ocurrir que, una vez firmado uno de los ejemplares, no se pudiera luego continuar el sistema porque se revocara el poder del representante de la entidad que figuraba en el primer ejemplar, hubiera fallecido, o simplemente por imposibilidad de hacerlo.

Resolución de 8-11-2013
(BOE 12-12-2013)
Registro Mercantil de Asturias (Bienes Muebles)

VEHÍCULOS. TITULARIDADES CONTRADICTORIAS. IMPUESTO.

El Registro de Bienes Muebles, como registro jurídico, inviste de legitimación a los asientos que en él se practican. Pero esa presunción *iuris tantum* puede desvirtuarse. Conforme a la regla 7.ª de la Instrucción de la DGRN, de 3-12-2002, la existencia de una titularidad posterior en el Registro de Vehículos es suficiente para cancelar la anterior titularidad que consta en el RBM e inscribir la nueva, siempre que se cumpla con el mecanismo de garantía que la misma prevé —certificación de la DGT, notificación y transcurso del plazo de un mes—. Esta regla se refiere a la inscripción de los contratos de transmisión de vehículos, pero la identidad de razón es evidente cuando se trata de practicar una anotación de embargo, siempre que no concurra ninguna causa de excepción prevista en la propia regla (derechos inscritos a favor de terceros).

Si no se acredita la presentación para liquidación del impuesto, se suspende la inscripción y la calificación.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución 2299/2013, de 28-10-2013
(DOGC 11-11-2013)
Registro de Barcelona, número 6

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.

Con arreglo a la legislación catalana, para adoptar un acuerdo que limite facultades de determinados propietarios de pisos o locales, es necesario que estos voten a favor.

Resolución 2316/2013, de 25-10-2013
(DOGC 13-11-2013)
Registro de Figueras

CÉDULA DE HABITABILIDAD: TRANSMISIONES AFECTADAS.

La cédula de habitabilidad es exigible en todo tipo de transmisiones de viviendas. Existen algunas excepciones, entre las que se encuentran las que se verifican en el marco de operaciones de modificaciones estructurales de las sociedades. Pero no cabe extender esta excepción al caso en que una persona transmite a una sociedad unas viviendas a cambio de participaciones sociales.

Resolución 2444, de 29-10-2013
(DOGC 26-11-2013)
Registro de Montblanc

TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN. LEGADOS: RENUNCIA.

Para interpretar y revelar la voluntad del testador iremos pues a buscar elementos extrínsecos al testamento, solo cuando se den las circunstancias de que haya oscuridad, duda, ambigüedad o contradicción entre las palabras utilizadas y la intención, y las palabras utilizadas en el testamento no sean suficientes para resolver cuál es la voluntad verdadera del testador. Si, por el contrario, no hay oscuridad, duda, ambigüedad o contradicción entre la literalidad de las palabras y la intención, no estamos autorizados para interpretar el testamento de acuerdo con elementos extrínsecos y tenemos que utilizar la primera regla interpretativa, que es la literal o gramatical, tratando de armonizar en aquello que sea posible las diferentes cláusulas del testamento. Según el artículo 268 del Código de Sucesiones, se puede ejercer el derecho a aceptar o repudiar el legado cuando se tiene conocimiento de su delación, y eso presupone que las renuncias genéricas efectuadas antes de conocer la existencia concreta de una finca o bien incluida en un legado que comprendía varios no tenga eficacia por la que respecta a las que aparezcan después.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Principio general de derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos y su concreción en el principio de *favor testamenti*

General principle of the law of conservation of legal acts and transactions and realization on the principle of favor testamenti

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El *favor testamenti* participa de la nueva configuración europea de la contratación centrada en flexibilizar el ámbito de ineficacia contractual, dándose prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez de solemnidades y formalismos. Se descarta la necesidad de que el cumplimiento del juicio notarial de capacidad se materialice de modo expreso y ritualista, siendo válidas locuciones distintas que expresen claramente el juicio de capacidad.

ABSTRACT: The favor testamenti *is based on the new European configuration for making recruitment more flexible, and focuses on contractual inefficiency. It confronts inflexibility and formalities allowing the true wishes of the testator to prevail. It will not be necessary to carry out simple and fast judgment with the compliance of a notary. There will be valid phrases that clearly express judgment on how to proceed.*

PALABRAS CLAVE: Principio General. *Favor testamenti.*

KEY WORDS: General principle. Favor testamenti.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CAPACIDAD DEL TESTADOR Y LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER.—III. LA PRESUNCIÓN

IURIS TANTUM DEL JUICIO NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.—IV. APUNTES SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—V. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA EFICACIA CONTRACTUAL Y EL PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI*.— VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS, AP CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN[1]

Hasta ahora la Sala Primera del Tribunal Supremo y la Jurisprudencia menor de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia, como veremos a lo largo de estas líneas, cuando se sometía a su estudio la nulidad de un testamento por falta de capacidad del testador, se habían centrado únicamente en los aspectos de su capacidad en el momento de otorgar testamento, el juicio notarial de dicha capacidad, la valoración de la prueba… No obstante, en la sentencia objeto de estudio[2], se da un paso más y se hace referencia *al principio de* favor testamenti *y su entronque con el Principio General de Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos*.

La sentencia se centra en analizar «la interpretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las *solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse en el documento testamentario,* el juicio de capacidad realizado por el notario (art. 696 CC)»[3].

El criterio de la Audiencia, objeto de casación, se basa en que conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el notario por el que declare que «a su juicio el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Recordemos que declara nulo el testamento porque en el documento público solo consta la comparecencia de la testadora, que esta se identifica por medio de pasaporte que exhibe y «asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento», *no constando que, a juicio del notario, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento»*.

Por el contrario, el recurrente considera que el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

Como veremos, el Tribunal Supremo entiende que hay que seguir una interpretación no literal del precepto, sino finalista en relación con el principio general del *favor testamenti*[4].

II. LA CAPACIDAD DEL TESTADOR Y LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER

Una de las enfermedades que más incidencia tienen en el tema objeto de estudio es el Alzheimer[5]. Son varios los supuestos examinados por la Jurisprudencia menor que han tratado el asunto. Generalmente una parte de los herederos, no beneficiados, solicitan la nulidad del testamento por incapacidad del testador, alegando la existencia de la enfermedad.

Como vamos a ver seguidamente, los Tribunales entienden que en esta enfermedad, pese haberse iniciado un desarrollo degenerativo progresivo del testador, la falta de capacidad para otorgar testamento debe probarse en la misma fecha en que tuvo lugar[6].

Así se constata que la doctrina jurisprudencial aboga es *necesaria y relevante la capacidad al tiempo de expresar la voluntad testamentaria notarial* y no antes ni después[7]. En esta línea se expresa la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales:

Por ejemplo, la AP de Burgos, de 27 de marzo de 2013, insiste en que «pese al deterioro sufrido por su enfermedad degenerativa (Alzheimer), ninguna prueba médica evidencia que la testadora no *emitiera en él su verdadera voluntad*, que limitaba para algunos de sus hijos su disposición a la legítima estricta. No acredita la parte actora la gravedad de la afección, que se califica de moderada, ni destruye la presunción de veracidad de la manifestación notarial sobre la capacidad volitiva de la otorgante»[8].

Previamente se había pronunciado la SAP de Tarragona, de 4 de enero de 2005[9], donde también se enjuiciaba la nulidad por falta de capacidad del causante, concluyendo que no puede ser apreciada, ya que la incapacidad del causante, que podría provocar la nulidad testamentaria, *debe ser apreciada a la fecha del otorgamiento del testamento, máxime en esta enfermedad de carácter degenerativo,* pues el testador empezó a sufrir Alzheimer, que es susceptible de dividirse en varias fases, años antes de otorgar testamento, pero a la fecha de tal otorgamiento solo padecía una demencia inicial que no es incompatible con la capacidad que apreció el notario interviniente.

El mismo criterio fue recogido por la SAP de León, de 22 de mayo de 2008[10], donde se indica que aunque cuando la causante otorga el testamento ya había sido diagnosticada de la enfermedad de Alzheimer en grado I, sin embargo, su estado neurológico no condicionaba *per se* una incompetencia para realizar el testamento.

La supuesta enfermedad del testador en la SAP de Valencia, de 26 de febrero de 2010[11], es diferente, pues se alega que padece de esquizofrenia paranoide con ideas delirantes de perjuicio y grandeza, pero al igual que en el caso del Alzheimer la importancia radica en determinar y concretar el estado neurológico del testador en el momento de emitir su voluntad en el testamento. La Audiencia establece que *la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos*. Pues los comportamientos extravagantes o episodios más o menos frecuentes de delirios, no implican que cuando acudió a otorgar la última disposición testamentaria se encontrase en situación de falta de cordura en la elaboración de su juicio de discernimiento.

Pero además, parte del concepto clave en nuestro ordenamiento jurídico como es *la presunción de capacidad de toda persona que no haya sido previamente incapacitada,* y siguiendo la línea marcada por la jurisprudencia de que la falta de capacidad debe ser relevante en el momento de hacer la declaración testamentaria. Insistiéndose en que además la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre. Todo ello con independencia de que haya una declaración de incapacidad posterior al otorgamiento del testamento.

La SAP de Vizcaya, de 5 de octubre de 2010[12], va más allá en concretar las características del informe pericial indicando que «la realización al testador de

un mini examen cognoscitivo por el testigo, no reúne las garantías suficientes, para que solo en base al mismo, pueda afirmarse la incapacidad del testador. Los informes médicos no hacen constar la existencia de ninguna patología degenerativa de orden cognitivo ni la existencia de tratamiento farmacológico. Ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido».

También es importante recordar la presunción *iuris tantum* de capacidad en el caso del testamento otorgado ante notario. Así la SAP de Jaén, de 28 de noviembre de 2007[13], niega la nulidad de la disposición testamentaria *en base a la presunta incapacidad mental del testador diagnosticado de la enfermedad de Alzheimer un mes después de haber otorgado testamento*.

Resulta interesante el estudio de la SAP de Asturias, de 15 de junio de 2007[14], pues se refiere a la validez y eficacia del testamento ológrafo y que mantiene que *por ser ológrafo un testamento no deja de ser presumible la capacidad del testador.* Por ello quien pretenda su nulidad debe demostrar cumplidamente que el testador carecía de capacidad para testar en el preciso momento en que lo otorgó, y en el presente supuesto, aunque la testadora sufría algún tipo de trastorno mental, no consta de qué tipo, ni su gravedad, ni los efectos sobre su capacidad de entendimiento y su voluntad.

Para cerrar este apartado recogemos la SAP de Barcelona, de 10 de julio de 2012[15], donde sí declara la nulidad del testamento, por haber destruido la demandante, hija de la testadora, la presunción de capacidad de la testadora. En este supuesto la Audiencia insiste en que *sí se puede afirmar que la testadora carecía de la capacidad legal necesaria en la fecha de otorgamiento del testamento,* concretada en la natural (capacidad) de comprender la trascendencia el acto que otorgaba[16].

III. LA PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DEL JUICIO NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DE TESTAR

La STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995[17], recoge la doctrina jurisprudencial de la Sala al respecto, indicando en su FJ 1.º que: «*a)* Según constante doctrina jurisprudencial... *toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria* tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con seguridad que el testador estaba aquejado de insania; *b)* Tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba este en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre, y *c)* El resultado de la prueba pericial ha de ser apreciado por el juzgador, según las reglas de la sana crítica que como módulo valorativo establece el artículo 632 LEC, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial y sin que se permita la impugnación

casacional de la valoración realizada, a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen «las más elementales directrices de la lógica».

Posteriormente estas afirmaciones se reiteran en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004[18], tras declarar que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario, siendo importante que las pruebas contrarias a la aseveración notarial de capacidad sean muy cumplidas y convincentes, insistió en que *la valoración personal de la parte actora no puede ser suficiente para destruir la presunción de capacidad hecha por el notario que suscribe el testamento impugnado.*

La doctrina menor, y concretamente la SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 18 de junio de 2009[19], es la que recalca la importancia de un *informe médico acreditativo del estado mental del testador que sí destruiría la prevalencia del juicio notarial*. En ella se estudia la solicitud de declaración de nulidad de *testamento de hermandad* otorgado por un matrimonio, por el que se revoca otro anterior, y la nulidad de la declaración de la cotestadora por falta de capacidad para testar al tiempo de otorgar el testamento insiste en que la necesidad de «*acreditación de la incapacidad mediante informe médico, sin que frente a este pueda prevalecer el juicio notarial de la capacidad de testar, que no conforma una presunción* iuris de iure, *sino* iuris tantum, *que se destruye mediante prueba en contrario*».

El momento de otorgar testamento también puede ser decisivo, pero debe acreditarse el verdadero estado mental del testador. Así, en la SAP de Málaga, de 15 de marzo de 2010[20], se solicitaba la nulidad del testamento abierto otorgado en el hospital en el que estaba ingresado el testador y el mismo día de su fallecimiento. La causa de nulidad alegada se centraba en la falta de capacidad del testador para su otorgamiento en base al lugar y momento del otorgamiento que podían incidir en la voluntad del testador. La Audiencia entiende que no se desvirtúa mediante prueba evidente en contrario el juicio emitido por el notario al respecto. El notario autorizante además de *afirmar formalmente* que el señor Melchor tenía en aquel preciso momento la capacidad legal suficiente para testar, explicó después en el juicio que había hablado con el testador, que le advirtió de todo, que estaba plenamente consciente, que sabía lo que hacía perfectamente, que se lo leyó y que firmó el testamento —el cual se había elaborado en la notaría en base a las cláusulas que le facilitó el Letrado, abogado del testador—, así como que lo vio plenamente capaz y que no solicitó la presencia de médicos o testigos porque no lo vio necesario[21].

La indicada Audiencia además concreta como debe ser el informe que desvirtúe la capacidad del testador de otorgar el testamento, que previamente ya había indicado el juez de instancia, señalando que: «El juez deduce acertadamente de dicho dictamen —teórico— que no es prueba directa de que en el momento del otorgamiento estuviera el señor Melchor afectado en su consciencia por la enfermedad que padecía, y ello porque el perito emite su informe en base a los antecedentes médicos obrantes en la historia clínica del paciente y valora la ausencia de algún dictamen médico que pudiese asegurar que, en el momento de otorgar testamento, el señor Melchor se encontraba con plena capacidad. Y lo cierto es que no hay razón para pensar en que las facultades mentales del otorgante se hubieran deteriorado, pues su dolencia, breve y fatal, no tenía relación directa con el intelecto, y por ello no puede quedar desvirtuado el juicio de capacidad realizado por el notario en el marco del ya citado artículo 696 del Código Civil».

Resulta interesante la SAP de Las Palmas, de 5 de octubre de 2006[22], pues además de indicar que el hecho de la ancianidad o estado terminal del testador

no supone por sí la incapacidad para otorgar testamento, recuerda la importancia de la existencia del principio de unidad de acto notarial[23], *al constar acreditado que el notario que se desplazó al hospital donde se hallaba el testador, extremó las precauciones al existir una mejora en la herencia y no se limitó a leer la escritura confeccionada, sino que le explicó completamente su contenido al testador antes de autorizar el testamento.*

La importancia de la STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009[24], se centra en insistir en la acreditación de la formación y existencia de la capacidad de entender y querer el contenido de lo expresado en el testamento por el propio testador, que en este caso es ciego. Por ello desestima la acción de nulidad por tener el testador suficiente capacidad en el momento del otorgamiento del testamento al no haber quedado acreditado que el mismo, pese a su importantísima y evidente limitación visual (que no la ceguera total alegada en la demanda), no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto otorgado. El notario autorizante del testamento hizo constar que leyó en voz alta el mismo y que el testador se mostró conforme. Y quedando probado que el *testador conoció por sí mismo el contenido* del testamento, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir su nulidad y más aun cuando no se ha probado la falta de visión alegada.

La STSJ de Galicia, de 30 de mayo de 2011[25], aplica las normas generales sobre apreciación de capacidad, por constar que los testadores eran personas que padecían enfermedad mental *no siendo judicialmente incapacitados*, lo que remite al juicio de capacidad que tiene que hacer el notario; no siendo de aplicación la intervención de dos testigos[26], respecto de persona que haya sido judicialmente incapacitada en intervalo lúcido, por presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía limitadas sus facultades de raciocinio y voluntad. Falta de acreditación de que los causantes estuvieran incapacitados para testar, pese a sufrir enfermedades propias de su edad (Alzheimer y Parkinson), lo que se apreció por el notario autorizante, con la presunción de capacidad *iuris tantum* que ello comporta, como corresponde al *favor testamenti,* al no haber sido destruida por prueba en contrario.

Hemos expuesto toda esta línea jurisprudencial a fin de adentrarnos en la importancia que tiene la sentencia objeto de nuestro estudio. La STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, objeto de análisis, se centra en la importancia de la actuación y proceder del notario en el momento del otorgamiento del testamento y en el momento de documentación del mismo. Expresamente se indica que «el juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo».

No puede olvidarse que el eje de la validez testamentaria es la *voluntad espontánea y libre de la testadora*. No cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello[27].

IV. APUNTES SOBRE EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina científica hasta ahora mantenía que «El artículo 696 del Código Civil impone al notario el deber de dejar constancia de su juicio positivo acerca de la capacidad del testador en la propia disposición testamentaria. En este sentido, el corpus civil encomienda al notario las diligencias necesarias para comprobar la aptitud del testador, constituyendo esta tarea un deber formal de ineludible acatamiento y cuya inobservancia, u omisión, en cuanto presupuestos *ad solemnitatem* del testamento, determinará su nulidad, en función del artículo 687 del Código Civil»[28].

También se han manifestado señalando que «…la única capacidad necesaria para testar es la meramente "natural"… Por el contrario, cuando al notario se le exige que haga una calificación de la capacidad, este además de apreciar la capacidad natural (para lo que no hace falta ser notario) emite un "juicio" jurídico —a diferencia de todos los personajes antes citados—. Este examen jurídico debe realizarlo... destacando con ello la relatividad del requisito de capacidad... Y para esto no basta apreciar una mera aptitud natural, sino que es precisa una valoración jurídica de la trascendencia y complejidad de la voluntad del testador. Por ello el notario no está necesariamente vinculado por la opinión puramente científica de un médico —de la misma manera que no lo está el juicio jurídico de un juez por las manifestaciones de un perito—, pues su calificación es jurídica y no "técnica". Al notario solo en el caso del testamento del demente en intervalo lúcido (art. 655) se le exige la previa conformidad de los facultativos y ello porque existe una declaración judicial previa, es decir, una previa valoración "jurídica" realizada por el juez al declarar la incapacidad. Pero aun en este caso tampoco está el notario obligado a autorizar el testamento si a su juicio el testador, atendidas las circunstancias señaladas, carece de la necesaria aptitud»[29].

Insiste Rovira en que, «Desde una perspectiva formal, hay que distinguir, conforme a la técnica notarial, entre capacidad "natural" y capacidad "civil" o "legal". El juicio de capacidad, cuya constancia —en el *dictum* o dimensión papel— es necesaria es la relativa a la capacidad "civil" o "legal". A esta se refiere el artículo 167 RH. Por el contrario, la capacidad "natural" no exige —en el "dicta", en el papel— constancia expresa alguna... Desde la perspectiva notarial —de técnica notarial— no es necesario hacer constar expresamente en el papel la capacidad "natural", al contrario de lo que ocurre respecto a la capacidad "legal" o "civil", que sí es de inexcusable constancia en el *dictum* —lo que se realiza a través del llamado "juicio de capacidad"—. La capacidad natural va embebida dentro del "otorgamiento" (en la fórmula "y enterado de su contenido, presta su consentimiento y firma", presente por otra parte en todas las escrituras)... Precisamente, el "enterado", el "consentimiento" y la "firma" están telegráficamente exigidos por el apartado primero del artículo 695 del Código Civil. Luego aquí ya va implícita la capacidad natural (única exigida desde un punto de vista sustantivo). Por ello, en el artículo 685 del Código Civil solo se exige (a diferencia, por ejemplo, del Anteproyecto del Código Civil) al notario (y testigos), consiguientemente, no que se aseguren, sino que "procuren asegurarse" de que, a su juicio, "tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar"».

Pues bien, sentado lo anterior, la sentencia objeto de comentario resulta interesante por varias cuestiones, una de ellas es la concreción de la importancia del criterio de *flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada*.

Criterio que ha sido mantenido desde antiguo por la Jurisprudencia de la Sala Primera, como se expone en la propia sentencia por la jurisprudencia enumerada[30] y que debe continuarse a la luz del principio de *favor testamenti* que no ha dejado de ser reconocido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y así se expone también en la STS de 14 de octubre de 2008[31].

No debemos olvidar tampoco la modificación del artículo 685 del Código Civil realizada tras la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, por la que la formulación: «También procurarán el notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», se cambia por la actual: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

Modificación que, a juicio de la sentencia de 19 de septiembre de 1998[32], «la reforma operada llevó a un *cambio semántico*, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del Código Civil» que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigido en el *artículo sexto de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874*[33], con lo que aparte de zanjar la controversia doctrinal sobre quién debe apreciar la capacidad del testador en favor del notario que, como declara la sentencia citada, «se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal», la reforma operada nada cambia en el plano sustantivo y formal del juicio de capacidad, en donde el grado de certeza exigible en la comprobación sigue siendo «a su juicio», como antes de la reforma, en la edición primera del Código a la que ahora se vuelve, y en donde, con idéntico fundamento, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma».

V. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA EFICACIA CONTRACTUAL Y EL PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI*

La STS de Pleno, de 15 de enero de 2013[34], ha profundizado en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo, sino también en su propia configuración como principio general de Derecho, declarando: «*Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o* favor contractus».

Principio que «no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico[35], con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo, conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos»[36].

Es el criterio seguido en las sentencias de 28 de junio[37] y 10 de septiembre de 2012[38], en el marco del contrato de compraventa donde *la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico* que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los

mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

Y lo innovador de la STS, objeto de comentario, de 15 de enero de 2013, consiste en otorgar «esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de *favor testamenti,* como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada».

Dando sentido, hoy, al criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

VI. CONCLUSIONES

- — El testamento recoge la verdadera voluntad del testador. El eje de la validez testamentaria se centra en la *voluntad espontánea y libre del testador (favor testamenti)*.
- — La importancia de determinar la falta de capacidad del otorgante radica en el momento mismo de otorgamiento, pues es determinante que exista capacidad en el momento de emisión de su verdadera voluntad. Capacidad de entendimiento y de voluntad necesarios para su eficacia.
- — Existe la presunción (*iuris tantum*) de capacidad de toda persona que no haya sido previamente incapacitada y que debe destruirse mediante prueba.
- — La carga de la prueba de la incapacidad mental corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad[39]. Las meras conjeturas son insuficientes para acreditar la maquinación por parte de los herederos beneficiados.
- — El juicio notarial sobre la capacidad volitiva del otorgante se realiza en el momento del otorgamiento y se documenta notarialmente mediante unos formulismos. Aseveración notarial que tiene especial relevancia de certidumbre al ser emitida por un fedatario público, solo susceptible de ser destruido por un informe médico acreditativo del estado mental del testador en el momento del otorgamiento. Con dicho juicio, el notario se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal.
- — El juicio notarial de capacidad del testador se infiere de:
  - — Las *declaraciones fedatarias* que el notario realiza en el protocolo.
  - — En la *autorización* del testamento.
  - — En la plasmación documental del juicio de capacidad «*con locuciones suficientemente expresivas*» referidas a:
    - — La *libertad del consentimiento* prestado por la testadora.
    - — Adecuación del otorgamiento a la *legislación*.

— *Voluntad* de la testadora debidamente *informada* en el momento del otorgamiento.

— En cuanto a la importancia de los formulismos, cabe decir que aunque *dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad* hay locuciones suficientemente expresivas y cumplen su función. Hay una flexibilización de la documentación de las solemnidades testamentarias.
— El Alzheimer es una enfermedad degenerativa susceptible de dividirse en varias fases. Por ello debe probarse que el estado neurológico del testador condiciona *per se* la incompetencia para realizar testamento en el momento mismo del otorgamiento.
— El *favor testamenti* participa de la nueva configuración europea de la contratación centrada en flexibilizar el ámbito de ineficacia contractual, dándose prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez de solemnidades y formalismos. Se descarta la necesidad de que el cumplimiento del juicio notarial de capacidad se materialice de modo expreso y ritualista, siendo válidas locuciones distintas que expresen claramente el juicio de capacidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, núm. 7349, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2010, Año XXXI, Ref. D-59, Editorial La Ley. La Ley 20289/2009.

ROVIRA PEREA, Joaquín M.: «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos (Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1990)», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 993, tomo 2, Editorial La Ley. La Ley 6409/2001.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TS, AP CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2012, recurso 1154/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 438/2012. Número de recurso: 1154/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 138116/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012, recurso 1899/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 537/2012. Número de recurso: 1899/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 174262/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009, recurso 2259/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 789/2009. Número de recurso: 2259/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 237362/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, recurso 1862/2002. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de sentencia: 893/2008. Número de recurso: 1862/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 148003/2008.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004, recurso 1529/1998. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Número de sentencia: 250/2004. Número de recurso: 1529/1998. Jurisdicción: Civil. La Ley 76022/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998, recurso 2318/1994. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Número de recurso: 2318/1994. Jurisdicción: Civil. La Ley 9002/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995, recurso 1748/1992. Ponente: Teófilo Ortega Torres. Número de recurso: 1748/1992. Jurisdicción: Civil. La Ley 14461/1995.
- SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2013, recurso 214/2012. Ponente: Juan Miguel Carreras Maraña. Número de sentencia: 90/2013. Número de recurso: 214/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 53887/2013.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 5 de octubre de 2010, recurso 346/2010. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. Número de sentencia: 761/2010. Número de recurso: 346/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 207471/2010.
- SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 15 de marzo de 2010, recurso 328/2009. Ponente: Hipólito Hernández Barea. Número de sentencia: 134/2010. Número de recurso: 328/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 310950/2010.
- SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 26 de febrero de 2010, recurso 760/2009. Ponente: María Mestre Ramos. Número de sentencia: 126/2010. Número de recurso: 760/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 75352/2010.
- SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 18 de junio de 2009, recurso 236/2007. Ponente: Ricardo Javier González González. Número de sentencia: 115/2009. Número de recurso: 236/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 304155/2009.
- SAP de León, Sección 3.ª, de 22 de mayo de 2008, recurso 109/2007. Ponente: María del Pilar Robles García. Número de sentencia: 105/2008. Número de recurso: 109/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 145462/2008.
- SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 28 de noviembre de 2007, recurso 370/2007. Ponente: Rafael Morales Ortega. Número de sentencia: 283/2007. Número de recurso: 370/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 269189/2007.
- SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 15 de junio de 2007, recurso 114/2006. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Número de sentencia: 298/2007. Número de recurso: 114/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 191496/2007.
- SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 5 de octubre de 2006, recurso 135/2006. Ponente: Víctor Manuel Martín Calvo. Número de sentencia: 373/2006. Número de recurso: 135/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 152704/2006.
- SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 4 de enero de 2005, recurso 450/2004. Ponente: Antonio Carril Pan. Número de sentencia: 25/2005. Número de recurso: 450/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 2709/2005.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo de 2011, recurso 30/2010. Ponente: Juan José Reigosa González. Número de sentencia: 18/2011. Número de recurso: 30/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 113446/2011.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de octubre de 2009, recurso 4/2009. Ponente: Luis Ignacio Pastor Eixarch. Número de sentencia: 9/2009. Número de recurso: 4/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 217509/2009.
- STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de mayo de. 2000, recurso 48/1999. Ponente: Miguel Ángel Abárzuza Gil. Número de sentencia: 12/2000. Número de recurso: 48/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 94067/2000.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículos 685, 687 y 696 del Código Civil.
- Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.
- Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874.
- Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL).
- La propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

NOTAS

[1] Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Profesora Doctora doña Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

[2] STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, de 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.

[3] Se ejercita acción de nulidad del testamento abierto otorgado por Visitación el 25 de octubre de 2005, ante el notario de Vitoria, Juan Kutz Azqueta, en el que instituyó heredero único al demandado, hermano de los actores y de la finada Visitación, que falleció el 17 de febrero de 2007. La demanda se sustenta en el motivo de nulidad por falta de capacidad mental de Visitación en el momento de otorgar el testamento.

La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda en base a que tras la valoración conjunta de la prueba, no se acreditaba la falta de capacidad de la testadora en la fecha de otorgar el testamento. La sentencia de Segunda Instancia revoca la resolución declarando la nulidad del testamento *por falta del requisito formal del juicio notarial sobre la capacidad de la testadora*, … en base a que solo consta en el documento público que en la comparecencia de la testadora, esta se identifica por medio de pasaporte que exhibe y «asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento», *no constando que, a juicio del notario, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento»*.

[4] A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal —que encierra el presente caso—, debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de *favor testamenti*.

[5] Evidentemente nos referimos a aquellos supuestos en que el sujeto no está incapacitado judicialmente.

[6] STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de mayo de. 2000, recurso 48/1999. Ponente: Miguel Ángel ABÁRZUZA GIL. Número de sentencia: 12/2000. Número de recurso: 48/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 94067/2000.

[7] SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2013, recurso 214/2012. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. Número de sentencia: 90/2013. Número de recurso: 214/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 53887/2013. No se destruye la presunción de la sanidad de juicio de toda persona que no ha sido previamente incapacitada.

[8] En este caso se impugnan dos testamentos otorgados con cuatro años de diferencia, respecto al primer testamento, no contiene referencias a la capacidad volitiva y cognitiva de la testadora para su emisión, tampoco se indica que la pérdida de memoria o de desorientación afecte a su cabal juicio, ni afecta a su juicio que ignore los términos jurídicos contenidos en el testamento.

[9] SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 4 de enero de 2005, recurso 450/2004. Ponente: Antonio Carril Pan. Número de sentencia: 25/2005. Número de recurso: 450/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 2709/2005.

[10] SAP de León, Sección 3.ª, de 22 de mayo de 2008, recurso 109/2007. Ponente: María del Pilar Robles García. Número de sentencia: 105/2008. Número de recurso: 109/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 145462/2008.

[11] SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 26 de febrero de 2010, recurso 760/2009. Ponente: María Mestre Ramos. Número de sentencia: 126/2010. Número de recurso: 760/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 75352/2010.

[12] SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 5 de octubre de 2010, recurso 346/2010. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. Número de sentencia: 761/2010. Número de recurso: 346/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 207471/2010.

[13] SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 28 de noviembre de 2007, recurso 370/2007. Ponente: Rafael Morales Ortega. Número de sentencia: 283/2007. Número de recurso: 370/2007. Jurisdicción: Civil. LA LEY 269189/2007.

[14] SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 15 de junio de 2007, recurso 114/2006. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente. Número de sentencia: 298/2007. Número de recurso: 114/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 191496/2007.

[15] SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 10 de julio de 2012, recurso 142/2011. Ponente: Ramón Vidal Carou. Número de sentencia: 353/2012. Número de recurso: 142/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 172936/2012.

[16] La STSJ de Catalunya, de 27 de septiembre de 2007, destacaba como el Código de Sucesiones, de aplicación el caso de autos, se muestra en estos casos más exigente o menos permisivo que el Código Civil español, pues mientras este último solo exige la intervención de un facultativo que acredite o certifique la capacidad del potencial testador en el caso de que sea un incapacitado quien quiera otorgar testamento y nada se especifique en la sentencia acerca de su capacidad para poder hacerlo (art. 665 CC), en aquel dicha intervención se contempla con mayor amplitud, pues dispone que «*cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos*», de ahí que en dicha sentencia se destaque que «davant de la lletra de la Llei (...) els Notaris i, conseqüentment els òrgans jurisdiccionals, no poden restar impassibles». Y si para testar es necesaria la capacidad de entender y querer libremente, «no hi han d'haver dubtes del fet que no hi incideixen pertorbacions que limitin o eliminin la claredat de judici i la llibertat de decisió, de ahí que aun cuando la jurisprudencia "hagi donat un gran valor al judici de capacitat del Notari, degut al prestigi de la Institució i a la credibilitat que mereix", concluye que ni la fe pública notarial ni el principio *favor testamenti* pueden justificar que los notarios "en supòsits de persones que habitualment estan mancats de cabal judici, amb un simple examen del testador i una sèrie de preguntes més o menys rutinàries, obviïn la intervenció dels experts i autoritzin testaments, sobre els quals sempre planejarà el dubte de si realment contenen la lliure expressió d'una voluntat volguda, conseqüència de raons humanament comprensibles i lògiques, màxim quan el Notari no coneixia el testador amb anterioritat a emetre les seves darreres voluntats"».

[17] STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de abril de 1995, recurso 1748/1992. Ponente: Teófilo Ortega Torres. Número de recurso: 1748/1992. Jurisdicción: Civil. La Ley 14461/1995.

[18] STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2004, recurso 1529/1998. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Número de sentencia: 250/2004. Número de recurso: 1529/1998. Jurisdicción: Civil. La Ley 76022/2004.

[19] SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 18 de junio de 2009, recurso 236/2007. Ponente: Ricardo Javier González González. Número de sentencia: 115/2009. Número de recurso: 236/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 304155/2009.

[20] SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 15 de marzo de 2010, recurso 328/2009. Ponente: Hipólito Hernández Barea. Número de sentencia: 134/2010. Número de recurso: 328/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 310950/2010.

[21] «En cuanto a la indicada prueba pericial médica que los actores aportan al proceso se trata de un informe del doctor Andrés en el que el facultativo concluye que la capacidad del testador estaría mermada en base a que la encefalopatía hepática normalmente altera el nivel de consciencia, por lo que, en su opinión, debía haberse contado con la presencia y el asesoramiento de los facultativos que habitualmente atendían al paciente…». Concluyendo que «la valoración crítica y conjunta de toda la prueba conduce a la conclusión de que, tal como apreció el juez de primera instancia, no se ha acreditado en este proceso con certeza lo alegado por los demandantes en torno a que don Melchor no reunía las condiciones necesarias de capacidad para otorgar testamento en el momento en que lo hizo, pues el perito "supone" que podría tener sus facultades mermadas y el notario afirma que, a su juicio, era capaz en el momento del otorgamiento. Por ello, al no haber cumplido la parte demandante con la carga probatoria que le incumbía, a tenor de lo establecido en el citado artículo 217 LEC, ha de colegirse que el testador era capaz y que no concurrió en su consentimiento vicio alguno que lo invalidara. En consecuencia, el causante manifestó válidamente su voluntad, con lo que la acción principal de la demanda ha de ser desestimada a la vez que se desestima el recurso de los demandantes y se confirma en este punto la sentencia recurrida».

[22] SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 5 de octubre de 2006, recurso 135/2006. Ponente: Víctor Manuel Martín Calvo. Número de sentencia: 373/2006. Número de recurso: 135/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 152704/2006.

[23] No se consideran contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento el testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; *requisito que consiste, según conocida jurisprudencia, en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del Código Civil*, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias.

[24] STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2009, recurso 2259/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 789/2009. Número de recurso: 2259/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 237362/2009.

[25] STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de mayo de 2011, recurso 30/2010. Ponente: Juan José Reigosa González. Número de sentencia: 18/2011. Número de recurso: 30/2010. Jurisdicción: Civil. La Ley 113446/2011.

[26] «Los testadores tenían la capacidad suficiente para testar sin que fuera de aplicación el intervalo lúcido a que se refiere el artículo 184 de la LDCG 2006».

[27] STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de marzo de 2013, recurso 1499/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 140/2013. Número de recurso: 1499/2010. Jurisdicción: Civil. Diario La Ley, núm. 8186, Sección Jurisprudencia, de 7 de noviembre de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. La Ley 148672/2013.

[28] Vid. Romero Coloma, Aurelia María, «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *Diario La Ley*, núm. 7349, Sección Tribuna, 24 de febrero de 2010, año XXXI, Ref. D-59, Editorial La Ley. La Ley 20289/2009.

[29] Rovira Perea, Joaquín M., «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos (Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1990)», en *Diario La Ley*, 1992, pág. 993, tomo 2, Editorial La Ley. La Ley 6409/2001.

[30] La propia sentencia de 15 de enero de 2013 recuerda varias sentencias antiguas:

Como la STS de 24 de abril de 1896, que declara que: «no es necesario que la manifestación del notario, acerca de la capacidad de la otorgante, se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, bastando que cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento».

O la STS de 30 de abril de 1909, que concluye que «según regla de buen criterio», y dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener

en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su transcendencia, el límite dentro del cual puedan conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión.

O la STS de 26 de noviembre de 1901, respecto de los actos propios (conformidad con lo dispuesto en el testamento) y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias.

[31] STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, recurso 1862/2002. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Número de sentencia: 893/2008. Número de recurso: 1862/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 148003/2008. El conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas cuya omisión acarreaba la sanción de nulidad. El actor no ha probado la falta de idoneidad de al menos dos de los testigos instrumentales. Por el principio de la equivalencia de los resultados no ha lugar a casar la recurrida, cuyo fallo es desestimatorio aunque por otros motivos. «Aunque el actor hubiese probado la falta de conocimiento del testador por dos de los testigos, al mismo resultado desestimatorio se llegaría aplicando la Disposición Transitoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que es la que realiza una interpretación objetiva de la realidad social, al preceptuar la validez de los testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley que, no cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación anterior, se ajusten a lo previsto en aquella, siempre que no hubiesen sido anulados por resolución judicial firme. Estos requisitos de la conversión formal de un testamento nulo en testamento válido, se dan en el que es objeto de este litigio».

[32] STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de septiembre de 1998, recurso 2318/1994. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Número de recurso: 2318/1994. Jurisdicción: Civil. La Ley 9002/1998.

[33] «La reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa.

Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil *(sic)*, al disponer que hará siempre constar el notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido.

Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad».

[34] STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de enero de 2013, recurso 1578/2009. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 827/2012. Número de recurso:

1578/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 18194/2013. Se interpone acción de nulidad de contrato de compraventa de inmuebles en copropiedad concertado, como parte vendedora, por la madre de los actores (demandada), por haberse extralimitado en el poder especial para venta que le otorgaron los actores junto a sus hermanos (también demandados). Se analiza por la Sala la validez obligacional del contrato de venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato. Inaplicación de la regla de la interpretación *contra proferentem* (art. 1288 CC). Todos los hermanos, poderdantes de la madre, fueron autores y partícipes del apoderamiento otorgado, de su objeto y de la extensión del mismo, de forma que no puede estimarse que fuese obra exclusiva de los actores. La mera vigencia del apoderamiento respecto de la venta realizada, o la falta de exigencia de la obligación de rendir cuentas, no suponen un acto propio inequívoco y definitivo en el sentido de ratificar la disposición patrimonial efectuada, máxime cuando esta ratificación, lejos de producirse, se ha rechazado expresamente a través de la impugnación de la venta realizada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandados y revoca la sentencia recurrida en el extremo pertinente a la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa, pero declara la validez obligacional del contrato con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato.

[35] La propia STS, de 15 de enero de 2013, pone como ejemplo «…desde el plano prioritario de su configuración analítica y conceptual, y fiel tanto a los antecedentes de Derecho Romano como a los patrios, Fuero Juzgo y Partidas, *no debe haber inconveniente alguno en admitir que el presupuesto impulsor de la validez señalada radica en la propia naturaleza de la compraventa con contrato generador de obligaciones* (art. 1445 CC); de forma que la posible frustración de su finalidad traslativa, ya en la entrega o en la transmisión del derecho, da lugar a un amplio abanico de remedios o medidas dispuestos a favor del comprador, entre otras, acciones de indemnización, de resolución o de responsabilidad por evicción que, sobre la base de un efecto típico de incumplimiento, que no de nulidad, *presuponen la lógica validez previa del contrato celebrado*».

[36] Expresamente la Exposición de Motivos de dicha propuesta de anteproyecto, en su apartado VI indica que: «…En el mundo contemporáneo se entiende que, desde el punto de vista económico, la celebración y multiplicación de contratos es una buena medida de fomento del desarrollo que siempre se realiza a través o por medio de contratos de todo tipo. De aquí la conveniencia de facilitar lo más posible la contratación y de suprimir muchas de las cortapisas con que puede encontrarse. Contemplando las cosas desde otro punto de vista puede decirse, especialmente en aquellos casos en que ha existido un principio de ejecución del contrato que es preferible considerar a este como celebrado que organizar las pretensiones de enriquecimiento o de restitución que tendrían que ser lógica consecuencia de la nulidad. La presente reforma se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el hecho de que este se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la Convención de Viena y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Mas se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación». Vid. la web del Ministerio de Justicia.

[37] STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de junio de 2012, recurso 1154/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 438/2012. Número de recurso: 1154/2009. Jurisdicción: Civil. La Ley 138116/2012. Se insta la resolución del contrato de compraventa de vivienda por retraso en la entrega con devolución de las cantidades entregadas. Carácter esencial del plazo fijado por haberlo así dispuesto las partes contratantes. La aplicación de esta jurisprudencia al caso que se examina, exige la desestimación del recurso de casación. La parte recurrente, mantiene que un mero retraso de varios meses en la entrega de la

vivienda objeto de la compraventa no frustra de un modo definitivo las expectativas del contrato, en el modo que se exige por la jurisprudencia de esta Sala, para poder considerarlo válidamente resuelto por la compradora al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

[38] STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012, recurso 1899/2008. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 537/2012. Número de recurso: 1899/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 174262/2012. Resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar la licencia de primera ocupación, al no haber probado la vendedora que la falta de dicha licencia no respondía a motivos relacionados con la imposibilidad de su obtención por la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento. Doctrina jurisprudencial sobre el carácter esencial o no de la falta de obtención de la licencia de primera ocupación por el promotor-vendedor. La falta de obtención de la licencia de primera ocupación no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble. Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia cuando su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible una contravención de la legislación y/o planificación urbanística, correspondiendo a la parte vendedora probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

[39] Por aplicación del artículo 217 LEC, corresponde a la parte que alega la existencia de esta conducta su completa prueba o acreditación, dada la negativa de los demandados a admitirla, debiendo ya desde este momento poner de relieve la contradicción que en principio supone la existencia de las maniobras engañosas con la situación de incapacidad del fallecido, motivo fundamental de la petición de nulidad, pues si no existe voluntad (por falta de cabal juicio) difícilmente podría ser viciada.

1.2. Familia

La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias

The reduction of the food for substancial alteration of the circumstances

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La pensión de alimentos adoptada en un proceso de separación o divorcio puede ser objeto de modificación, procediéndose a la reducción de su cuantía, cuando tiene lugar una alteración sustancial de las circunstancias. Uno de los hechos o circunstancias que pueden determinar tal alteración es el nacimiento de nuevos hijos; si bien, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de abril de 2013, en unificación de doctrina, no supone por sí solo causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o los medios económicos del alimentante son insuficientes para hacer frente a la obligación alimenticia ya impuesta, y a la que resulte de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

ABSTRACT: The food in the procedures of separation and divorce they can be an object of modification, they proceeding to the reduction of his quantity, when a substancial alteration of the circumstances takes places. One of the facts or circumstances that can determine such a alteration is the birth of a new son; though since the arranges the judgment of the Supreme Court of April 30, 2013, he does not suppose for if alone sufficient reason to give place to the modification of the food pensions established in favour of the children of a previous relation, but it is necessary to know if the patrimonial capacity or economics means of the father or mother it is insufficient to face to the food already well versed obligation and to the one that ensures from the needs of children born with posteriority.

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos, patria potestad, hijos menores, modificación, nacimiento nuevos hijos.

KEYWORDS: Food, native legal authority, minor children, modification, birth new childrens.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.—III. LA MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: 1. LA REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS POR EL NACIMIENTO DE NUEVOS HIJOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La ruptura de la relación matrimonial o de pareja cuando existen hijos menores de edad, es una cuestión de enorme trascendencia en el derecho de familia, en orden a determinar en ese momento, cómo y cuáles serán las relaciones futuras de los hijos con cada uno de los progenitores. Si existen acuerdo entre los progenitores en el momento de la ruptura de la convivencia, la situación se inicia sin ánimo conflictivo o contencioso y los beneficios de los acuerdos que se alcancen en el convenio regulador repercuten en los hijos menores; sin embargo, cuando lo que se produce es una enorme conflictividad en esa crisis matrimonial o de pareja, las decisiones sobre la guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión compensatoria y la pensión de alimentos se resuelve por el juez y, se concretan en el pronunciamiento de las medidas definitivas previo informe del Ministerio Fiscal, pensando siempre en el interés del menor o menores, consagrado en nuestro ordenamiento como principio rector que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que puede concurrir (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

En este contexto, la patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. La titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, que son los representantes legales y administradores de los bienes de sus hijos. Entre los derechos y facultades que conforman la patria potestad, cuando los hijos son menores de edad, el artículo 154 del Código Civil contiene el mandato imperativo de alimentarlos, mandato que se extiende a los dos progenitores como obligados a prestar alimentos y cuyo contenido tiene un tratamiento jurídico diferenciado del de los alimentos entre parientes[1]. Incluso, si no se ostenta la patria potestad, el deber persiste conforme al artículo 110 del Código Civil[2]. De forma que, tal deber de alimentar a los hijos menores de edad no emancipados no deriva de la patria potestad, sino de la filiación[3]. Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal, pues, el artículo 93.1 del Código Civil en sede de separación, nulidad o divorcio reitera el mandato imperativo en base al cual el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (arts. 93.1, 145.1 y 1438 del CC), y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del CC). En esencia, la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad constituye una obligación a asumir por ambos progenitores en la cuantía determinada en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio y en la proporción que en la misma se establezca. Se trata, asimismo, de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector *favor filii,* es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito[4]. En definitiva, corresponde al juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia.

Ahora bien, las medidas que se acuerdan en los procesos matrimoniales y de regulación de parejas de hecho, aunque nacen con vocación de permanencia, no

quedan estáticas en el tiempo y así conforme pasan los años, se pueden producir hechos que modifican o alteran las circunstancias que concurrían cuando se adoptaron las medidas. Estos nuevos hechos o circunstancias exigen que se valore la situación actual y se adapten las medidas a las circunstancias económicas y personales que concurren en el momento presente. Lo cierto es que el actual escenario de crisis económica en que se encuentra inmersa España no solo se refleja en el ámbito contractual con un aumento de la morosidad y la insolvencia de personas físicas o jurídicas, sino también en el derecho de familia tanto en el momento inicial a la hora de adoptar las medidas ante la situación de crisis matrimonial o de ruptura de pareja como en la aplicación y desarrollo de las mismas; de ahí el incremento de las ejecuciones de impago, de solicitud de modificación de medidas, esencialmente, dirigidas a solicitar la reducción de las pensiones (compensatoria o de alimentos de los hijos), de extinción o temporalidad de la pensión compensatoria, o, incluso, la suspensión de alimentos a los hijos menores.

A tal efecto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la modificación de la pensión de alimentos por alteración o variación de las circunstancias, más en concreto en su reducción, haciendo especial hincapié en la que tiene lugar por el nacimiento de un nuevo hijo tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de abril de 2013[5], que unifica doctrina. Si bien, con carácter previo, haremos una breve referencia a los criterios necesarios para la determinación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad.

II. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

La pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad la define Serrano Castro como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos» (Serrano Castro, 2010, 177)[6]. Esta obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.3 de la Constitución española, que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia[7]. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitados (art. 91 del CC)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente. Presenta entre otros caracteres (Caso Señal, 212, 135-135 y Lázaro Palau, 2008, 35-41)[8]: 1. Su naturaleza de orden público derivada de la ley y responde tanto a un interés individual como social; 2. Tiene carácter imperativo, debe fijarse siempre; 3. Puede ser establecida de oficio, dada la especial naturaleza de los derechos y obligaciones paterno-filiales; 4. Es una deuda de valor, por ello deben fijarse cláusulas de actualización o estabilización, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero; 5. Es indisponible, irrenunciable e intransmisible a terceros (art. 151 del CC); 6. Es un derecho personalísimo, al estar fundada la

deuda alimenticia en el vínculo familiar que une al deudor con el alimentista; 7. Es relativa, pues, las obligaciones alimenticias en general, al contrario que las obligaciones patrimoniales caracterizadas por su determinabilidad, son indeterminables o relativas, pues, depende su cuantía de dos variables: la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista; 8. No es compensable, de ahí que, ni el obligado a prestarlos pueda compensarlo con los créditos que tenga contra el alimentista, ni, por el contrario, el alimentista puede compensarlos con las deudas que tenga con el alimentante; 9. No es condicionable, pues, el progenitor pagador no puede condicionar el pago de la pensión al cumplimiento del derecho de visitas, ni el progenitor guardador puede condicionar el derecho de visitas al pago de alimentos; 10. Es proporcional, pues, la fijación de la pensión depende de las posibilidades del alimentante, la contribución del progenitor custodio, y las necesidades del propio alimentado; 11. Es imprescriptible, consecuencia de su carácter irrenunciable. Si prescribe el derecho a percibir las pensiones devengadas y no pagadas a las que es de aplicación el plazo de prescripción señalado en el artículo 1966 del Código Civil, a tenor del cual prescriben por el transcurso de cinco años, las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias. En cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva para reclamar en ejecución forzosa las pensiones impagadas, el plazo es, igualmente de cinco años, iniciándose el cómputo no desde la firmeza de la sentencia o resolución, sino desde el incumplimiento; 12. No es preciso acreditar la necesidad de los hijos menores de edad; 13. De carácter permanente e indiscutible; 14. Son de mayor extensión y amplitud que los alimentos debidos al resto de parientes y no se ciñen a lo indispensable, pues abarca todo lo que garantice el mantenimiento del nivel de vida. 15. Variable, consecuencia de la dependencia de factores mutables como la situación patrimonial de las partes, de un lado, y de otro, su carácter propio de su obligación duradera, periódica que, posibilita su modificación; 16. Tiene preferencia sobre los alimentos del resto de los parientes; 17. Unilateral, solo los padres tienen ese deber, mientras los hijos sean menores de edad o, siendo mayores no hayan terminado aún su formación; 18. Periódica, debe efectuarse todos los meses del año; y, 19. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios (Díaz Martínez, 2013, 958)[9]. Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que, el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142 a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este, aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos (Moreno Mozo, 2008, 84)[10]. Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva. La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre. De forma que, se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Junto al mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos, se fija como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia.

La cuantía en que se concretan los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC)[11]. En cuanto a los primeros han de tomarse en consideración tanto los ingresos como las cargas y, asimismo, la capacidad del progenitor que convive

con los hijos, como hemos señalado, también tiene la obligación alimenticia, manifestada en el trabajo personal y la dedicación personal al cuidado del hijo —como alimentos «en especie» o contribución *in natura*— (arts. 103.3.ª apartado 2.º y 1438 del CC)[12]. Respecto a las necesidades de quien lo recibe, los alimentos se dirigen a cubrir todo lo que resulte indispensable para que el hijo menor de edad pueda mantener el nivel de vida del que venía disfrutando hasta la crisis familiar, siempre que sea posible. Por tanto, además de la habitación, vestido, alimentación, formación, sanidad, se han de sumar otros gastos que dependerán de cada concreta situación familiar.

En todo caso, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*, ni incurre en incongruencia por *extra* o *ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse —bien como prestación única anual divida en doce mensualidades o en una cantidad variable en porcentaje sobre los ingresos del obligado, o en tanto alzado—[13]. Si bien, ante la variedad de circunstancias, amplios sectores se han mostrado partidarios del uso de sistema de baremos objetivos, que, partiendo de ciertos datos, permiten dar con una pensión base sobre la que aplicar determinados coeficientes correctores[14].

Por lo que respecta al contenido de la pensión de alimentos hay que señalar que se ha de cubrir no solo las necesidades básicas, sino que debe tenerse en cuenta el nivel de vida mantenido por la familia que, ha de continuar pese a la situación de crisis familiar que conlleva necesariamente un incremento de los gastos. Si bien, ello puede suponer sacrificios personales demasiado costosos, teniendo presente que la ruptura de la convivencia conlleva un descenso de los ingresos, y por ende, del nivel de vida hasta entonces mantenido por el núcleo familiar.

Se ha de cubrir los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista (art. 142 del CC). Ahora bien, frente a estos gastos ordinarios, pueden surgir otros extraordinarios, caracterizados por su imprevisibilidad y elevada cuantía, en los que se pueden distinguir los necesarios de aquellos que dependen del nivel económico de la familia. Su ingente variedad y la falta de criterios fijos para su concreción en los propios tribunales, han contribuido a su confusión con los gastos ordinarios, y suscitado una enorme problemática. No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia (Cabezuelo Arenas, 2010, 112)[15], como así se establece específicamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán —como contribución en especie— (Roca Trías, 1984, 588)[16]. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común. En este contexto, la obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, si bien, en cuanto al devengo de la pensión se ha zanjado el debate existente con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de diciembre de 2013, que unifica doctrina, considerando que los alimentos de los hijos menores de edad en situaciones de crisis de matrimonio o de pareja no casada, deberán prestase por el progenitor deudor desde la fecha en que se interponga la demanda, aplicando para ello el artículo 148 párrafo primero del Código Civil con efectos *ex tunc*[17]. Por otra parte, la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede limitarse temporalmente ya que mientras están sujetos a la patria potestad tiene derecho *ex lege* a los alimentos. Lo que contrasta con la tendencia a favor

de la limitación temporal de la que corresponde a los hijos mayores de edad. Finalmente, el Código Civil al regular las prestaciones alimenticias siempre hace referencia a la necesidad de su actualización. En concreto, se hace referencia en sede de medidas, al establecimiento de las bases de actualización de las cantidades y a la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (arts. 93 y 103 del CC). La forma de actualización más frecuente suele ser con arreglo a las variaciones anuales del IPC.

III. LA MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

El artículo 90, párrafo 3 del Código Civil, dispone que: «*(…) Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*», que reitera el artículo 91 del citado cuerpo legal, y los artículos 775 y 777.9 de la LEC. Asimismo, el artículo 233-7 del Código Civil catalán señala que: «*Las medidas ordenadas en un proceso matrimonial pueden modificarse, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas. 2. El convenio regulador o la sentencia pueden prever anticipadamente las modificaciones pertinentes. 3. Si la parte que solicita judicialmente la modificación de las medidas establecidas por alteración sustancial de las circunstancias ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial iniciando un proceso de mediación, la resolución judicial que modifica la medida, puede retrotraer los efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación*». Y el artículo 77 del Código Foral aragonés en relación con el pacto de relaciones familiares, en cuyo número 3 manifiesta que: «*La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrá llevar a cabo en los siguientes supuestos: a) Por mutuo acuerdo de los padres; b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares; c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes; d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados; e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares; f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto*»; y el artículo 79 del señalado cuerpo legal en relación con las medidas judiciales, cuando dispone que: «*5. Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la convivencia de un régimen de custodia compartida*».

Los artículos 90 y 91 prevén la posibilidad de modificar las medidas acordadas por las partes y aprobadas por el juez en el procedimiento consensuado o las que este hubiera adoptado al amparo del artículo 777.7 LEC. Así, el convenio regulador judicialmente aprobado podrá ser modificado, bien por acuerdo de los cónyuges homologado judicialmente, bien por resolución judicial, a solicitud del Ministerio Fiscal (si hay hijos menores o incapacitados) o de uno de los cónyuges. Asimismo, la modificación de las medidas definitivas aprobadas por el juez e incluidas en la sentencia de nulidad, separación o divorcio podrá solicitarse por los dos cónyuges de mutuo acuerdo o solo por uno. En este contexto, la modificación de medidas como dispone el artículo 775.2 LEC, puede seguir el trámite consensuado —supuesto en que será preciso un nuevo convenio—, o el contencioso presentando

demanda por una de las partes, con oposición de la otra. Ahora bien, para que resulte operativa tal modificación ambos preceptos —arts. 90 y 91— aparte del calificativo sustancial para caracterizar las alteraciones, no aportan ningún otro dato que permita fijar los requisitos que han de concurrir para que la alteración o variación de las circunstancias, pueda determinar la modificación de cualquier medida adoptada en un proceso matrimonial o de ruptura de pareja de hecho. Por lo que, no toda variación aun siendo relevante, determina la modificación, sino que para que sea sustancial ha de incidir de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que tuvieron en cuenta los esposos o los integrantes de la pareja de hecho cuando adoptaron el acuerdo, trastocando de tal forma las mismas que, el convenio no se hubiera suscrito en tales términos o el juez no hubiera adoptado tales medidas, esto es, que la modificación sea de gran trascendencia e importancia, una vez comparadas las situaciones fácticas anteriores y las surgidas con posterioridad, y que tengan cierta vocación de permanencia en el tiempo. En todo caso, esa alteración ha de ser relevante, es decir, seria, evidente, real y grave; y, las circunstancias que motiven tal variación sustancial sean necesarias, objetivas y sobrevenidas y no obedezcan a criterios subjetivos o de conveniencia o complacencia. Han de implicar las nuevas circunstancias una ruptura evidente de la proporcionalidad entre los ingresos —capacidad económica— del obligado y las necesidades del alimentista[18]. De forma que, en este contexto, deben concurrir como parámetros esencialmente objetivos en toda demanda en que se solicite tal modificación para que pueda ser estimada (Díaz Martínez, 2013, 918 y 927; Afonso Rodríguez, 2011, 496 y 497)[19]: 1. Que haya tenido lugar y así se acredite, un cambio o alteración en el conjunto de las circunstancias consideradas al tiempo de adoptar las medidas relativas a los hijos como determinantes de su contenido. Obviamente, tales circunstancias no pueden ser otras que las referidas a los ingresos de los padres obligados a proporcionar alimentos a los hijos, y a las necesidades de estos últimos. 2. Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación de medidas han tenido lugar con posterioridad a la sentencia que fijó tales medidas; 3. Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar las medidas que se tratan de modificar; 4. Que la variación o cambio sustancial resulte esencial, esto es, con la entidad suficiente como para justificar una modificación de las medidas, por lo que ha de afectar al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias; 5. Que el cambio sea permanente en el sentido de aparecer con vocación de estabilidad, y no con carácter meramente transitorio, temporal o circunstancial; 6. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la propia voluntad del cónyuge o del progenitor que solicita la modificación. De ahí, la imprevisibilidad de la alteración, pues, no procede la modificación de la medida cuando al tiempo de ser adoptada, ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias; 7. Que queden suficientemente acreditadas, esto es que, el actor pruebe que, efectivamente, se ha producido una alteración de circunstancias de la entidad descrita (art. 217 LEC); 8. Que tenga lugar una alteración del juicio de proporcionalidad frente al otro progenitor; y 9. Que la alteración no se deba a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación —no haya voluntariedad en el cambio de circunstancias—, al menos en cuanto el acto exceda del desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de la persona.

En todo caso, la apreciación de tales requisitos —que han de ser fielmente observados y motivados para estimar la demanda[20]— obliga al juez, antes de acceder a la modificación de la medida, a analizar las circunstancias presentes en cada caso con el fin de comprobar que, efectivamente se ha producido una alteración

que merezca la consideración de sustancial, de ser permanente en el tiempo, y que no haya voluntariedad en el cambio de las circunstancias. De todas formas, el juez que ha de aprobar el nuevo convenio, asimismo, ha de comprobar que el interés de los menores no se ve perjudicado por el pacto y sin perjuicio de que en la mayoría de los casos, efectivamente haya tenido lugar un cambio de las circunstancias.

Ahora bien, la posibilidad de modificar medidas acordadas con anterioridad —ya sean fruto del acuerdo de los cónyuges o fijadas por el juez a falta del mismo— no tiene otro fundamento que adaptar aquellas a los cambios sustanciales que hayan podido producir en el proceso evolutivo de las relaciones familiares y de los derechos y obligaciones que se generan con motivo de las mismas, con el fin de evitar poner en riesgo los intereses en juego. Para ROCA TRÍAS, la disposición del artículo 90, párrafo tercero del Código Civil, viene a ser un reflejo de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, y añade que, normalmente el objeto de la modificación «serán aquellos acuerdos que impliquen prestaciones de tracto sucesivo, como cuantía de alimentos a los hijos, pensión, uso de la vivienda, y tanto porque sobrevienen nuevas circunstancias (invalidez de un hijo), como en los casos en que sea necesario disminuirlas o aun excluirlas (porque los hijos tengan un trabajo estable, por ejemplo)» (ROCA TRÍAS, 1991, 386)[21].

Por otra parte, conviene aclarar que el procedimiento de modificación de medidas no es una vía para revisar lo ya acordado o decidido; tampoco es el procedimiento adecuado para canalizar la impugnación de un convenio regulador por vicio o error en el consentimiento; asimismo, no es el trámite adecuado para valorar hechos pasados que debieron ser objeto de alegación y prueba en el procedimiento en el que se adoptaron las medidas y no se hizo; ni para introducir pretensiones que debieron plantearse en el primer procedimiento.

Sobre tales bases, en relación con la pensión alimenticia puede suceder que, tras la sentencia matrimonial o de cese de la pareja de hecho, los ingresos que se tuvieron en cuenta para la fijación de aquella se mantengan estables, y no sufran más variación cuantitativa que, la derivada del incremento experimentado anualmente por la aplicación del IPC. Pero también puede ocurrir —lo que viene siendo una realidad habitual en un contexto de crisis como el que vivimos— que los ingresos de los progenitores disminuyan —algunas veces de forma considerable—; o, asimismo, que aumenten sus necesidades, por lo que en ambos casos puede resultar procedente una modificación de medidas que suponga una reducción de la pensión alimenticia. Si bien para ello se deben tener en cuenta los requisitos que con carácter general hemos expuesto para que pueda considerarse que ha existido un cambio sustancial de las circunstancias, que supongan: 1. Que la reducción en los ingresos del obligado al pago de los alimentos se haya producido con posterioridad a dictarse la sentencia en la que se fijó la pensión. 2. Que tal reducción de ingresos tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida. 3. Que esta reducción de ingresos no obedezca a una situación transitoria; 4. Que el motivo o la causa de esta reducción de ingresos se deba a circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del progenitor que solicita la modificación[22]; y 5. Que la reducción de ingresos se acredite suficientemente (PÉREZ MARTÍN, 2012, 648)[23].

Desde otra perspectiva, también es posible que las necesidades de los hijos aumenten y que la actualización anual de la pensión no sea suficiente para cubrirlas, o, asimismo, que los ingresos o el patrimonio del progenitor obligado hayan aumentado. Junto a ello, es igualmente posible que en la demanda de modificación se solicite la fijación de un límite temporal cuando opera un cambio de guarda y custodia.

En todo caso, las bases sobre las que ha de operar una demanda de modificación de medidas exigen, por un lado, analizar la situación económica que existía en el momento en que se adoptaron las medidas, y la situación actual; y, por otro, acreditar que la actual situación económica no obedece a circunstancias transitorias, y por supuesto que, la causa de la reducción no se debe a voluntad del alimentante; debiéndose probar los hechos determinantes de tal situación económica que comporta una reducción involuntaria de ingresos del progenitor obligado al pago, pues, conforme al artículo 217 de la LEC, sobre el actor recae la prueba de la reducción de ingresos[24]. De todas formas, aunque se acredite la reducción de ingresos del progenitor deudor, la pensión de alimentos no podrá reducirse por debajo del umbral que, se considera como de subsistencia o de mínimo vital[25].

En este contexto, centrándonos en la reducción de la pensión de alimentos son numerosos los supuestos que pueden determinar una reducción de la misma. Así, una disminución de ingresos por una reducción de jornada laboral o supresión de las horas extraordinarias impuestas por la empresa[26]; un cambio de empleo o empresa sin que obedezca a una decisión voluntaria del trabajador[27]; o de categoría profesional que supone una reducción sustancial de los ingresos[28]; pérdida del trabajo principal[29]; en caso de trabajador autónomo una caída drástica de los beneficios o cierre de la empresa o negocio[30]; cese definitivo en la actividad laboral y pasar a la situación de jubilado[31]; o la pérdida de trabajo y situaciones de desempleo ante el carácter permanente e irreversible que está adquiriendo en la actual coyuntura económica[32]; la incapacidad laboral del progenitor obligado al pago[33]; por aumento de las necesidades del alimentista, en concreto por el nacimiento de un nuevo hijo que será objeto de tratamiento en el siguiente apartado, o por asunción de nuevas obligaciones para hacer frente a las existentes; no olvidemos que las necesidades de alojamiento al tener que abandonar la vivienda familiar, los recibos que ocasiona el préstamo hipotecario de la vivienda familiar, los gastos que pueden tener en concepto de alimentación propia y del cumplimiento del régimen de visitas en relación con los gastos de desplazamiento son hechos tenidos ya en cuenta al fijar la pensión, por lo que ha de tratarse de nuevas obligaciones que incidan de forma determinante en la capacidad económica del progenitor obligado al pago[34]; o por un aumento de los ingresos del progenitor custodio, cuando accede a un empleo remunerado que antes no tenía[35]; no así por la convivencia con un tercero, pues, sobre él no recae la obligación de alimentar a los hijos de su cónyuge o pareja, aunque sí contribuir al sostenimiento de los gastos de la familia —de ahí que se rechace como causa de modificación de la pensión alimenticia[36]—; o por una disminución de las necesidades de los hijos[37]; o, en fin, la percepción de ingresos por parte de los hijos mayores de edad[38].

1. La reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos

La crisis definitiva del matrimonio que, puede dar lugar a la separación o el divorcio, o la ruptura de la pareja de hecho no impide que los integrantes de las mismas, puedan rehacer sus vidas e iniciar nuevas relaciones que, pueden ocasionar un incremento de las necesidades, al aumentar los gastos, máxime si estos son motivados por el nacimiento de nuevos hijos. Así, puede darse el caso que los ingresos resulten insuficientes para atender todas las necesidades, por lo que se intenta solucionar la cuestión mediante una demanda de modificación de

medidas, reduciendo las prestaciones alimenticias del primer matrimonio o de la primera relación. En todo caso, es criterio unánime que el nacimiento de nuevos hijos no es causa automática de reducción de la pensión alimenticia[39]. En efecto, aun tratándose de un hecho trascendente para el progenitor, por sí no supone una alteración sustancial de las circunstancias que determine una modificación de la pensión alimenticia. Además, habrá de probarse que el obligado al pago de alimentos no cuenta con capacidad económica para atender ambas obligaciones alimenticias, ya que si se demuestra que tiene medios suficientes para hacer frente a nuevas cargas, resultará intrascendente el nacimiento de otros hijos. Asimismo, habrá de comprobarse si la nueva pareja del progenitor cuenta con ingresos o medios para atender las obligaciones alimenticias derivadas de la patria potestad (art. 154 del CC); y, si va a dilatarse en el tiempo la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones alimenticias, siendo criterio a tener en cuenta, que si se ha hecho frente a las mismas durante cierto tiempo, no podrá considerarse esta circunstancia como hecho nuevo.

En todo caso, las pensiones alimenticias quedan a salvo de las fluctuaciones económicas que puede experimentar el patrimonio del alimentante por causas dependientes de su voluntad. Así, poner fin, voluntariamente a un determinado trabajo con el que conseguía mayores ingresos, solicitar un préstamo personal para la compra de un vehículo, o el hecho de tener que hacer frente a un nuevo crédito hipotecario para la adquisición de un nuevo piso, son actos que influyen ciertamente en la capacidad económica de quien los realiza, pero no pueden perjudicar la obligación de alimentos acordada.

Llegado a este punto, son varias las posiciones adoptadas por nuestros tribunales —sobre todo en el seno de las Audiencias Provinciales— en relación con la asunción de una nueva carga familiar, consecuencia del nacimiento de un nuevo hijo. Así, una primera sostiene que el nacimiento de nuevos hijos no supone una alteración sustancial de las circunstancias que determine una modificación de las medidas adoptadas respecto del anterior matrimonio, pues, entienden que el aumento de la prole no puede acarrear un perjuicio económico a los hijos habidos en el anterior matrimonio o relación de pareja que suponga una reducción de su pensión alimenticia, ya que el hecho del nacimiento de un nuevo hijo representa un acto voluntariamente asumido por el progenitor con la consiguiente obligación de hacer frente a todas las consecuencias que de ello se deriven —quien opta por formar una nueva familia, es porque sabe que puede asumir los gastos—; por lo que, al no ser una situación impuesta al que la alega, sino una opción voluntaria, no debe tener consecuencias negativas respecto a la pensión debida a los hijos de su anterior matrimonio o unión. Se recuerda que la causa que motiva la alteración de circunstancias, ha de ser ajena al progenitor que solicita la modificación y, además se trata de un hecho futuro previsible que conlleva la asunción por aquel de las consecuencias que, el mismo conlleva. Con ello no se acredita desigualdad ninguna entre los hijos por el hecho temporal del nacimiento, pues, estamos ante una obligación alimenticia no impuesta que, no puede perjudicar a los hijos del anterior matrimonio o pareja. Por lo que antes de iniciar cualquier relación o de tener nuevos hijos, se ha de tener presente la existencia de cargas alimenticia de obligado cumplimiento, y, calcular si con sus actuales ingresos se pueden atender las necesidades que, genera la nueva descendencia junto con la anterior[40].

Tal posición no ha estado exenta de crítica, pues, el privar a una persona del derecho a formar una nueva familia y rehacer su vida mal casa con el principio de libre desarrollo de la personalidad del progenitor; lo que, asimismo, redundaría

sea de paso en una violación del *ius connubii*, o en una intromisión de la intimidad de las personas el poner en tela de juicio la decisión de asumir una nueva paternidad[41]. Además, ningún hijo puede resultar perjudicado por el momento de su nacimiento, y puede resultar discriminatorio y contrario al principio de igualdad de los hijos el privilegiar a los que tienen derecho a una pensión de alimentos sobre los nacidos con posterioridad, pues, las cargas alimenticias forman parte del contenido de la patria potestad y son de obligado cumplimiento por todos los progenitores. Por otra parte, no resulta lógico que la nueva pareja sea la que deba asumir la obligación alimenticia de los nuevos hijos ante la insuficiencia de recursos del progenitor obligado al pago (JIMÉNEZ LINARES, 1999, 29 y 30)[42].

Otros optan por una posición afirmativa al considerar que el nacimiento de nuevos hijos sí implica una alteración sustancial de las circunstancias a los efectos de modificar la pensión de alimentos, pues el nacimiento de un nuevo hijo supone asumir los deberes propios de la patria potestad entre los que se incluyen el deber de alimentos (art. 154 CC), lo cual tiene respaldo constitucional (art. 39 de la Constitución Española). Por lo que, si aumenta el número de beneficiarios de la prestación alimenticia, debe entenderse que se ha producido un hecho nuevo que altera sustancialmente las circunstancias y exige una redistribución de los ingresos de forma equitativa entre todos los hijos, aunque ello conlleve reducir la cuantía de las pensiones alimenticias convenidas. Operar de otro modo conllevaría una situación de desigualdad para los hijos habidos de una ulterior relación (art. 14 de la Constitución Española). Además, iniciar una nueva relación (matrimonial o no) no es un capricho o una arbitrariedad del progenitor, sino una opción de la que no se puede privar a quien la inicia, ni una circunstancia prevista o previsible —como tampoco el nacimiento de un nuevo hijo— en el momento de fijarse la pensión de alimentos y de aprobarse el convenio, al ser circunstancias sobrevenidas. En todo caso, las obligaciones alimenticias que se fijaron en la sentencia de separación o divorcio, o en la ruptura de la pareja de hecho no tienen la consideración de crédito privilegiado que en concurrencia con otras, asimismo, exigibles al progenitor obligado, ocupen un lugar preferente, en el sentido de que hasta que no se abonen, los ingresos del obligado no se pueden destinar a cubrir ninguna otra carga[43].

Finalmente, no faltan resoluciones que adoptan una postura intermedia —ecléctica—, mostrándose al efecto decididamente partidarias de ponderar globalmente el conjunto de derechos y obligaciones concurrentes, antes de pronunciarse acerca de la incidencia que ha de tener el hecho de la nueva descendencia. Así consideran que el nacimiento de nuevos hijos *per se* no dan origen a la reducción de la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de anterior relación, sino que para que ello ocurra se ha de acreditar, después de un análisis ponderado de las circunstancias, la imposibilidad del obligado para hacer frente a las obligaciones de todos los hijos. Esto exige aportar las correspondientes pruebas que, demuestren la insuficiencia de la capacidad económica del alimentante para hacer frente a sus obligaciones alimenticias, y, que de no operar tal reducción se puede comprometer el sustento de los hijos nacidos con posterioridad. Por lo que la falta de ingresos del alimentante ha de afectar por igual a todos los hijos, sin que ninguno quede privado de la debida prestación alimenticia[44]. En todo caso, la paternidad responsable implica una suerte de planificación relativa a las posibilidades de dar cumplimiento a las obligaciones que, el artículo 154 del Código Civil contempla respecto de los hijos, entre las que se encuentra, la prestación de alimentos. Es evidente que el nacimiento de nuevos hijos dentro o fuera del matrimonio significa, además de muchas otras cosas, la asunción

de una serie de responsabilidades, también económicas que no pueden y deben repercutirse simplemente sobre los hijos alimentistas, a menos que se acredite la imposibilidad del alimentante de atender económicamente a toda su descendencia y en los términos fijados judicialmente; de forma que, la nueva situación debe afectar por igual a todos los integrantes de las dos unidades familiares, la precedente y la actual; pues, actuar de otro modo es colocar en peor condición a los descendientes venidos al mundo con posterioridad a la separación o divorcio[45].

En consonancia con esta última postura, opera el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de abril de 2013, que después de no aceptar el criterio de la Audiencia que, niega que exista un cambio de circunstancias porque el «aumento de las necesidades económicas, se ha producido de forma voluntaria, lo que determina que no puedan ser repercutidas sus consecuencias en los alimentos correspondiente a sus hijos», alineándose de esta forma la sentencia de la Audiencia con la posición negativa que, considera que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, una alteración de las circunstancias que, permita reducir las pensiones alimenticias establecidas para con los hijos de una relación anterior, toda vez que dicha situación deriva de un acto voluntario y consciente de las obligaciones asumidas que no puede perjudicar a aquellos, manifiesta al respecto el Alto Tribunal, de forma acertada, a nuestro entender, que: «Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma, la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distribución que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo, pues, deriva de la relación paterno-filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante. Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario, el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido —situación esta que sí redundaría en una disminución de su fortuna—. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó, pues, la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer (STS de 3 de octubre de 2008)».

Por lo que aquí interesa, continúa señalando la Sala Primera, «el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es

ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante, sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos, prueba que no se ha hecho. Y es que el cambio de medida se argumenta en la demanda exclusivamente sobre la base del nacimiento de estos dos nuevos hijos, sin que la misma contenga referencia alguna a si esta nueva situación supone una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento, cuyos recursos se ignoran, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil, "cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo"».

Es por ello, concluye la sentencia, que «el interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en lo que se refiere a este segundo motivo, pese a mantener el criterio desestimatorio de la demanda y formular como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad».

En este contexto, entendemos que, el hecho de que un progenitor separado o divorciado pase a convivir establemente con una nueva pareja, no representa un capricho o una arbitrariedad, sino una tendencia natural del ser humano de convivir con otro. Asimismo, el constituir una familia constituye un desarrollo de la personalidad del individuo como el hecho mismo de la procreación. Por otra parte, los derechos de los nuevos descendientes son idénticos a los del hijo que tiene reconocida una pensión de alimentos, de forma que, no pueden ser mermados a favor o en beneficio de uno u otro. Los hijos menores de edad no emancipados, cualquiera que sea su filiación, están bajo la patria potestad de los padres, entre cuyos deberes está el de alimentarlos, sin que se puede discriminar en función del momento temporal de su nacimiento (arts. 108 y 154 del CC). Debe imperar el principio de paternidad responsable. Además, el artículo 39 de la Constitución Española preceptúa que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica o jurídica de la familia, norma aplicable tanto a la familia anterior como a la que se forma con posterioridad; y, asimismo, que establece la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación. Sobre tales bases resulta necesario ponderar si la capacidad económica o patrimonial del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente tanto a la obligación alimenticia impuesta como a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir los ingresos, sin por ello comprometer y perjudicar la situación de ninguno de los hijos menores. Por tanto, si se pretender obtener una reducción de la pensión alimenticia, se debe probar la insuficiencia de recursos y los perjuicios que se pueden derivar del mantenimiento de las correspondien-

tes medidas. Asimismo, habrá de tenerse en cuenta las posibilidades del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de sus descendientes, sin hacer por ello recaer en el mismo la totalidad de la obligación. En esencia, para que el nacimiento de nuevos hijos —en cuanto supone un incremento económico de las obligaciones del progenitor—, tenga repercusión en los alimentos de los hijos habidos en una anterior unión, exige ponderar todas las circunstancias que concurren (ingresos, deudas, gastos ordinarios o extraordinarios, nivel de vida, capacidad económica de los otros progenitores, etc.) a los efectos de reequilibrar adecuadamente las cargas que, pesan sobre el progenitor del que dependen económicamente en todo o en parte, ambos núcleos familiares, cuando la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante son insuficientes para hacer frente a la obligación impuesta y a la que resulta de los hijos nacidos con posterioridad.

Ahora bien, desde un punto de vista procesal, el procedimiento que se sigue para la modificación de las medidas, como señala el artículo 775.2 de la LEC, es el mismo que para las medidas definitivas contenciosas (art. 770 LEC) o de mutuo acuerdo (art. 777 de la LEC). De todas formas, la modificación de medidas iniciada como contenciosa puede transformarse en consensuada, al igual que el procedimiento matrimonial (resulta aplicable el art. 770.5 LEC). En cuanto a la competencia objetiva corresponde a los juzgados de primera instancia, o a los Juzgados de Familia en aquellas demarcaciones en que han sido creados. Respecto a la competencia funcional, los juicios de modificación de medidas definitivas del artículo 775.1 de la LEC ya no siguen la competencia de los procedimientos de separación o divorcio donde se hubiera fijado, como ocurría con la normativa procesal anterior, por lo que no se puede considerar un incidente del juicio principal ni como ejecución de sentencia, por lo que ha de regirse por lo dispuesto en el artículo 769 de la LEC[46]. De forma que el procedimiento de modificación de medidas es un proceso independiente y autónomo respecto de las medidas definitivas que se pretenden modificar; por la que, al menos por el criterio de competencia funcional, no tienen que ser necesariamente tramitado por el Juzgado que las dictó. En materia de competencia territorial, en principio rigen las normas generales del artículo 769 de la LEC, por lo que el fuero territorial, habitualmente coincidirá con el del juzgado que dictó la medida, cuya modificación se pretende, pero es evidente que, dependiendo de cada caso, esto no tiene que ser siempre así. En los procesos contenciosos de modificación de medidas matrimoniales será competente el juzgado del lugar del domicilio conyugal, en el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será el tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. En los procedimientos de mutuo acuerdo de modificación de medidas matrimoniales será competente a elección de los demandantes o cónyuges, el del último domicilio del matrimonio o el de cualquiera de ellos. Si se insta la modificación de medidas paterno-filiales (bien de forma contenciosa o de mutuo acuerdo), será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será el tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor. Por otra parte, no debe dejar de señalarse que, si por aplicación de las reglas anteriores, la demanda de modificación de medidas ha de presentarse en los Juzgados de Primera Instancia del mismo partido judicial donde se dictaron las medidas definitivas, por normas internas de reparto —de atracción— habrá de recaer en el mismo juzgado que dictó las medidas definitivas. La legitimación

tanto activa como pasiva, en general, corresponderá a las mismas partes procesales del previo proceso matrimonial o paterno-filial, cuya modificación se interesa, esto es, los cónyuges, excónyuges y progenitores. Como excepción el artículo 102.2 del Código Civil permite solicitar la reducción o supresión de la pensión compensatoria a los herederos del cónyuge deudor de la pensión fallecido. La única controversia en este punto puede surgir cuando se insta la modificación o extinción de la medida de pensión de alimentos, adoptados a favor del hijo mayor de edad o a favor del hijo menor, pero que ya es mayor de edad. La cuestión no es pacífica en la jurisprudencia menor. La opinión mayoritaria se inclina por entender que no es necesario demandar a estos hijos ya mayores de edad, ni su falta de llamamiento al proceso determina una falta de litisconsorcio pasivo necesario[47]; aunque no faltan resoluciones que, estiman lo contrario[48]. En una posición intermedia se entiende que, en principio, estos hijos mayores de edad no deben ser demandados, siempre, eso sí que, continúen conviviendo junto al progenitor que recibe los alimentos; de modo que, si son mayores de edad y ya no conviven con el progenitor custodio y se pretende por el otro progenitor la modificación de la medida, estos hijos habrán de ser demandados[49]. Por otra parte, el artículo 775.1 de la LEC reconoce legitimación para solicitar al Tribunal la modificación de medidas al Ministerio Fiscal, cuando hay hijos menores de edad o incapacitados, y a los cónyuges contra el otro, y contra el Ministerio Fiscal, cuando en el matrimonio, igualmente, hay hijos menores e incapacitados

Para que sea procedente la acción de modificación deben cumplirse los siguientes requisitos: 1. Que los hechos en los que se base la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijo las medidas; 2. Que la variación o cambio de las circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida; 3. Que el cambio de circunstancias sea permanente o, al menos, que no obedezca a una situación de carácter transitorio; y 4. Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

Ahora bien, este procedimiento de modificación de medidas no se deberá utilizar ni para pedir medidas que no se hayan acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad, o en la dictada para regular las consecuencias del cese de una pareja de hecho; ni para la actualización de ninguna medida o cláusula de contenido económico; ni para la impugnación del convenio por vicio o error del consentimiento; ni, en fin, para volver a examinar y valorar las pruebas de los hechos ya enjuiciados con el fin de provocar nueva sentencia, sin alegar ningún evento nuevo que, haya alterado de forma sustancial las circunstancias existentes.

Respecto a los efectos de las nuevas medidas, si la demanda de modificación prospera, el Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor, de manera mayoritaria, tienen declarado el efecto constitutivo de las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas fijadas en una sentencia de separación o divorcio, y, con efectos *ex nunc*; más, en concreto, las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas patrimoniales o económicas derivadas de un procedimiento matrimonial tienen carácter constitutivo y no declarativo; de ahí, sus efectos *ex nunc*, y, por tanto sin retroacción[50].

Finalmente, hemos de señalar que, por un lado, el acceso a casación de la modificación de medidas tiene su origen en la reforma del artículo 775.2 de la LEC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, pues, antes en el citado precepto se hacía una remisión al artículo 771 LEC, que impedía tal acceso por tratarse de una cuestión incidental, decidida mediante auto, y, en consecuencia, no tenía

la consideración de «sentencia de segunda instancia» que exige el artículo 477.2 LEC. Y, por otro, que las partes al suscribir el convenio y ser aprobado por el juez, pueden haber acordado la extinción o cambio automático de algunas medidas con el transcurso del tiempo o el cumplimiento de alguna condición y, asimismo, el juez puede haber hecho previsiones de futuro respecto de las medidas definitivas adoptadas (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, 918 y 919)[51].

IV. BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E. (2011): «Comentarios a los artículos 90 y 91 del Código Civil», en *Código Civil comentado,* vol. I, Navarra, Civitas Thomson Reuters (págs. 496-497).

CABEZUELO ARENAS, A. L. (2010): *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio*, Navarra, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Reuters.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013): «Comentario a los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* T. I, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, Tirant lo Blanch (págs. 918-919 y 927).

— (2012): «Una relectura de los presupuestos para la fijación y modificación de medidas en procedimientos de separación y divorcio a la luz de la crisis económica», en *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 7, noviembre (págs. 99-113).

JIMÉNEZ LINARES, M.ª J. (1999): «La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias», en *Aranzadi Civil,* núm. 16, diciembre (págs. 29-30).

LÁZARO PALAU, C. (2008): *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Navarra, Thomson Aranzadi.

PÉREZ MARTÍN, A. J. (2012): *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales. Tratado de Derecho de Familia,* T. IV, 3.ª ed., Valladolid, Lex Nova.

PÉREZ MARTÍN, A. J. y PÉREZ RUFIÁN, L. (2012): «La crisis económica y la pensión alimenticia», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 57 (págs. 25-46).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001.
- ATS, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2002.
- ATS, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2007.
- STS, Sala 1.ª, de 30 de abril de 2013.
- SAP de Valencia, de 23 de febrero de 1993.
- SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 6 de julio de 1998.
- SAP de Valencia, Sección 8.ª, de 4 de julio de 2000.
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 19 de abril de 2001.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2002.
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 17 de junio de 2002.
- SAP de Sevilla, Sección 5.ª, de 5 de diciembre de 2003.
- SAP de Tarragona, Sección 3.ª, de 1 de junio de 2004.
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 15 de junio de 2005.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 30 de septiembre de 2005.

- SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 3 de noviembre de 2005.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de febrero de 2006.
- SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de abril de 2006.
- SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 7 de mayo de 2008.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de marzo de 2009.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2010.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de junio de 2012.
- SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 5 de octubre de 2012.
- SAP de Murcia, Sección 4.ª, de 7 de diciembre de 2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 17 de diciembre de 2012.

NOTAS

[1] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993/7464), donde se indica que, «aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivado básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

[2] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993/7464); y de 8 de abril de 1995 *(RJ* 1995/2991).

[3] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2010 (LA LEY 151774/2010).

[4] Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional, número 120/84, de 10 de diciembre (LA LEY 54948-NS/0000), el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

[5] LA LEY 36263/2013. Los hechos sobre los que sustenta esta sentencia son los siguientes: Don Borja estaba casado con doña Eva María. Del mencionado vínculo matrimonial nacieron dos hijos, Jorge y Elisa, de diecisiete y trece años de edad en el momento de interponer la demanda. Mediante sentencia de 28 de septiembre de 2004, se decretó la separación de los cónyuges y se aprobó el convenio regulador en el que se estableció que la guarda y custodia de ambos hijos la tuviera la madre y que el padre satisfaría a su cónyuge en concepto de alimentos la cantidad de 400 euros por cada uno de ellos. Se convino, además, que el pago del préstamo hipotecario de la vivienda conyugal lo haría efectivo en su totalidad el señor Borja, que es el que formula la demanda. Como quiera que, a su juicio, las circunstancias habían cambiado con motivo de una nueva relación de pareja, de la que tiene otros dos hijos, solicitó, junto al divorcio, una modificación de las medidas adoptadas con relación a los alimentos y a la hipoteca. Aquellos para que se redujeran a 250 euros por cada hijo. Esta para que el préstamo se haga efectivo al 50 por 100 por cada uno de los cónyuges. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Úbeda (Jaén), dictó sentencia con fecha de 8 de junio de 2011, en el que estima parcialmente la demanda interpuesta por don Borja contra doña Eva María, declarando la disolución del matrimonio por divorcio de don Borja y doña Eva, y declarando vigentes las medidas acordadas en la sentencia de separación que se dictó en el previo proceso número 305/2004 del Juzgado número 2 de Úbeda, salvo los siguientes pronunciamientos: Respecto de los alimentos para los hijos, el padre satisfará a doña Eva María la cantidad de 300 euros por cada uno de ellos que mensualmente será ingresada en la cuenta que la señora Eva María designe en los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijado por el INE u otro organismo que lo sustituya. Cada una de las partes satisfará el 50 por 100 de los gastos

extraordinarios de los hijos que se pudieran ocasionar. Respecto de la hipoteca que grava la vivienda familiar, ambas partes harán frente al pago de la misma al 50 por 100, así como a los inherentes, es decir, las cuotas correspondientes a dicha hipoteca, seguros obligatorios por dicho préstamo hipotecario, el impuesto sobre bienes inmuebles, derramas extraordinarias de comunidad destinadas al mantenimiento y conservación del inmueble. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Borja, la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Jaén dicta sentencia con fecha de 10 de febrero de 2012 en la que se revoca parcialmente la resolución de 8 de julio de 2011, en cuanto a los pronunciamientos sobre alimentos de los hijos y el pago de la cuota hipotecaria, y en su lugar mantiene las medidas que sobre alimentos de los hijos y pago de la hipoteca regían por expreso pacto de las partes en convenio regulador de sus relaciones futuras firmado en la ciudad de Úbeda, el día 14 de mayo de 2004. Para ello argumenta que: «En el caso que se examina, la variación de las circunstancias tenidas en cuenta en la elaboración del convenio por aumento de las necesidades económicas, se ha producido de forma voluntaria por el obligado a su pago, y por tanto, no impuestas al mismo contrariamente a su voluntad, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencias en los alimentos correspondientes a sus hijos, no participando su nueva situación de objetividad y al margen de quien insta el procedimiento nuevo, así como no ser ni imprevista ni previsibles, al momento de realización del convenio regulador, negocio jurídico en el ámbito del derecho de familia, que se encuentra radicado en el principio *pacta sunt servanda* (art. 1255 CC), y que permite el pago por uno de los cónyuges al acreedor hipotecario, de la efectiva deuda de la cuota hipotecaria, y ello sin perjuicio ni limitación de los derechos del citado acreedor hipotecario, derivadas del contrato de préstamo, siendo que los pagos realizados por uno de los cónyuges habrán de tener su reflejo contable al momento de liquidación del bien ganancial. Por lo tanto, existiendo acuerdo en el pago de la cuota por uno solo de los cónyuges, sin limitación de los derechos del acreedor hipotecario, concretada en su facultad de reclamar de los deudores, no procede suprimir la obligación de pago en la forma pactada entre los socios, conforme al contenido del artículo 1091 del Código Civil, en relación con el citado artículo 1255 del Código Civil». Don Borja formuló recurso de casación por existencia de interés casacional. El primero por infracción de lo dispuesto en los artículos 1362 y 1255 del Código Civil, por aplicación indebida, puesto que se ignora la jurisprudencia que cita el motivo referida a que la hipoteca que grava la vivienda familiar no debe ser considerada carga del matrimonio, sino una deuda de la sociedad de gananciales, y de que es posible instar el cambio en un nuevo procedimiento como el divorcio, sin que ello suponga vulneración del artículo 1255 del Código Civil, que se desestima; y el segundo motivo se insta a la Sala a un pronunciamiento que unifique los criterios jurídicos discrepantes entre las Audiencias Provinciales con relación a la modificación de las medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante.

[6] Serrano Castro, Francisco de Asís (2010), *Relaciones paterno-filiales*, Madrid, El Derecho (pág. 177). La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 *(AC* 2001/162), señala que los alimentos de los hijos menores de edad se han de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 del CC); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar y procurar una educación integral de sus hijos menores (art. 154 del CC); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (art. 93 del CC) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

[7] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001/2562); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 12 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/65247); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/260210).

[8] Caso Señal, M. (2012), «Medidas en relación con los hijos», en *Memento Experto. Crisis matrimoniales*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre (págs. 135-136); Lázaro Palau, C. M.ª (2008), *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Navarra, Thomson-Aranzadi (págs. 35-41); Delgado Echevarría, J. (1993), «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Pablo Salvador Cordech, T. I, 2.ª ed., Madrid, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia (pág. 523); Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2012), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, undécima edición, Madrid, Tecnos (págs. 43-44). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 *(RJ* 1982/5550); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 17 de febrero de 1996 *(AC* 1996/360); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/156500); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 18 de marzo de 2002 *(JUR* 2002/140442); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de abril de 2003 *(JUR* 2003/188336); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 14 de febrero de 2005 *(AC* 2005/2076).

[9] Díaz Martínez, A. (2013), «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil,* T. I, director: Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch (pág. 958).

[10] Moreno Mozo, F. (2008), *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada, Comares (pág. 84).

[11] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de mayo de 1999 *(AC* 1999/5921); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/95648); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2002 *(JUR* 2002/136715); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003/82105); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 2 de enero de 2005 *(JUR* 2005/104809); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/158589); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 20 de noviembre de 2009 *(JUR* 2010/26448); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010/68554).

[12] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de octubre de 1994 *(AC* 1994/2506); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2002 *(JUR* 2002/177391).

[13] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 17 de marzo de 1998 *(AC* 1998/3998); y de la misma Audiencia, Sección 7.ª, de 22 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001/95673).

[14] Las tablas de Düsseldorf que vienen utilizándose en Alemania desde 1961; la llamada fórmula de California que utilizan múltiples variables: ganancias reales de los padres, otras cargas familiares, tiempo real de compañía de los hijos, gastos de sanidad, etc.; la *Familia Support Act* de 1988, que impone a los diferentes estados la puesta en práctica de un baremo matemático llamado *guidelines,* para lo cual los Tribunales de Familia de Washington DC cuentan con un programa informático; en Canadá, el legislador federal establece un conjunto de reglas y tablas para calcular la pensión alimenticia —*Federal Child Support Guidelines*— basada en estudios económicos sobre la media de gasto por hijo en diferentes niveles de la renta familiar —con base en la contabilidad nacional y en las Encuestas de Presupuestos Familiares—. Las tablas son vinculantes para los jueces, aunque los padres pueden llegar a acuerdos. En todo caso, el importe de la pensión se calcula en función de los ingresos del deudor, del número de hijos y de la provincia en que el deudor vive. En España, recientemente, el Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Grupo de Trabajo de jueces de familia ha elaborado unas tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia, adaptadas a la jurisprudencia, realizadas con bases científicas y con apoyo del Instituto Nacional de Estadística tanto a través del suministro de los datos estadísticos de base como del conocimiento estadístico y econométrico para su procesamiento. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial fue informado en su sesión del 11 de julio de 2013 de la Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en el proceso de familia. Se pretende con ello alcanzar los siguientes objetivos: 1. Dotar a

este instrumento para el cálculo de las pensiones alimenticias en los procesos de familia de un sustrato estadístico fiable; 2. Actualizar estas tablas según se produzcan cambios en la estructura de gastos de las familias y como mínimo cada cinco años. 3. Informar sobre la utilización de las tablas a través de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial; 4. Difundir la existencia de las tablas entre jueces, magistrados y abogados y demás operadores jurídicos; y 5. Poner a disposición de los jueces, magistrados y operadores jurídicos, un programa informático que les permita, en base a las tablas, y a algunas de las características del caso que deben juzgar, obtener de forma sencilla e inmediata la cifra orientativa para la pensión a fijar. Vid., Ruisánchez Capelastegui, C. (2000), «Las "Tablas de Düsseldorf". El sistema judicial alemán de fijación de las pensiones alimenticias», en *La Ley,* año XXI, núm. 5132, de 4 de septiembre de 2000, 1-3; y Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones de alimenticias de los hijos en el proceso de familia (La Ley 5723/2013). La sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1.ª, de 14 de octubre de 2013 *(JUR* 2013/336180) se refiere a las tablas elaboradas por el CGPJ para el cálculo de la pensión alimenticia.

[15] Cabezuelo Arenas, A. I. (2010), *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 del CC)*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi (pág. 112). Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107/2011); de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107/2011); y de la Sala Primera de lo Civil, de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422/2012).

[16] Roca Trías, E. (1984), «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Madrid, Tecnos (pág. 588). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 *(AC* 1998/6858).

[17] Id. Cendoj. 28079110012013100728; *RJ* 2013/384609 (*Fundamento de Derecho segundo*). Esta Sala en la reciente sentencia de 27 de noviembre de 2013 (núm. 742/2013), dictada también en unificación de doctrina y con ocasión de una pensión de alimentos fijada en un proceso de declaración de filiación no matrimonial, había abordado en toda su extensión los fundamentos de aplicabilidad del artículo 148, párrafo primero del Código Civil, señalando la razón de compatibilidad, como norma general, que resulta de la obligación de alimentos entre parientes. Puntualizándose que dicha razón de compatibilidad, derivada de la caracterización de estas acciones, ya resultaba destacada en la sentencia de esta misma Sala de 14 de junio de 2011 (núm. 204/2011), en relación a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis de matrimonio o de pareja no casada, todo ello concordante con la argumentación sostenida por el Ministerio Fiscal.

[18] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 4 de febrero de 2000 *(JUR* 20002/133240); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2000 *(JUR* 2000/23727); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 26 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003/8511); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 1 de junio de 2004 *(JUR* 2004/236231); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 2009 *(JUR* 2009/280022); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de junio de 2012 *(JUR* 2012/223954) se refiere a acontecimientos futuros, nuevos, inciertos, imprevistos y de notoria significación; de la misma Audiencia, Sección 24.ª, de 1 de junio de 2012 *(JUR* 2012/269950), precisa que para el éxito de la modificación se requiere un previo examen comparativo de las circunstancias, acontecimientos y hechos preexistentes al tiempo del divorcio y actuales. Asimismo, añade que la disminución de ingresos ha de ser de entidad suficiente para que de no reducirse la pensión, no se pueda cumplir con la obligación; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 17 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013/313008); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 1 de octubre de 2013 *(JUR* 2013/329616), ha de tratarse de hechos nuevos.

[19] Díaz Martínez, A. (2013), «Comentario al artículo 91 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* T. I, director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch (págs. 918 y 927); Afonso Rodríguez, M.ª E. (2011), «Comentario a los artículos 90 y 91 del Código Civil», en *Código Civil comentado,* vol. I, directores: Ana Cañizares Laso, Pedro de

PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Navarra, Civitas Thomson Reuters (págs. 496-497). Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 11 de marzo de 2010 *(RJ* 2010/2723); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 20 de septiembre de 1995 *(AC* 1995/1766); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de junio de 1996 *(AC* 1996/1113); de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 5 de mayo de 1998 *(AC* 1998/5773); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 25 de enero de 2001 *(JUR* 2001/82808); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.ª, de 19 de abril de 2001 *(AC* 2001/1096); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2001 *(JUR* 2001/266348); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de julio de 2001 *(JUR* 2001/310644); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 18 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003/28024); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 20 de enero de 2003 *(JUR* 2003/243585); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 14 de febrero de 2003 *(JUR* 2003/196427); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 *(JUR* 2005/51650); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 15 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/13035); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 *(JUR* 2006/145096); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 16 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011/41401); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 7 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013/10333); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 2013 *(JUR* 2013/348297).

[20] Máxime si lo que se pretende es la reducción de la pensión.

[21] ROCA TRÍAS, E. (1991), «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* T. I, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO y Pablo SALVADOR CORDECH, Madrid, Secretaría Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia (pág. 386). En el mismo sentido respecto al objeto se pronuncia, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009), «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters (pág. 209).

[22] El posterior endeudamiento ha de ser ineludible e imprevisto, más no deliberado y voluntario. De forma que, quien libremente acomete nuevas empresas o emprende inversiones de cierta envergadura, no ha de comprometer en modo alguno, la manutención de sus hijos, debiendo solo él afrontar las consecuencias adversas que produzcan para su economía tales decisiones temerarias. Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 6 de febrero de 1996 *(AC* 1996/289), se reputa intolerable que los efectos derivados de la posterior adquisición de una vivienda por el padre, hayan de sufrirlos los hijos, viendo reducidas sus pensiones alimenticias.

[23] PÉREZ MARTÍN, A. J. (2012), *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales, Tratado de Derecho de Familia,* T. IV, 3.ª ed., Valladolid, Lex Nova (pág. 648).

[24] Señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 14 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013/34902), que resulta necesario acreditar, sin ningún género de dudas, la evolución negativa en el ámbito laboral, profesional o económico de quien tiene la obligación frente a los hijos.

[25] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de abril de 2008 *(JUR* 2008/180100), se desestima la pretensión de reducción de la pensión, aunque se alegó el nacimiento de un nuevo hijo como circunstancia sobrevenida, al no superar la pensión alimenticia acordada inicialmente el mínimo vital; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de marzo de 2011 *(JUR* 2011/202203); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2012 *(JUR* 2013/54314); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 19 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012/357296).

[26] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 8 de enero de 1996 *(AC* 1996/155); de la misma Audiencia y Sección, de 5 de febrero de 2002 *(JUR* 2002/124422); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/96496).

[27] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1.ª, de 31 de marzo de 2003 *(JUR* 2004/253079); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 16 de octubre de 2012 *(JUR* 2012/374879); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec-

ción 12.ª, de 26 de junio de 2013 *(JUR* 2013/267147). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2007 *(JUR* 2007/74290) se ha de desestimar, pues el cambio del empleo es de forma voluntaria y los ingresos reales son muy superiores a los que aparecen en las nóminas aportadas.

[28] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2002 *(JUR* 2002/163448).

[29] La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 10 de octubre de 2001 *(JUR* 2002/34030).

[30] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.ª, de 19 de octubre de 2010 *(JUR* 2010/46829).

[31] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 24 de abril de 2003 *(JUR* 2003/239101).

[32] Vid., la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2012 *(RJ* 2012/3080); las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 15 de abril de 1998 *(AC* 1998/4758); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 19 de marzo de 1999 *(AC* 1999/4820), se ha agotado la prestación por desempleo; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2005 *(JUR* 2006/6056), se trata de un parado de larga duración que ha dejado de percibir el subsidio por desempleo; las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 20 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/188615); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012/29328); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 12 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012/65087), falta de trabajo y además no percibe desempleo; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 23 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/108892); de la misma Audiencia y Sección, de 13 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012/320379); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 3 de octubre de 2012 *(JUR* 2012/369867); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2013 *(JUR* 2013/199416). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 9 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003/92367), un accidente laboral que provoca la perspectiva laboral del obligado; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67589) señala que no se acredita que la situación de desempleo sea tan irreversible y persistente que justifique la reducción de la obligación alimenticia. Lo que deberá ser objeto actualmente de revisión, pues en el contexto de crisis actual, la situación de desempleo, por desgracia para muchos, se está consolidando como una situación permanente. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2011 *(JUR* 2011/292548), prevé que se retorne a la actual pensión cuando el progenitor no custodio accede a un empleo.

[33] La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 de abril de 1998 *(AC* 1998/1164), declaración de invalidez permanente; la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 15 de junio de 2006 *(JUR* 2006/270451), incapacidad permanente total; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 28 de febrero de 2007 *(JUR* 2007/228604), incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 23 de julio de 2010 *(JUR* 2010/336167), incapacidad temporal; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 24 de abril de 2013 *(JUR* 2013/182222), se ha reconocido una incapacidad permanente. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006/28816), denegación al padre de la pensión por incapacidad permanente.

[34] La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2000 *(JUR* 2001/43857), donde la acreditación de una disminución del caudal económico del padre determina que la cuantía de la pensión por alimentos se debe concretar también en orden a la propia necesidad del alimentante. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 11 de febrero de 2003 *(JUR* 2003/84632), no procede extinguir, rebajar ni limitar temporalmente la pensión de alimentos a un hijo de veintitrés años, alegándose precaria situación económica debido a las cuantiosas cargas que debe soportar, pues estas ya se conocían al tiempo de fijarse la pensión o proceden de la actitud renuente del obligado; por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 13 de febrero de 2003, no es admisible reducir la pensión alimenticia

fijada en convenio regulador de separación aprobado en sentencia, por el hecho de haber adquirido después un automóvil mediante un préstamo, pues antes de tal gasto están los alimentos de los hijos menores; y, asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 19 de octubre de 2004 *(JUR* 2004/303024), se considera que la circunstancia de que el padre tenga que satisfacer un crédito personal e hipotecario y abonar otras deudas de la sociedad de gananciales no es causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

[35] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2.ª, de 25 de enero de 2001 *(JUR* 2001/256702); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2001 *(JUR* 2001/181713), concesión a la madre de una pensión no contributiva; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 24 de abril de 2003 *(JUR* 2003/239103); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de abril de 2005 *(JUR* 2005/232033); de la misma Audiencia y Sección, de 19 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/234917); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 *(JUR* 2006/51652); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 17 de octubre de 2006 *(JUR* 2006/278084); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 7 de mayo de 2008 *(JUR* 2008/233765); y de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 5 de octubre de 2012 *(JUR* 2012/368437). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de marzo de 2006 *(JUR* 2006/149185), considera que la mejora en la situación económica experimentada por quien permanece en compañía del hijo ha de ser permanente y significativa, ya que en otro caso no se aminora la obligación preexistente. Así señala que «una mejora en la capacidad económica del progenitor guardador, no sirve, en principio, para reducir la aportación económica del obligado al pago, sino para atender de una manera más satisfactoria las necesidades de los hijos».

[36] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de septiembre de 2005 *(JUR* 2005/236602).

[37] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 *(JUR* 2002/53563), concesión de una beca en la Universidad Carlos III de Getafe; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 28 de junio de 2002 *(JUR* 2002/226766), obtención por el hijo de una beca para la realización de estudios universitarios; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2006 *(JUR* 2006/196417), abandona la guardería privada y pasa a un centro público gratuito; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 21 de abril de 2010 *(JUR* 2010/217246), reducción de los gastos educativos al acceder las hijas a una universidad pública. Asimismo, vid., Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 12 de marzo de 2008 *(JUR* 2008/164558).

[38] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 21 de enero de 1999 *(AC* 1999/3652); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de julio de 2000 *(JUR* 2000/285310), actividad laboral del hijo estable y duradera; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 8 de junio de 2001 *(JUR* 2001/259522), acceso de la hija al mercado laboral con dos empleos que le permiten obtener ingresos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 22 de julio de 2002 *(JUR* 2002/27922), acceso al mercado laboral a tiempo parcial del hijo beneficiario de la pensión; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 21 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/110781); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 28 de enero de 2003 *(JUR* 2003/55462), acceso al trabajo de una de las hijas, reducción al 20 por 100 de los ingresos del obligado; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005/277656), hijo que actualmente está trabajando; y de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011/35343), hijas que han accedido al mercado laboral, además de acreditarse una disminución de ingresos del obligado.

[39] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 30 de septiembre de 2005 *(JUR* 2005/252579).

[40] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 5 de octubre de 1994 *(AC* 1994/1871); de la Audiencia Provincial de Segovia, de 24 de abril de 1998 *(AC* 1998/4453); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 8 de junio de 2000 *(JUR* 2000/285316); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 4 de julio de 2000 *(JUR* 2000/

285316); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 20 de enero de 2001 *(JUR* 2001/145437); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 19 de abril de 2001 *(AC* 2001/2504); de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección única, de 22 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002/46973); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2002 *(AC* 2002/8079); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/223478); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 31 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/30155); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/81624); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 22 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003/32902); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 7 de octubre de 2002 *(AC* 2002/1760); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 5 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004/100243); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 30 de junio de 2004 *(JUR* 2005/1781); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2005 *(JUR* 2005/96434); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 15 de junio de 2005 *(AC* 2005/1714); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de septiembre de 2005 *(JUR* 2005/236484); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 16 de septiembre de 2008 *(JUR* 2009/94910); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 28 de abril de 2009 *(JUR* 2009/378776).

[41] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2001 *(AC* 2001/1444).

[42] Jiménez Linares, M.ª J. (1999), «La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias», en *Aranzadi Civil,* núm. 16, diciembre, 29-30; Cabezuelo Arenas, A. L., «Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio», *op. cit.* (págs. 166-167).

[43] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de febrero de 1993 *(AC* 1993/172); de la Audiencia Provincial de Toledo, de 27 de noviembre de 1993 *(AC* 1993/2346); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 20 de septiembre de 1995 *(AC* 1995/1766); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 11 de mayo de 1998 *(AC* 1998/1985); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 6 de julio de 1998 *(AC* 1998/1368); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 3 de marzo de 1999 *(AC* 1999/4786); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 11 de febrero de 2000 *(JUR* 2000/133909); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de marzo de 2000 *(JUR* 2000/151604); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2000 *(AC* 2000/1590); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 29 de enero de 2001 *(AC* 2001/652); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 20 de marzo de 2001 *(JUR* 2001/185701); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 29 de enero de 2002 *(JUR* 2002/98699); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 17 de junio de 2002 *(JUR* 2002/225399); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 11 de julio de 2002 *(JUR* 2002/252808); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/103079); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003/32934); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de mayo de 2005 *(JUR* 2005/170729); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 3 de noviembre de 2005 *(JUR* 2007/119172); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de febrero de 2006 *(JUR* 2006/134186); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de abril de 2006 *(JUR* 2006/159445); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 17 de marzo de 2009 *(JUR* 2009/234856); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2010 *(JUR* 2010/409171).

[44] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de mayo de 1997 *(AC* 1997/1174); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 29 de julio de 1997 *(AC* 1997/1593); de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 3 de febrero de 1998 *(AC* 1998/3386); de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de julio de 1998 *(AC* 1998/6338); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 2 de octubre de 1998 *(AC* 1998/7809); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2002 *(AC* 2002/807); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 de mayo de 2000 *(AC* 2000/953); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006/9135); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 3 de octubre

de 2013 *(JUR* 2013/327217); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 2013 *(JUR* 2013/347442). Asimismo, en esta línea, PÉREZ MARTÍN, A. J., «La modificación y extinción de las medidas», *op. cit.* (págs. 667-668).

[45] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006/9135).

[46] Vid., los Autos del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de octubre de 2002 *(JUR* 2002/257842); de 11 de febrero de 2003 *(JUR* 2003/27359); y de 5 de julio de 2007 *(JUR* 2007/209352).

[47] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 23 de febrero de 2000 *(JUR* 2000/97371); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2000 *(JUR* 2001/22436); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 8 de julio de 2008 *(JUR* 2009/67665); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/379748); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de junio de 2012 *(JUR* 2012/232784).

[48] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, de 5 de julio de 2000 *(JUR* 2000/294413); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 24 de septiembre de 2001 *(JUR* 2002/217190); y de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2002 *(JUR* 2002/285136).

[49] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de octubre de 2000 *(JUR* 2001/21188); de la misma Audiencia, Sección 6.ª, de 28 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/214811); y de la misma Audiencia y Sección, de 28 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/12573); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/379748); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de junio de 2012 *(JUR* 2012/223954).

[50] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2008 *(RJ* 2008/7123).

[51] Para DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», *op. cit.* (págs. 918-919), en estos casos «bastaría entonces, llegado el término o cumplida la condición, en caso de oposición de la otra parte, a dar efectividad a lo convenido, con instar la ejecución de lo que recoja la sentencia de separación o divorcio, sin necesidad de promover un procedimiento de modificación de medidas en la forma prevista en el artículo 775 LEC», y añade que «tales sentencias, que también pueden contener pronunciamientos de este tenor, aunque se hayan dictado en procedimiento contencioso, denominadas de "ejecución abierta" evitan pleitos nuevos de modificación de medidas, anticipando soluciones si se dan determinadas circunstancias».

Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos

Reduced maintenance allowance for the birth of new children

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

ABSTRACT: The birth of a new child as the result of a subsequent relationship is not in itself sufficient reason to result in the modification of child support already established for the children of a previous relationship. It is however necessary to know if the financial capacity or economic resources of the parents is insufficient to meet the obligation already established and the resulting needs of children born later.

PALABRAS CLAVE: Alimentos hijos. No reducción por nacimiento de nuevos hijos.

KEY WORDS: Children's food. No reduction on the birth of new children.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. ALIMENTOS: CUESTIONES PREVIAS.—III. CRITERIOS DE LAS AUDIENCIAS PARTIDARIAS DE LA REDUCCIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS HABIDOS EN LA RELACIÓN ANTERIOR.—IV. CRITERIOS DE LAS AUDIENCIAS PARTIDARIAS DE LA NO REDUCCIÓN DE ALIMENTOS.—V. LA DOCTRINA UNIFICADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN[1]

El pasado 30 de abril de 2013, el TS, siendo ponente José Antonio Seijas Quintana, dictó sentencia unificando los criterios jurídicos discrepantes de las distintas Audiencias Provinciales con relación a la modificación de las *medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante*[2].

Hasta ese momento había dos líneas a seguir por las distintas Audiencias Provinciales:

Por un lado, estaban aquellas que resolvían sobre la base de que la pensión alimenticia se fija atendiendo *al caudal y medios del obligado y a las necesidades del beneficiario y la igualdad de todos los hijos,* por lo que consideraban que el nacimiento de un nuevo hijo es un hecho nuevo susceptible de alterar la situación preexistente y, con ello, de *reducir las prestaciones establecidas a favor de los hijos de una anterior relación.*

Y, por otro lado, aquellas que consideraban que *el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, una alteración de circunstancias que permitiera reducir las pensiones alimenticias establecidas para con los hijos de una relación anterior, toda vez que dicha situación deriva de un acto voluntario y consciente de las obligaciones asumidas que no puede perjudicar a aquellos.*

El Tribunal Supremo, en esta Resolución de abril de 2013, concreta que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o los medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

Para llegar a esta nueva visión y resolución del problema hay que tener en cuenta el cambio legislativo producido en el año 2005, fruto de una transformación en la sociedad centrado en la madurez y en la nueva visión de la ruptura matrimonial y de sus consecuencias, sobre todo en los efectos personales.

Este cambio social ha permitido entender que las consecuencias producidas tras la ruptura de la relación personal de los progenitores (ya sea matrimonial o de hecho) no puede convertirse en una lucha a fin de obtener el derecho absoluto sobre los menores. Y eso puede observarse en varios frentes, alguno de los cuales ya hemos mencionado en análisis jurisprudenciales anteriores en esta misma sección: tales como el incremento de la guarda y custodia compartida[3], la reducción y no supresión de la patria potestad y el derecho de visita[4], la pensión compensatoria[5], la exigencia del mínimo vital[6]…

II. ALIMENTOS: CUESTIONES PREVIAS

El artículo 39.3 CE recoge la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, y el Código Civil, en esta línea remarca el carácter indiscutible de los padres de contribuir económicamente a satisfacer los alimentos de los hijos (art. 142 CC), es decir, los necesarios para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción.

Obligación legal que deberá prestarse en proporción a los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, en base al artículo 146 del Código Civil. Evidentemente, la mayor capacidad económica de los progenitores permitirá que sus hijos gocen de un mejor *status* económico y nivel de vida, de modo tal que no sufran penurias ni limitaciones de carácter económico en su normal desarrollo

y existencia; y sin que la separación exima a los padres de sus obligaciones con respecto a sus hijos, artículo 92 del Código Civil. Si tal obligación recae entre ambos progenitores se repartirá entre ellos el pago en cantidad proporcional a sus respectivos ingresos (art. 145.1 CC).

No obstante, hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia a los hijos menores de edad tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad. Así, una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la *cuantía* que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (art. 154.1.º CC). No obstante teniendo en cuenta el *principio general del favor filii*, en su beneficio las pautas son más flexibles teniendo en cuenta el vínculo de filiación y la edad del alimentista.

III. CRITERIOS DE LAS AUDIENCIAS PARTIDARIAS DE LA REDUCCIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS HABIDOS EN LA RELACIÓN ANTERIOR

Del conjunto de sentencias estudiadas podemos comprobar que se corresponden a los primeros años de aplicación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, relativas a la modificación de medidas económicas pactadas en convenio regulador. Recordemos que esta Ley posibilitó la separación y el divorcio, la regulación de los efectos personales y patrimoniales mediante convenio regulador, y, a su vez, viabilizó la modificación de las medidas inicialmente propuestas por cambio de las circunstancias.

Las primeras sentencias que a continuación exponemos (y que datan de los años 2000 al 2006, aunque alguna hay del 2009)[7] siguen el criterio de modificar la prestación convenida para sostener de forma igual a los hijos mantenidos en las diversas relaciones. Se consideraba que el nacimiento de un nuevo hijo constituía una alteración sustancial de las circunstancias apta para la reducción de la prestación pactada. Se argumenta que no considerar la existencia de los nuevos hijos como una alteración con la consiguiente modificación de los efectos económicos conllevaría el quebrantamiento de los principios constitucionales de igualdad de los hijos con respecto a sus progenitores, discriminando a unos frente a otros.

La SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2000[8], siguiendo los anteriores criterios, formula como doctrina que: «*Atendiendo a la nueva familia creada por el padre, debe reducirse la prestación para que, con sus ingresos, pueda sostener la carga de los hijos habidos en ambos matrimonios. La relación de los hijos con el padre ha de ser igual, sin favoritismos ni desequilibrios entre los dos matrimonios. Las posibilidades económicas del progenitor han de repartirse según las necesidades de cada uno, sin negar nada al último porque todos los hijos conllevan una serie de obligaciones de los padres para con ellos, sin excepciones, ni privilegios*».

La SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 2 de febrero de 2001[9], mantiene que «*el nacimiento de un nuevo hijo supone una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar la pensión, ya que todos los hijos tienen los mismos derechos a recibir alimentos de sus padres, al igual que cualquier persona tiene derecho a formar una nueva familia. Dichos derechos no pueden ser limitados*»[10].

Dando un paso más, la SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2002[11] dice que «*tener un hijo no puede obedecer a una motivación espúrea. Tampoco puede decirse que el apelado pretenda sustraerse al cumplimiento de las obligaciones*

precedentes, sino configurarla de modo que permita repartir por igual entre quienes tienen idénticos derechos»[12].

La SAP de Badajoz, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2002[13], insiste en que «*el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles constituye una alteración sustancial de las circunstancias apta para justificar la reducción de la pensión inicialmente acordada, siempre que ello no implique una situación de desamparo no sustancial para los hijos anteriores*»[14].

Además tras esta afirmación y en relación con las repercusiones que tiene en el *cuantum* la modificación de la cuantía de la pensión alimenticia, establece que «no comparte la Sala el criterio de que la llegada del nuevo hijo *ya era conocida al firmarse el Convenio Regulador, y que ello se tuvo en cuenta para fijar las cuantías, que por tanto han de quedar inmutables,* por la sencilla y lógica razón de que nadie entonces podía afirmar con la necesaria seguridad lo que hoy es un hecho cierto, cual es el alumbramiento y una nueva vida. Por lo mismo, con la misma lógica, una previsión en tal sentido hubiera debido ser rechazada entonces ante la falta de certeza y se hubiera denegado sin perjuicio de remitir al interesado y para el futuro al expediente de modificación, para caso de que se produjera el nacimiento, hecho este —y no una perspectiva propia de lo que entonces no era sino *nasciturus*— que marca el punto de referencia para establecer la comparación entre el antes y el después que justifica el posible cambio en la determinación del *cuantum* de la discutida obligación de contribuir».

La SAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 29 de diciembre de 2003[15], insiste en que las cargas deben conjugarse con los hijos anteriores, que no pueden quedar desamparados o desatendidos discriminatoriamente por la nueva familia; compaginar ambos derechos y obligaciones y sobre todo hacerlo factible económicamente *debe ser fruto de la responsabilidad del progenitor que tienen adquiridas previas obligaciones y cargas, en primer lugar, y después de los Tribunales cuando las partes no alcanzan una solución equitativa y respetuosa con los citados derechos y obligaciones…*

En la misma línea, y alegando ya el principio constitucional de igualdad de los hijos, la SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 3 de noviembre de 2005[16], entiende que «*no podemos compartir el argumento de que el nacimiento de un nuevo hijo no constituya motivo legítimo de modificación de los efectos económicos de un proceso matrimonial, de admitirse tal argumento significaría quebrar los principios constitucionales de igualdad de los hijos con respecto a sus progenitores, discriminando a unos frente a otros. El nacimiento de un hijo determina igualmente el nacimiento de una nueva carga, que grava el patrimonio del progenitor deudor de la prestación de alimentos para sufragar las más elementales necesidades de su prole*»[17].

Uno de los argumentos que se esgrimen es que la llegada de un nuevo hijo, producto de una relación posterior, constituye *una carga que no pudo considerarse a la fecha del convenio y que es obligado atender contra los mismos ingresos en virtud de los cuales se calcularon en aquel momento las obligaciones del cónyuge, particularmente las alimenticias* (SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 20 de diciembre de 2006, recurso 614/2005)[18]. Se insiste en el derecho de los progenitores a rehacer su vida tras el fracaso matrimonial y que todos los hijos tienen los mismos derechos de alimentación, vestido, educación, etc.

En esta sentencia se afirma además que «el argumento maximalista de que un nuevo o nuevos nacimientos no pueden perjudicar los derechos adquiridos por el hijo o hijos anteriores carece de cualquier base jurídica y supone una flagrante discriminación para los hijos nacidos de la nueva relación»[19].

El mismo criterio se sostiene todavía en la SAP de Barcelona, de 21 de enero de 2009 —Sección 12—[20].

IV. CRITERIOS DE LAS AUDIENCIAS PARTIDARIAS DE LA NO REDUCCIÓN DE ALIMENTOS

A partir de 2007, aunque ya hay una sentencia precursora, las Audiencias comienzan a considerar que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos de una relación anterior. Mantienen dicho criterio sobre la base de que solo tendría *lugar tal reducción en circunstancias muy excepcionales y cuando se acredite la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones de todos ellos*. Y teniendo presente siempre la necesaria valoración de la situación de la nueva pareja y madre de los nuevos hijos.

Este grupo de resoluciones judiciales pertenecen a un momento más avanzado en el tiempo, entre los años 2007, 2008 y 2009, aunque ya hubo una SAP en Navarra del 2004, en tal sentido, como vamos a ver a continuación:

Así siguiendo esta vía que podríamos considerar intermedia y con gran precisión la SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 4 de mayo de 2004[21], reconoce que las nuevas cargas familiares aun cuando puedan considerarse como circunstancias sobrevenidas, no constituiría por sí solo una causa suficiente para dar lugar a la modificación pretendida sino que debió acreditar convenientemente que tal situación nueva afectaba realmente al cumplimiento de la prestación alimenticia establecida a su cargo, haciéndolo imposible. Y además debía haber indicado la situación económica de su pareja y madre de sus dos nuevos hijos, cuestión necesaria a fin de determinar en qué medida concreta ello repercutía en sus posibilidades económicas.

También se ha analizado el problema cuando existen hijos menores y mayores de edad a los que se les continúa abonando la pensión de alimentos, como ocurre en la SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2006[22]. En ella se señala que la existencia de nuevos hijos «no puede ser considerada como alteración sustancial de las circunstancias a efectos del cambio de medidas afectando a los alimentos del hijo anteriormente habido, con lo que no cabe dejar de considerarse que *si el alimentante dispone de recursos económicos para atender las necesidades ya establecidas y, conforme a las normas que regulan la materia, se debe atender al interés preponderante o principal de los hijos menores, si alguien ha de sacrificarse habrá de ser el adulto y no el menor*, sin eludirse tampoco la necesaria valoración de la situación de la nueva pareja y madre de los nuevos hijos, también obligada a alimentos, y sobre la que, en este caso, nada se ha manifestado ni acreditado».

El nacimiento de un nuevo hijo, por sí solo, no puede representar una *circunstancia que de manera automática comprometa las obligaciones que el padre ha adquirido frente a su hijo (*SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de junio de 2007)[23].

La SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de octubre de 2007[24], se refiere a la *necesaria ponderación* de los intereses en juego, tomando en consideración que la creación de esa nueva situación ha sido libre, deliberada y voluntariamente realizada por el interesado, y por ello responsable de revestir el incremento de nuevas necesidades familiares por parte del alimentante y, por tanto, la exigencia de que no se ponga en peligro la subsistencia y educación de los descendientes que tienen reconocido su derecho a percibir alimentos, no siendo factible, en su consecuencia, que con ello se perjudiquen intereses legítimos de descendientes

anteriores que tenían reconocidos derechos en su favor, máxime cuando esa pensión alimenticia que satisface el alimentante debe *considerarse mínima a los fines de cubrir las necesidades primarias de dos hijos*.

Posteriormente, la SAP de Baleares, Sección 4.ª, de 19 de noviembre de 2007[25], posibilita la reducción pero en la cantidad solicitada en base a que el nuevo nacimiento constituye un hecho relevante que afecta a la capacidad económica del obligado de suerte que de mantenerse la cuantía de la pensión de alimentos establecida para los dos hijos nacidos de su matrimonio con la demandada, no podrá atender de igual modo los derechos de la nueva hija; viéndose en dificultades para dar a esta el mismo *status* que disfrutaban los dos primeros…».

La constitución de una segunda familia desde luego no constituye *per se* la alteración de la obligación de alimentos (SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de marzo de 2008)[26].

La ponente de la SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de abril de 2008[27], Dolores Viñas Maestre insiste además en que «La doctrina jurisprudencial que mantenía que el nacimiento de otro hijo constituía un hecho voluntario y que en consecuencia no debía tener influencia alguna en las pensiones de alimentos fijadas a favor del hijo o hijos anteriores, está totalmente superada. Pero ello no implica que el nacimiento de nuevos hijos produzca de forma automática la reducción de la pensión de alimentos establecida a favor de los demás. Ello va a depender de la incidencia que el nuevo gasto vaya a ocasionar a la situación económica del progenitor obligado al pago y de si dicho gasto *tiene la virtualidad de quebrantar el principio de proporcionalidad que rige la determinación de las pensiones de alimentos* (art. 267 del Codi de Familia), ello en perfecta coherencia con la exigencia de los requisitos legalmente exigidos para acordar la modificación de las medidas determinadas en una sentencia anterior —alteración sustancial, posterior e imprevista— (art. 80 del Códi de Familia y 775 de la LEC).

Y en el mismo sentido se halla la SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de septiembre de 2008[28], que recuerda que «la nueva descendencia y familia del padre no es circunstancia determinante de la modificación, pues no puede establecerse un crédito preferente de los nacidos en la primitiva unión o relación matrimonial respecto a los nacidos en época posterior, fruto de nuevo matrimonio o unión de hecho».

El cambio *oficial* de doctrina viene establecido por la STS de la Sala Primera de 3 de octubre de 2008[29], que se reafirma en la doctrina expuesta por las citadas resoluciones de las Audiencias. El Supremo así afirma que *el nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago equivale a una disminución de su fortuna y ello puede permitir modificar la cuantía de la pensión. Lo importante será conocer los medios con los que cuenta la nueva unidad familiar.*

Siguiendo ya esta línea oficial se encuentra la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 3 de febrero de 2009, que insiste en que *el nacimiento de un nuevo hijo no es causa, objetivamente, para la revisión a la baja de la cuantía de la pensión de alimentos en favor de hijos nacidos anteriormente, por cuanto que la obligación de la prestación alimenticia en favor del nuevo hijo también lo es, en este caso, de la madre, sin que conste la insolvencia de la misma, pues lo contrario se deduce según las propias afirmaciones del hoy recurrente, cuando advierte que es esta la que afronta el gasto de alquiler*[30]. Y la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de febrero de 2009[31], la cual indica que es posible tener en consideración el hecho relativo a la existencia de un nuevo hijo, lo que de por sí no es circunstancia que, objetivamente, *no suponga automáticamente* la revisión de la pensión de alimentos en favor de hijos anteriores, y por cuanto que la asistencia y el mantenimiento

de este nuevo hijo también corresponde a la madre. También la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de febrero de 2009, consolida el mismo criterio en base a que «solo en casos muy excepcionales, que en el caso de autos no acontece, el nacimiento de nuevos hijos podría ser relevante para modificar la pensión de los hijos anteriores, cuando se acreditare la imposibilidad de afrontar las obligaciones de todos, sin olvidar que la madre de la nueva hija trabaja y también está obligada a su sostenimiento[32].

La novedad de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2012, recurso 501/2011[33], radica en que la *necesidad de acreditación* de que los *ingresos o patrimonio de la citada nueva unidad familiar inciden notablemente en la prestación* alimenticia que se pretende reducir[34].

Más cercana en el tiempo, se encuentra la SAP de Valencia, Sección 10.ª, sentencia de 19 de junio de 2012[35], que recoge todos los argumentos expuestos en las sentencias anteriores[36].

V. LA DOCTRINA UNIFICADORA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Y así llegamos a la STS del pasado 30 de abril de 2013, en la que José Antonio Seijas Quintana unificó los criterios de las distintas Audiencias Provinciales. La nueva doctrina se cierne sobre las siguientes bases:

- El nacimiento de nuevos hijos determina una *redistribución* de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades.
- La obligación que se impone en beneficio de todos los hijos es la misma. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo, pues deriva de la relación paterno-filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 CE, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.
- El nacimiento de un nuevo hijo sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores.
- Es necesario conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido —situación esta que sí redundaría en una disminución de su fortuna— pues el sustento del hijo es una carga del matrimonio.

Lo importante se centra en considerar que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la *capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para*

hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa.

La necesaria ponderación de todas las circunstancias como las posibilidades económicas del alimentante y las del otro progenitor —que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a alimentar a los descendientes— es la clave para la reducción o no de la pensión por el nacimiento de los nuevos hijos[37].

VI. BIBLIOGRAFÍA

De la Iglesia Monje, María Isabel: «Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, 2012, núm. 731, págs. 1549 a 1784.

— «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, 2012, núm. 732, págs. 2294 a 2323; y «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», en *RCDI*, núm. 737, 2013, págs. 1884 a 1896.

— «Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial», en *RCDI*, 2013, núm. 738, págs. 2650 a 2666.

— «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial», en *RCDI*, 2013, núm. 739, págs. 3423 a 3439.

— «Algunas cuestiones jurisprudenciales en torno a la extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 736, 2013, págs. 1121 a 1132.

— «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, 2012, núm. 734, págs. 3499 a 1527.

— «Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital», en *RCDI*, 2013, núm. 740, 2013, págs. 4157 a 4172.

Martínez Rodríguez, Nieves: «Últimas tendencias en derecho de alimentos», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, Llamas Pombo, Eugenio, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, febrero de 2009.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 2013, recurso 988/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 250/2013. Número de recurso: 988/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 36263/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2008, recurso 2727/2004. Ponente: Clemente Auger Liñán. Número de sentencia: 917/2008. Número de recurso: 2727/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 148029/2008.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, sentencia de 19 de junio de 2012, recurso 378/2012. Ponente: María Pilar Manzana Laguarda. Número de sentencia: 443/2012. Número de recurso: 378/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 125345/2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2012, recurso 501/2011. Ponente: José Ramón Navarro Miranda. Número de sentencia: 76/2012. Número de recurso: 501/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 48609/2012.

- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de febrero de 2009, recurso 1216/2008. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 105/2009. Número de recurso: 1216/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 45852/2009.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de febrero de 2009, recurso 976/2008. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. Número de sentencia: 104/2009. Número de recurso: 976/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 12051/2009.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 3 de febrero de 2009, recurso 1176/2008. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 1176/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 45836/2009.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de enero de 2009, recurso 199/2008. Ponente: Pascual MARTÍN VILLA. Número de sentencia: 36/2009. Número de recurso: 199/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 6305/2009.
- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de septiembre de 2008, recurso 158/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN. Número de sentencia: 240/2008. Número de recurso: 158/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 170695/2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de abril de 2008, recurso 756/2007. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 260/2008. Número de recurso: 756/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 56262/2008.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de marzo de 2008, recurso 983/2007. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 140/2008. Número de recurso: 983/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 68271.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 19 de noviembre de 2007, recurso 235/2007. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 491/2007. Número de recurso: 235/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 289916/2007.
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de octubre de 2007, recurso 718/2007. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 546/2007. Número de recurso: 718/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 276639/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de junio de 2007, recurso 602/2006. Ponente: Carlos VILLAGRASA ALCAIDE. Número de sentencia: 264/2007. Número de recurso: 602/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 135344/2007.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 20 de diciembre de 2006, recurso 614/2005. Ponente: Ignacio OLASO AZPIROZ. Número de sentencia: 810/2006. Número de recurso: 614/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 228127/2006.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2006, recurso 5035/2005. Ponente: Francisco Javier ROMERO COSTAS. Número de sentencia: 78/2006. Número de recurso: 5035/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 17812/2006.
- SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 3 de noviembre de 2005, recurso 1256/2005. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Número de sentencia: 437/2005. Número de recurso: 1256/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 286309/2005.
- SAP de Navarra, Sección 2.ª, sentencia de 4 de mayo de 2004, recurso 79/2003. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Número de sentencia: 79/2004. Número de recurso: 79/2003. Jurisdicción: Civil. La Ley 104745/2004.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, sentencia de 11 de julio de 2002, recurso 917/2001. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Número de sentencia: 484/2002. Número de recurso: 917/2001. Jurisdicción: Civil. La Ley 130515/2002.
- SAP de Badajoz, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2002, recurso 304/2002. Ponente: Matías Rafael MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. Número de sentencia: 284/2002. Número de recurso: 304/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 203929/2002.
- SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2002, recurso 1/2002. Ponente: Ramón ROMERO NAVARRO. Número de recurso: 1/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 18009/2002.

- SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 2 de febrero de 2001, recurso 386/2000. Ponente: Juan José Cobo Plana. Número de sentencia: 55/2001. Número de recurso: 386/2000. Jurisdicción: Civil. La Ley 27846/2001.
- SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2000 (recurso 181/1999. Ponente: Reyes Goenaga Olaizaola. Número de sentencia: 84/2000. Número de recurso: 181/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 131857/2000.
- SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2000, recurso 12/2000. Ponente: Pedro Marcelino Rodríguez Rosales. Número de recurso: 12/2000. Jurisdicción: Civil. La Ley 91654/2000.
- SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 25 de abril de 2000, recurso 268/1999. Número de sentencia: 47/2000. Número de recurso: 268/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 86507/2000.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española (art. 39.3 CE).
- Código Civil (art. 92 CC, art. 142 CC, art. 145.1 CC, art. 146 CC, art. 147 CC, art. 154.1 CC).
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

NOTAS

[1] Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

[2] STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 2013, recurso 988/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 250/2013. Número de recurso: 988/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 36263/2013. En el caso de autos, no se ha probado que la nueva situación del padre suponga una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento y cuyos recursos se ignoran.

[3] Vid. Iglesia Monje, María Isabel de la, «Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, 2012, núm. 731, págs. 1549 a 1784; «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, 2012, núm. 732, págs. 2294 a 2323; y «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», en *RCDI*, núm. 737, 2013, págs. 1884 a 1896.

[4] Vid. Iglesia Monje, María Isabel de la, «Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial», en *RCDI*, 2013, núm. 738, págs. 2650 a 2666; y «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial», en *RCDI*, 2013, núm. 739, págs. 3423 a 3439.

[5] Vid. Iglesia Monje, María Isabel de la, «Algunas cuestiones jurisprudenciales en torno a la extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 736, 2013, págs. 1121 a 1132, y «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, 2012, núm. 734, págs. 3499 a 1527.

[6] Vid. IGLESIA MONJE, María Isabel de la, «Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital», en *RCDI*, 2013, núm. 740, 2013, págs. 4157 a 4172.

[7] Recordemos que en 2005 se produjo el cambio legislativo en esta materia (Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio).

[8] SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2000, recurso 12/2000. Ponente: Pedro Marcelino RODRÍGUEZ ROSALES. Número de recurso: 12/2000. Jurisdicción: Civil. La Ley 91654/2000. Tener un hijo más supone una carga económica no despreciable: el actor dedicaba casi la mitad de sus ingresos al mantenimiento de tres. De otro lado, la relación de los hijos con el padre ha de ser igual, sin favoritismos ni desequilibrios. Desde luego estos no estarían justificados si obedecieran a que unos nacieron dentro de un matrimonio anterior, privilegio inadmisible. Las posibilidades económicas del progenitor han de repartirse según las necesidades de cada uno, sin negar nada al último porque, como pretenden las recurrentes, fue fruto de la voluntad del alimentante. Todos los hijos lo son. Tampoco compartimos el criterio de las recurrentes de que solo las circunstancias no dispuestas por el alimentante justifican la modificación de las medidas.

[9] SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 2 de febrero de 2001, recurso 386/2000. Ponente: Juan José COBO PLANA. Número de sentencia: 55/2001. Número de recurso: 386/2000. Jurisdicción: Civil. La Ley 27846/2001.

[10] Para ello es preciso tener en cuenta dos datos esenciales:

1.º Que cualquier persona, no obstante haber tenido un fracaso matrimonial (o de relación personal), y aunque del mismo deriven obligaciones paterno-filiales, tiene el derecho de rehacer su vida y, si así lo desea, traer al mundo nuevos hijos. Y tal derecho no puede ni impedirse y ni tan siquiera limitarse por la existencia de anteriores hijos, del mismo modo que ningún tribunal tendría la osadía de limitar el número de hijos que una familia puede tener atendiendo a las posibilidades económicas de la misma y a una «adecuada» atención de esos hijos, proporcional a esos ingresos dinerarios.

Y es que, en muchas ocasiones, y con el argumento de ser la formación de una nueva familia y el nacimiento de nuevos hijos una decisión voluntaria de la persona y que ello no puede ir en perjuicio de las obligaciones que antes tenía adquiridas y que deben prevalecer, como la pensión de alimentos de los hijos del primer matrimonio, parecen confundirse y se meten en el mismo cajón supuestos como, por ejemplo, la adquisición de una nueva casa o un nuevo coche con un derecho tan esencial como es formar una nueva familia y tener nuevos hijos.

2.º El argumento de que un nuevo nacimiento no puede perjudicar los derechos adquiridos por el primero de los hijos carece de cualquier base jurídica y supone una flagrante discriminación para los hijos nacidos de la nueva relación.

[11] SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 22 de enero de 2002, recurso 1/2002. Ponente: Ramón ROMERO NAVARRO. Número de recurso: 1/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 18009/2002.

[12] Partiendo de la necesidad de conjugar ambos factores, de un lado el desenvolvimiento de la libre personalidad del demandante y de su derecho a rehacer su vida, el principio de igualdad de los hijos ante la ley, sean matrimoniales o no matrimoniales así como el deber de cumplimiento de cargas anteriores, deben llevarnos, al sopesar todos los factores intervinientes en estos hechos a la reducción acordada ya que por un lado, el nacimiento de dos de los hijos del demandante se produce como circunstancia nueva que no pudo tenerse en cuenta a la hora de fijar la medida en la sentencia de divorcio, que altera sustancialmente las circunstancias habidas entonces y que comporta, *ex* artículo 142, un empeoramiento o modificación sustancial de la fortuna del alimentista. A ello debe añadirse por un lado, el principio de igualdad de los hijos, principio constitucional que debe informar la práctica y la interpretación de las normas, así como que el alimentista ha alcanzado la mayoría de edad y que no ha terminado su formación por causas a él imputables accediendo si bien en condiciones precarias al mercado laboral de forma esporádica Este conjunto de factores nos lleva al mismo entendimiento que desembocó al dictado por la Juzgadora de la resolución que se recurre y que, consecuentemente, al ser ajustada a derecho, procede confirmar.

[13] SAP de Badajoz, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2002, recurso 304/2002. Ponente: Matías Rafael MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. Número de sentencia: 284/2002. Número de recurso: 304/2002. Jurisdicción: Civil. La Ley 203929/2002.

[14] Deben modificarse las medidas antes adoptadas para que el nuevo hijo, que según la Constitución debe gozar de idéntica posición que los anteriores, pueda ser asistido debidamente en sus necesidades por su progenitor, aunque ello imponga una rebaja, eso sí, no en la cantidad pretendida por el recurrente, en las prestaciones que los anteriores hijos recibían.

[15] SAP de Sevilla, Sección 8.ª, de 29 de diciembre de 2003, recurso 6195/2003. Ponente: Manuel ALONSO NÚÑEZ. Número de recurso: 6195/2003. Jurisdicción: Civil. La Ley 219676/2003.

[16] SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 3 de noviembre de 2005, recurso 1256/2005. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Número de sentencia: 437/2005. Número de recurso: 1256/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 286309/2005.

[17] No procede suspender la prestación de alimentos durante el mes de vacaciones porque no es una prestación que se agote mensualmente, sino es un conjunto de gastos variables que se devengan al cabo del año. Y cita, a su vez, otras SAP de la misma Sección 4.ª, como las de 17 de diciembre de 2003, 10 de enero y 29 de septiembre de 2004, 5 y 13 de abril y 19 de octubre de 2005.

E incluso de fuera, como las de sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya; 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real; 23 de noviembre de 1998 de la AP de Zaragoza; AP de Alicante, de 17 de septiembre de 1998; AP de Madrid, de 2 de octubre de 1998; AP de Albacete, de 20 de junio de 1998; AP de Asturias, de 14 de octubre de 1998 y AP de Valencia, de 24 de abril de 1998.

[18] SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 20 de diciembre de 2006, recurso 614/2005. Número de sentencia: 810/2006. Número de recurso: 614/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 228127/2006.

El ponente, Ignacio OLASO AZPIROZ insiste que esa es la doctrina sentada en ese Tribunal, en la SAP de 11 de julio de 2002, en base a que «el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles, constituye una alteración de las circunstancias que puede ostentar aptitud para justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada en favor de los descendientes habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución (SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, sentencia de 11 de julio de 2002, recurso 917/2001. Ponente: Antonio GARCÍA MARTÍNEZ. Número de sentencia: 484/2002. Número de recurso: 917/2001. Jurisdicción: Civil. La Ley 130515/2002).

En este sentido se debe tener en cuenta, por un lado, que cualquier persona, no obstante haber tenido un fracaso matrimonial (o de relación personal), y aunque del mismo deriven obligaciones paterno-filiales, tiene el derecho de rehacer su vida y, si así lo desea, traer al mundo nuevos hijos, sin que tal derecho pueda impedirse, ni tan siquiera limitarse, por la existencia de anteriores hijos, y por otro, que no cabe la más mínima duda de que teniendo una persona varios hijos, todos ellos tienen los mismos derechos de alimentación, vestido, educación, etc. (art. 39 CE)».

[19] Para realizar tal afirmación recoge la SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2000 (recurso 181/1999. Ponente: Reyes GOENAGA OLAIZAOLA. Número de sentencia: 84/2000. Número de recurso: 181/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 131857/2000, donde también se señalaba que: «…este Tribunal disiente del planteamiento concreto efectuado en la sentencia y en concreto en cuanto a la influencia del nacimiento de un nuevo hijo en las capacidades económicas del recurrente. Es indudable, por una parte, que la decisión de tener hijos es libre y debe ser responsable, pero ello es aplicable a todos los hijos, y no es posible argumentarlo para perjudicar los derechos de sustento de uno de los descendientes. Por otra parte, el nacimiento de un hijo difícilmente puede considerarse como un gasto circunstancial o transitorio, sino más bien al contrario. Y en cuanto a la obligación de su actual esposa de contribuir a las cargas de la familia, esta es indiscutible, pero ello no excluye en modo alguno la obligación del propio recurrente de hacer frente igualmente a tales cargas en relación a su hijo recién nacido.

En definitiva, consideramos que *el hecho de que el salario de don José se haya mantenido inalterado en estos años, y el hecho de que hayan surgido para él nuevas obligaciones familiares, sí merece ser tenido en cuenta como alteración a los efectos solicitados*».

También se refiere a la dictada con fecha 25 de abril de 2000, donde se afirmaba que «En el supuesto analizado, si bien es cierto que respecto a los ingresos de las partes no

parece haber existido modificación sustancial respecto a los obtenidos al tiempo de la suscripción del Convenio Regulador de su divorcio, e igualmente respecto del carácter temporal de los contratos laborales, el dato fundamental del nacimiento del nuevo hijo de don Eusebio hace necesario que, de cara a la necesidad de atender a los derechos de ese nuevo hijo, se justifique la reducción de las previsiones alimenticias para el primero, toda vez que lo contrario supondría un desigual e injusto tratamiento entre ambos. Ello responde a la posibilidad contemplada en los artículos 90 y 91 del Código Civil, de modificación de las medidas complementarias adoptadas en su día cuando, como en el presente caso, así se justifique por haberse producido una sustancial alteración en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción, por lo que procede, en consecuencia, desestimar íntegramente el recurso interpuesto y confirmar en todos sus extremos la resolución recurrida» (SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 25 de abril de 2000, recurso 268/1999. Número de sentencia: 47/2000. Número de recurso: 268/1999. Jurisdicción: Civil. La Ley 86507/2000).

[20] «…el caso que nos ocupa, se ha producido un hecho nuevo que altera de modo sustancial la situación preexistente y que hace que las medidas adoptadas con anterioridad deban modificarse, para que las nuevas hijas del actual matrimonio del padre del menor, Abrahám, puedan ser asistidas también por su padre en sus necesidades, tal y como con acierto se ha analizado profusamente por la Sra. juez del primer grado en su resolución, habida cuenta de que si bien el salario del padre —actualizado en el momento actual, conforme al IPC— es similar al del año 2002, pues presta sus servicios de camarero en la misma empresa, empero, ese nivel de ingresos —ya de por sí exiguo y limitado— ha de sufrir una significativa merma si son tres obligaciones y no una a las que en el momento actual habrá de atender; por lo que, en aplicación de la anterior doctrina, se ha de confirmar la sentencia dictada en la primera instancia, lo que nos conduce sin más, a la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por la madre». SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de enero de 2009, recurso 199/2008. Ponente: Pascual Martín Villa. Número de sentencia: 36/2009. Número de recurso: 199/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 6305/2009.

[21] SAP de Navarra, Sección 2.ª, sentencia de 4 de mayo de 2004, recurso 79/2003. Ponente: Ricardo Javier González González. Número de sentencia: 79/2004. Número de recurso: 79/2003. Jurisdicción: Civil. La Ley 104745/2004.

[22] SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2006, recurso 5035/2005. Ponente: Francisco Javier Romero Costas. Número de sentencia: 78/2006. Número de recurso: 5035/2005. Jurisdicción: Civil. La Ley 17812/2006. Se expone que «tanto el derecho del progenitor a constituir una nueva familia tras la crisis conyugal como el principio de igualdad de los hijos e interés preferente de las mismos (arts. 39 CE y 92 CC) sin que esa ruptura conyugal y la nueva situación familiar pueda perjudicarles en sus derechos de asistencia paterno-filial. Tampoco puede olvidarse ni el carácter libre y voluntario, por ello responsable, que reviste esa situación de aumento de cargas familiares decidida responsablemente por el padre alimentante, ni la exigencia de que con ello no se ponga en peligro la subsistencia y educación de los descendientes que tienen un derecho de alimentos reconocido.

[23] En ningún momento ha acreditado el padre que no pueda satisfacer la pensión alimenticia a favor de su primogénito. SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de junio de 2007, recurso 602/2006. Ponente: Carlos Villagrasa Alcaide. Número de sentencia: 264/2007. Número de recurso: 602/2006. Jurisdicción: Civil. La Ley 135344/2007.

[24] SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de octubre de 2007, recurso 718/2007. Ponente: José Javier Díez Núñez. Número de sentencia: 546/2007. Número de recurso: 718/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 276639/2007.

[25] SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 19 de noviembre de 2007, recurso 235/2007. Ponente: María Pilar Fernández Alonso. Número de sentencia: 491/2007. Número de recurso: 235/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 289916/2007.

[26] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de marzo de 2008, recurso 983/2007. Ponente: José Enrique de Motta García-España. Número de sentencia: 140/2008. Número de recurso: 983/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 68271. La constitución de una segunda familia con el nacimiento de un nuevo hijo en su seno, pueda considerarse alteración sustancial de las circunstancias y en consecuencia implicar, *per se*, la alteración de la obligación de alimentos para con los hijos del primer matrimonio, y ello esencialmente porque esa nueva familia

tienen un origen voluntario; es necesario respetar los compromisos asumidos, y no puede menoscabarse los intereses de los hijos habidos en ese primer matrimonio.

[27] SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 10 de abril de 2008, recurso 756/2007. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 260/2008. Número de recurso: 756/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 56262/2008 se concreta que en el caso de autos, la pensión de alimentos establecida en el año 2002 era de 180 € al mes y según han reconocido ambas partes, en el momento de tramitarse el procedimiento en primera instancia, la pensión debía alcanzar el importe de 200 € mensuales con las actualizaciones del IPC... Atendida la cuantía que se fijó en concepto de pensión de alimentos, ligeramente superior a la que se ha calificado por este Tribunal como el mínimo vital, los ingresos acreditados del padre, y teniendo en cuenta además que la actual compañera del padre ha de contribuir también a cubrir los gastos de los dos hijos nacidos con posterioridad, no se estima oportuno reducir la pensión de alimentos, por entender que no quebranta el principio de proporcionalidad, estimando que en tales circunstancias, no puede fijarse una pensión de alimentos inferior a la establecida en la sentencia de separación.

[28] SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 10 de septiembre de 2008, recurso 158/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN. Número de sentencia: 240/2008. Número de recurso: 158/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 170695/2008.

[29] STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de octubre de 2008, recurso 2727/2004. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. Número de sentencia: 917/2008. Número de recurso: 2727/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 148029/2008.

[30] SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 3 de febrero de 2009, recurso 1176/2008. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 1176/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 45836/2009.

[31] SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de febrero de 2009, recurso 1216/2008. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 105/2009. Número de recurso: 1216/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 45852/2009.

[32] Todos los gastos nuevos a los que tiene que hacer frente, tanto por el nacimiento de la nueva hija como del pago de la actual hipoteca, son enteramente voluntarios y por ello no pueden ser tenidos en consideración para reducir la cuantía de la preexistente pensión alimenticia de sus dos hijas. Y es que es criterio constante de esta Audiencia que: «El nacimiento de nuevos hijos no puede alterar obligaciones esenciales y preexistentes, debiendo la madre del nuevo hijo también colaborar a su sustento». «Los gastos libremente asumidos por el obligado tras su separación —tener un nuevo hijo o haber concertado nuevos préstamos—, no motiva *per se* la reducción de pensión interesada». En general, «cualquier hecho posterior propio y libremente decidido». SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de febrero de 2009, recurso 976/2008. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. Número de sentencia: 104/2009. Número de recurso: 976/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 12051/2009.

[33] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 2012, recurso 501/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. Número de sentencia: 76/2012. Número de recurso: 501/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 48609/2012. Realiza esta distinción:

a) En un extremo estarían las sentencias que sostienen que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de la unión con una tercera persona, resulta irrelevante a la hora de reducir las pensiones derivadas del primer matrimonio, no constituyendo nunca una alteración de las circunstancias, pues para que pueda hablarse de alteración es preciso que no haya sido voluntariamente causada, y la convivencia marital posterior o el nacimiento de nuevos hijos es siempre un acto voluntario (SSAP de Palma de Mallorca, de 17 de diciembre de 1990; de Ciudad Real, de 9 de marzo de 1998; Almería, de 7 de febrero de 2003; Alicante, de 7 de octubre de 2002; Segovia, de 24 de abril de 1998; Málaga, de 28 de abril de 1998; Asturias, de 23 de octubre de 1997; Barcelona, de 9 de mayo de 1997; Guipúzcoa, de 5 de octubre de 1994 y Valencia, de 30 de junio de 2003).

b) Una variante de la anterior es la que pregona que si bien nadie niega el derecho del progenitor obligado al pago de los alimentos a organizar su vida sentimental y a tener descendencia con su nueva pareja; también ha de tenerse en consideración que el cumplimiento del deber de dar alimentos es preexistente; por lo que solo

podrá tenerse en consideración cuando el mantenimiento de la prestación alimenticia afectase a las necesidades más elementales del obligado al pago (SSAP de Granada, de 24 de enero de 1990; Palma de Mallorca, de 17 de diciembre de 1990; Valencia, de 21 de julio de 1994; Pontevedra, de 6 de marzo de 2002; Albacete, de 23 de enero de 1995; Huesca, de 22 de diciembre de 2002; Sevilla, de 18 de abril de 2001; Zaragoza, de 11 de mayo de 1998, o Córdoba, de 14 de febrero de 1997.

c) Posturas intermedias que, partiendo de que el nacimiento de nuevos hijos sí pueden suponer una alteración en el caudal del alimentante (art. 147 CC), porque indudablemente conlleva un ineludible incremento de gastos, y que, dependiendo de sus rentas, sí puede afectar a la cuantía de la pensión alimenticia establecida en convenio o judicialmente a favor de los anteriores descendientes (SSAP de Toledo, de 27 de noviembre de 1993, 21 de marzo de 1994 y 1 de diciembre de 1998 y Sevilla, de 19 de abril de 2001).

d) Y, en el otro extremo, la tesis que sostiene que esos alumbramientos suponen siempre una alteración de circunstancias, y al tener los nuevos hijos el mismo derecho constitucional (art. 39 CE) a ser asistidos debidamente, las medidas acordadas deben modificarse, aunque suponga una rebaja en la cuantía de las prestaciones; pues las otras tesis conllevarían a sostener que se estaría impidiendo a la gente tener más de un determinado número de hijos, incluso dentro de su primer matrimonio, en función de sus rentas; porque cualquier persona, no obstante el fracaso matrimonial habido (o relación personal) tiene derecho a rehacer su vida, y a tener nuevos hijos (sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid, de 8 de marzo de 1986; Albacete, de 21 de enero de 1991; Madrid, de 13 de noviembre de 1992; Granada, de 20 de septiembre de 1995; Álava, de 6 de junio de 2001; Ávila, de 3 de marzo de 1999 y Badajoz, de 6 de julio de 1998).

[34] Por lo que ignorándose cuáles son sus rentas reales y medios de fortuna de la nueva unidad familiar, no puede estimarse que el mero hecho del nacimiento haya afectado a la económica del recurrente. Como se menciona en la sentencia del Alto Tribunal, bien pudiera acontecer que realmente la situación económica del mismo, su actual nivel de vida, fuese superior incluso a antes de contraer matrimonio, pues incluso se reconoció que vive en casa de la madre de su actual pareja, no teniendo gastos por ese motivo (que sí lo tenía en el momento de la anterior resolución de cuya modificación se trata), sin que el hecho de que pague un préstamo por la adquisición de un vehículo suponga una carga que deba computarse para la reducción de la pensión que se pretende, dado que la misma viene fijada en doscientos veinte euros y no ha dejado de satisfacer el referido préstamo.

[35] SAP de Valencia, Sección 10.ª, sentencia de 19 de junio de 2012, recurso 378/2012. Ponente: María Pilar Manzana Laguarda. Número de sentencia: 443/2012. Número de recurso: 378/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 125345/2012.

[36] El padre tiene mayores ingresos económicos de los que tenía en el momento del divorcio, además ha adquirido con la nueva pareja una vivienda, ha concertado un préstamo hipotecario y participa en calidad de autorizado en sus cuentas, lo que denota, en definitiva, la capacidad económica de la misma como para hacerse cargo de sus propios hijos.

[37] No olvidemos lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil, «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo».

1.3. Derechos reales

Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo

The consequences of an extension of term of loan mortgage: the rechargeable mortgage and term

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: Se pretende examinar en este trabajo las consecuencias de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario en cuanto al rango hipotecario de la garantía que lo asegura. Es decir, si el aumento de ese plazo supone una alteración o pérdida de rango por sí solo o, por el contrario, puede mantenerse el mismo rango, y en especial, su estudio cuando dicho aumento de plazo va acompañado de la «recarga» del préstamo hipotecario; es decir, se produce un aumento del principal garantizado. Para ello, es preciso puntualizar qué se entiende por «recarga» o «hipoteca recargable», cuál es su significado auténtico, cómo se originó, cómo pervive hoy en la actualidad esta posibilidad de recarga y, en definitiva, qué ocurre cuando al aumento de principal le acompaña un aumento del plazo. Todo ello se estudia a la luz de la jurisprudencia registral y la doctrina establecida en sus resoluciones, para tratar de dar solución al problema que se produce cuando aumentamos principal —recarga— y plazo en una misma hipoteca.

ABSTRACT: In this paper it is analyzed the impact of extending the term of the mortgage, as the mortgage range guarantee securing it. In particular, we want to study that increase later accompanied by «reload» the mortgage loan, ie, an increase of guaranteed principal occurs, and its cosequences. For this it is necessary to point out what is meant by «reload» or «rechargeable mortgage», what is its true meaning, how it was originated, how it survives today reload this possibility and, ultimately, what happens when the increase of loan accompanies an increased term. All this is discussed considering the registry established jurisprudence and doctrine, to try to solve the problem that occurs when we increase the loan —recharge— and the term in one mortgage.

PALABRAS CLAVE: hipoteca recargable, plazo, ampliación principal, préstamo hipotecario.

KEY WORDS: rechargeable mortgage, term, principal increase, mortgage loan.

SUMARIO: I. HIPOTECA RECARGABLE: CONCEPTOS GENERALES.—II. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO EN UNA HIPOTECA QUE ADMITE RECAR-

GA: TESIS.—III. JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN TORNO A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO Y LA POSIBILIDAD DE RECARGA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: 1. GÉNESIS DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES. 2. ACTUALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. HIPOTECA RECARGABLE: CONCEPTOS GENERALES

Un préstamo hipotecario puede sufrir diversas modificaciones, novaciones modificativas, que tienen en común... Es lo que se llama novaciones modificativas, que tienen en común no extinguir la anterior obligación garantizada —el préstamo—, sino solo variarlo en aspectos importantes del mismo. Algunas de las modificaciones que puede sufrir el préstamo hipotecario son: variación del tipo de interés, aumento del principal, ampliación del plazo…, etc. Las especiales características del préstamo hipotecario —obligación más derecho real de garantía— hacen que sea importante analizar las consecuencias que las novaciones de la obligación pueden provocar en cuanto a la garantía inscrita que la asegura.

En este trabajo vamos a tratar de examinar dos de estas novaciones (principal y plazo), sus relaciones y sus consecuencias en el plano real; en definitiva, analizar las estrechas relaciones entre la posibilidad de recarga de un préstamo hipotecario (aumentando el principal) y la ampliación del plazo de dicho préstamo hipotecario. Es importante analizar qué ocurre cuando coinciden ambos aumentos, ocasionando, como luego veremos, que no sea posible considerar la posibilidad de recarga en sentido estricto.

Además, veremos las consecuencias que tiene la sola ampliación del plazo del préstamo hipotecario, separada de un aumento de principal.

En definitiva, nos paramos a pensar cómo se relacionan y qué consecuencias tiene en un préstamo hipotecario tanto su aumento de principal como su ampliación de plazo, como novaciones modificativas que son. Para ello veremos, en primer lugar, qué es la hipoteca recargable (aquella en la que hay un aumento de principal), y después analizaremos la ampliación de plazo, finalizando con las relaciones entre ambos.

1. ADMISIÓN Y REGULACIÓN DE LA HIPOTECA RECARGABLE

La hipoteca recargable es aquella que admite recarga; es decir, aquella en la que señalado un máximo de responsabilidad hipotecaria y amortizado parte del préstamo garantizado, puede concederse por la misma entidad una ampliación de dicho préstamo, sin que esto suponga una nueva obligación para la que haya de constituirse una nueva hipoteca de rango inferior a la que garantizaba el primer tramo de principal prestado; siempre y cuando dicha ampliación quepa en el máximo de responsabilidad inicialmente pactado, sin tener que alterarlo o modificarlo.

Las ventajas de este tipo de hipotecas se aprecian fácilmente, pues suponen que los acreedores hipotecarios se reservan el rango inicial que tenían en el primer tramo de préstamo garantizado, para seguir asegurando esa nueva ampliación de capital. No se puede olvidar que hasta la admisión de esta nueva modalidad hipotecaria, la ampliación de préstamo hipotecario conllevaba siempre una nueva hipoteca o tramo de hipoteca de rango posterior.

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del Mercado Hipotecario recoge por primera vez en nuestro ordenamiento la admisión de estas hipotecas.

Su existencia se deduce del nuevo artículo 4 de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (LSMPH) y de la Disposición Transitoria única, párrafo 3.º de la Ley[1], sin que se les dedique un precepto normativo concreto y expreso, ni se recojan con tal denominación en el articulado de la norma, siendo su denominación una convención doctrinal, por su semejanza con la hipoteca francesa del mismo nombre, y su contenido una consecuencia de la interpretación legal.

En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se pone de manifiesto la necesidad de flexibilizar el mercado hipotecario con nuevas figuras que faciliten la concesión de créditos, y actualizar la legislación en un sector de importante actividad económica.

En concreto se afirma que: «el mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera. De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente. Debe recordarse que el reciente periodo de extraordinaria aceleración de la actividad ha coincidido con una notable estabilidad en la regulación del mercado hipotecario. Las normas básicas del marco jurídico relativas a la transparencia, los mecanismos de movilización de préstamos y la subrogación y novación no se han alterado, de forma sustancial, en los últimos años».

Fueron razones de creciente actividad financiera las que impulsaron el desarrollo de esta Ley, coincidiendo con un periodo económico expansivo en el que el crédito territorial era base fundamental del mismo, lo que condujo a flexibilizar algunos de los rígidos corsés hipotecarios existentes hasta entonces, para mejorar y conseguir más negocio basado en financiación garantizada con hipoteca. Esta es la justificación de esta Ley y de las nuevas figuras hipotecarias que en ella aparecían (la hipoteca flotante y la posibilidad de recarga). Figuras basadas en una economía viva, con gran actividad financiera y bancaria que facilitaba el crédito territorial.

Al admitirse la ampliación de préstamo hipotecario como novación modificativa, permaneciendo la misma garantía hipotecaria, sin alteración o pérdida de su rango, pudiendo ello no implicar incremento de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada —tal y como se establece con carácter general en el párrafo 3.º—, se dio carta de naturaleza a la posibilidad de la recarga de esa responsabilidad hipotecaria. Esto es así puesto que, con anterioridad a esta Ley, el aumento de capital significaba aumento o ampliación de la propia hipoteca. Hoy, y según se deduce de la Ley, solo cuando haya que ampliar responsabilidad —luego cabe que no haya que hacerlo, y eso solo es posible si se ha amortizado previamente parte, y después se recarga—, habrá que contar con el consentimiento de los terceros intermedios afectados; en consecuencia, mientras no se altere la responsabilidad, eso no es necesario, y por tanto, entendemos que eso quiere decir que cabe esa recarga[2].

Se ha cuestionado por parte de la doctrina[3] la admisión legal de este tipo de hipotecas, pues: *a)* no existe precepto específico que las regule —a diferencia de lo que ocurre con las flotantes—, ya que con la publicación de la Ley 41/2007 no se ha modificado ningún precepto ni del Código Civil ni de la Ley Hipotecaria para

recogerlas, y *b)* son distintas de las hipotecas recargables propiamente dichas —las del sistema francés—, pues su régimen no puede adaptarse al español[4], y *c)* según VALERO (2009), la Ley 41/2007, lejos de admitir este tipo de hipotecas, confirma el criterio anterior de la DGRN: la ampliación del capital supone una novación modificativa del préstamo hipotecario y de la hipoteca inscrita, manteniéndose el rango en cuanto al capital preexistente y, si existen terceros, debería suponer la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango por la cifra total de ampliación del capital, del incremento. Por eso, concluyen que no se entiende su encaje en el sistema español.

Sin embargo, entendemos que su admisión puede defenderse a partir de la Ley 41/2007, que admite la ampliación del préstamo hipotecario como novación modificativa (art. 4 LSMPH, sobre todo en su párrafo 3.º), y de la Disposición Transitoria única que sostiene la irretroactividad de esa configuración. Además, no puede olvidarse que este tipo de hipoteca se encontraba presente en el espíritu de la reforma de la Ley 41/2007, que buscaba un mercado hipotecario más flexible con la admisión de dos nuevas hipotecas: la flotante y la recargable, siempre en el pensamiento de los impulsores de esta ley (Asociación Hipotecaria Española, entidades financieras y crediticias, fundamentalmente). Por otra parte, el hecho de que no haya sido necesario modificar la Ley Hipotecaria ni el Código Civil, no es óbice para su admisión, pues nada impide que se puedan crear nuevas figuras contractuales, sin necesidad de una reforma expresa de la ley, ni tampoco para los derechos reales, pues su *numerus apertus* limitado y la nueva creación de los mismos ya es una realidad en nuestro ordenamiento[5]. Por otra parte, no podemos compartir la tesis de que la Ley 41/2007 esté confirmando el anterior criterio de la DGRN, ya que con lo dispuesto en la ley se está admitiendo un supuesto distinto del que se contemplaba por el Centro Directivo. En las resoluciones previas a la ley se admitía que la ampliación de principal era una novación modificativa, pero esa ampliación conllevaba una ampliación de la propia hipoteca, dando lugar a la existencia de dos tramos diferenciados de hipoteca que, de hecho, funcionaban como dos hipotecas diferentes de distinto rango, sin que fuera posible ampliar capital aunque «cupiera» dentro de la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, con la redacción actual de la Ley, podemos entender que es posible ampliar capital sin ampliar hipoteca (responsabilidad hipotecaria), manteniendo el rango de la inicial, siempre que previamente se haya amortizado parte de ese préstamo, es decir, «la recarga». El hecho de que la hipoteca que se admite difiera en aspectos sustanciales de la hipoteca recargable francesa, no es óbice para negar la admisión de un nuevo tipo de hipoteca; no será exactamente la hipoteca recargable francesa, pero sí, si me permiten la expresión, una hipoteca recargable «a la española», adaptada a nuestro sistema registral, para no vulnerarlo. Por último, el hecho de que la «recarga» se haga constar en el Registro mediante nota marginal nos puede llevar a pensar en la constatación registral de un negocio diferente al inscrito, del que debe quedar constancia a través de un asiento diferente, lo que indica que existe algo distinto de una modificación de la obligación cuyo reflejo registral ya prevé con carácter general el artículo 144 LH.

Defendemos, por tanto, la existencia, admisión y viabilidad de la recarga en la hipoteca, o, mejor dicho, en el préstamo hipotecario en nuestro ordenamiento; eso sí con sus propias peculiaridades y especialidades que la alejan de la hipoteca recargable francesa, e incluso de una categoría propia de hipoteca, siendo, más bien lo que introduce la Ley, una nueva posibilidad: la de recargar préstamos hipotecarios manteniendo el rango, llamémosle o no hipoteca recargable.

2. Concepto estricto de hipoteca recargable

Para que podamos hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, y que por tanto haya verdadera recarga, es preciso subrayar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 LSMPH y la Disposición Transitoria única 3; es decir, solo entendemos que existe verdadera hipoteca recargable cuando la «recarga del préstamo», o sea, la ampliación del capital, no suponga alteración del rango registral hipotecario. La ampliación del préstamo y la conservación del rango inicial para la parte ampliada es lo fundamental y característico de estas hipotecas.

Podíamos definir, entonces, la hipoteca recargable como aquella que garantiza, sin pérdida de rango, la obligación derivada de un préstamo y sus sucesivas ampliaciones, sin que, a la vez, se altere la responsabilidad hipotecaria ni el plazo de la misma.

En definitiva, y según lo que acabamos de exponer, solo hay hipoteca recargable, o solo hay recarga, cuando: *a)* se aumenta el capital del préstamo, previa amortización parcial del préstamo inicial por el deudor; *b)* no se altera la responsabilidad hipotecaria, y *c)* no se modifica el plazo de este, y con estas premisas, *d)* no se altera el rango de la garantía hipotecaria.

Para nosotros lo fundamental de la recarga es que no hay pérdida de rango, y esto ocurre cuando hay: ampliación principal (la recarga) + no modificación responsabilidad + no modificación plazo.

Porque cualquier aumento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo de la misma[6] —siempre que haya recarga— harían perder el rango hipotecario respecto de la parte ampliada. En estos casos, cuando se produce una modificación del rango, no podemos hablar de una hipoteca recargable, sino de una simple novación modificativa del préstamo que implicaría una ampliación de la propia responsabilidad hipotecaria o del plazo. Esto conduce, *de facto*, a la existencia de dos tramos de hipoteca, como dos hipotecas distintas una por cada parte distinta del préstamo ampliado, con su correspondiente rango y prioridad.

Es cierto que cuando se modifique el rango por consecuencia de un incremento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo, puede mantenerse el mismo rango para la parte ampliada si no hay terceros posteriores o, si existen, estos dan su consentimiento a la modificación de la responsabilidad o plazo, asumiendo el empeoramiento de su rango y prioridad. Pero en este caso, aunque se consigue una ampliación del capital sin pérdida de rango, desde mi punto de vista, no se puede hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, sino que se trata de supuestos basados en la negociabilidad del rango entre los distintos titulares de cargas inscritas —pues la conservación del rango es fruto de un acuerdo o negocio con los terceros intermedios—, ya permitidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, como la Dirección General ha recordado en varias resoluciones.

II. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO EN UNA HIPOTECA QUE ADMITE RECARGA: TESIS

Corresponde plantearnos ahora qué ocurriría si, además de ampliar el principal del préstamo, se modifica y amplía también el plazo de dicho préstamo y qué ocurre si se amplía solo el plazo en un préstamo hipotecario.

En este punto hay que poner de manifiesto que la doctrina no es unánime al considerar los supuestos en los que se mantiene el rango cuando hay una

novación modificativa en el préstamo garantizado con hipoteca respecto a los distintos supuestos que la Ley contempla: responsabilidad, principal y plazo.

La regla general que establece el artículo 4.3 LSMPH es que en los supuestos de novación modificativa se mantiene el rango: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita». Por lo tanto, también, y como regla general cuando se amplíe el préstamo hipotecario.

Sin embargo, a continuación, se establecen las excepciones a esa regla general: «excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación»:

a) Respecto a la primera excepción no hay controversia. La totalidad de la doctrina[7] entiende que un incremento de la responsabilidad hipotecaria no puede mantener el rango de la hipoteca inicial para la parte ampliada o novada. En estos casos existirá un tramo de hipoteca inicial con su rango originario, y un nuevo tramo de hipoteca con rango postergado para la parte novada o ampliada, siempre, claro está, que existan terceros intermedios.

El aumento de responsabilidad hipotecaria respecto al inicialmente previsto afecta a los terceros posteriores que contrataron con base en una responsabilidad determinada. Ese incremento de responsabilidad hace que esos terceros vean disminuidas sus posibilidades de agresión sobre la finca y, en definitiva, sus posibilidades de cobro. Es lógico, por tanto, que la parte de préstamo ampliado se garantice con un tramo de hipoteca de rango posterior al de estos terceros intermedios —salvo que consintieran expresamente el adelanto de rango—, evitando, así, el perjuicio que les podría ocasionar. El principio de prioridad registral, de otro modo, podría verse vulnerado.

b) La ampliación del plazo. Respecto a esta segunda excepción, existen posiciones doctrinales muy diversas[8] que conviene que analicemos con detalle:

1. La primera de ellas, y de carácter minoritario[9], entiende que el solo aumento del plazo del préstamo hipotecario, sin necesidad de que haya también ampliación del préstamo hipotecario, supone una pérdida de rango registral.

   Estos autores se basan en la consideración de la hipoteca como un derecho de realización de valor de importe y plazo determinado, más la aplicación por analogía a la hipoteca del artículo 1851 del Código Civil en materia de fianza y lo dispuesto en el 241 RH, que requiere para la posposición de rango que se determine «la duración máxima de la hipoteca», convirtiéndose este elemento en esencial de la conservación del plazo.

   No compartimos esta tesis, pues la DGRN ha mantenido en diversas ocasiones que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como en la RDGRN de 27 de noviembre de 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de este, debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración, una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior.

2. La segunda de las tesis, abanderada por AZOFRA (2009)[10], entiende que el aumento del plazo, aunque vaya acompañado de una ampliación de principal, no tiene que suponer una alteración del rango. Defiende este autor que el aumento del plazo de la obligación no tiene por qué perjudicar a los acreedores posteriores que pueden verse favorecidos por el alargamiento de la deuda anterior «en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago»[11]. Este autor considera, a diferencia de los anteriores, que el incremento de plazo en ningún caso va a suponer una alteración del rango, ni siquiera si se aumenta también el principal. Considera esa variación de plazo como «una novación modificativa que no perjudica el rango de la hipoteca, aunque existan titulares registrales posteriores y siempre que no se aumente la responsabilidad hipotecaria». Basa sus argumentos en la superación de la antigua jurisprudencia registral que afirmaba que la alteración de plazo no supone pérdida de rango, y en la consideración de que, si mediante la subrogación de acreedor es posible aumentar el plazo sin alteración del rango, por qué no va a serlo a través de una propia novación. Además, defiende una interpretación teleológica del precepto que busca la flexibilización de las hipotecas, incluyendo, por tanto, este supuesto como de verdadera hipoteca recargable. Para los defensores de esta postura, lo que únicamente supone una modificación de rango es el aumento de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, defender esta tesis, implica que el supuesto descrito supone un caso de recarga, de hipoteca recargable, y por lo tanto esta podría ser similar a una reserva de rango, o hipoteca de propietario, pues las sucesivas recargas, alargando el plazo y manteniendo el rango, permitirían un encadenamiento con el deudor, y el mantenimiento de una deuda «eternamente asegurada» con un rango preferente, lo que supondría un perjuicio grave para los terceros posteriores, acarrearía consecuencias no previstas por nuestro ordenamiento y, en consecuencia, creemos que hay que rechazarla.
3. La tercera postura[12] considera que el aumento de plazo unido a la ampliación del préstamo hipotecario, sin necesidad de aumentar la responsabilidad hipotecaria, supone una pérdida de rango. Es la postura que defendemos desde estas líneas, y nos parece la más acorde con la dicción de la Ley, puesto que en el segundo párrafo del artículo nos dice cuáles son las novaciones modificativas, luego añade que ninguna de ellas supone alteración del rango, y concluye que, sin embargo, sí habrá pérdida de rango cuando se altere la responsabilidad hipotecaria «o» se modifique el plazo, «por este incremento o ampliación», se entiende que se refiere a la ampliación del préstamo hipotecario, pues así lo ha denominado en el párrafo anterior, a diferencia del plazo que lo denominaba «alteración».
   Dos son las excepciones a la conservación del rango: Incremento de la responsabilidad, en cualquier caso, y solo ese incremento, pero también el aumento del plazo cuando a la vez haya una ampliación del préstamo.
   Además, la interpretación sistemática con la Disposición Transitoria única 3.º, nos lleva a la misma conclusión, puesto que en ella se permite la ampliación de capital sin pérdida de rango, lo que lleva a pensar, como añade SIEIRA (2009)[13], que existen ampliaciones de

> capital con pérdida de rango, y esto no puede referirse solo a las ampliaciones que incrementen la responsabilidad, pues eso ya era así con anterioridad a la Ley, sino que debe pensar en otro supuesto de ampliación de capital, que suponga pérdida de rango, y ese, en virtud de lo establecido en el artículo 4.3, solo puede ser la alteración del plazo.
> Y es que este precepto así interpretado está admitiendo las hipotecas recargables, las define *sensu contrario*, al consistir estas en supuestos de mantenimiento de rango.
> A diferencia de la postura anterior, en este caso en el que el aumento de plazo más el de capital haría perder rango, no cabe afirmar que se trata de un supuesto de recarga, de hipoteca recargable, ya que no cabe mantener rango, por tanto, no puede mantenerse que la hipoteca recargable *stricto sensu* se asemeje en ningún caso a una reserva de rango, pues este no se mantiene, al quedar postergado.
> La postura que aquí se defiende, como dice SIEIRA (2009)[14], es un límite a la propia hipoteca recargable, para evitar los abusos que supondría un rango perpetuo.

No obstante, es conveniente subrayar la enrevesada redacción del nuevo artículo 4 LSMPH, que ocasiona la posibilidad de interpretaciones tan dispares como las que se acaban de poner de manifiesto que generan una gran inseguridad. Habría sido conveniente que el legislador o la propia DGRN clarificara estos extremos.

El nuevo Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5 establece para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios en el Código de Buenas Prácticas que: «La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados». Esas modificaciones son las que se establecen dentro de la reestructuración de la deuda prevista en el artículo 1.*b)* del Código de Buenas Prácticas que son: *a)* Carencia en la amortización de capital de cuatro años. *b)* Ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años a contar desde la concesión del préstamo. *c)* Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por 100 durante el plazo de carencia. Cualquiera de esas novaciones (modificaciones) no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita (art. 4.3 LSMHP). Por tanto, el aumento de plazo a cuarenta años no supone alteración del rango, y, de este modo, este Real Decreto rechaza la tesis a favor de que el solo aumento de plazo supone alteración de rango, y también confirma, en cierto modo, la tesis que aquí se defiende. Esto es así porque el mantenimiento de rango en las novaciones modificativas que establece el artículo 5.5 del Real Decreto se refiere, como hemos dicho, a la refinanciación ampliando el plazo de amortización a cuarenta años (además de las otras dos cuestiones no problemáticas), pero entiendo que se refiere a esa sola ampliación de plazo porque en el Código no se habla de ampliar también capital; y solo en ese caso se mantiene rango (art. 5.5 del RD 6/2012 + art. 4.3 LSMPH). Por eso, la sola alteración de plazo no supone pérdida de rango, y solo si va acompañada de ampliación de principal se produce la postergación de la parte ampliada (si hubiera terceros intermedios), siendo imposible calificar a esa ampliación de principal como «recarga», pues para mí esta supone siempre mantenimiento del

rango. Definida y delimitada de este modo la viabilidad, admisión y concepto de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hay que decir que las ventajas que ofrece al acreedor son claras, ya que le permite mantener el mismo rango hipotecario inicial que garantiza nuevas y futuras concesiones de capital. Sin la posibilidad de la hipoteca recargable, el acreedor tendría para la parte de préstamo ampliada una garantía de rango postergado, como ha ocurrido hasta la actualidad.

En definitiva, entendemos que la sola ampliación de plazo es una novación modificativa que no altera el rango registral y que por tanto puede llevarse a cabo sin perjuicio ni consentimiento de acreedores posteriores. Sin embargo, el aumento del plazo junto con el del principal del préstamo produce una alteración del rango, no hay verdadera recarga, pues esta implica un mantenimiento de rango, y daría lugar a la inscripción retardada de la ampliación de principal y nuevo plazo.

Veamos, qué ha dicho la DGRN en su devenir de estos últimos años, y cuáles han sido sus pronunciamientos en cuanto a la hipoteca recargable, la posibilidad de recarga, de mantenimiento de rango, tanto en cuanto al aumento del principal como del plazo del préstamo hipotecario.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN TORNO A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO Y LA RECARGA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. Génesis de las hipotecas recargables

La ampliación del plazo de los préstamos hipotecarios está en estrecha relación con la posibilidad de recarga —aumento de principal— de los mismos, tal y como acabamos de manifestar, pues, entendemos, que cuando coinciden ambas modificaciones (principal y plazo) es cuando se pierde rango y surgen los problemas. Por eso, vamos a analizar cómo se ha contemplado por la DGRN tanto la posibilidad de recarga como la ampliación del plazo en los préstamos hipotecarios.

Las hipotecas recargables tienen sus antecedentes en distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que, en una primera época, se han rechazado para, después, matizarse un poco esta postura, flexibilizándola en cierto modo, cuya aceptación final concluirá igualmente con su admisión por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Veamos su evolución:

1. En una primera fase, la DGRN, en la Resolución de 26 de mayo de 2001, rechaza la posibilidad de que la ampliación de préstamo hipotecario quede garantizado con la misma cobertura hipotecaria inicialmente establecida. Es decir, rechaza directamente la recarga, y entiende que una hipoteca ordinaria inicialmente constituida para una obligación determinada no puede asegurar una nueva obligación consecuencia de la ampliación, aunque se haya pagado parcialmente dicha obligación, cuando de ello no queda constancia registral. La ampliación del préstamo por pago parcial del inicialmente configurado debería conllevar la cancelación parcial de dicho préstamo hipotecario, y la correspondiente nueva cobertura hipotecaria para la parte ampliada con posterioridad. Afirma el Centro Directivo que «no puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una re-

serva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 [*RJ* 1995/186], 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987/9722] y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)»

Esta doctrina es repetida por las RRDGRN de 30 de abril de 2002 y 9 de enero de 2002[15].

2. Posteriormente, las RRDGRN de 17 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002, sin llegar a admitir la hipoteca recargable dan un paso más hacia su aplicación: admiten que la ampliación de préstamo hipotecario es una simple novación modificativa[16], por lo que no necesitaría practicarse cancelación parcial de la hipoteca de la parte amortizada, ni una nueva hipoteca para garantizar la parte ampliada; pero, sin embargo, consideran que, a pesar de ser la misma obligación garantizada, la ampliación del principal debe conllevar la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Esa ampliación de hipoteca tendría un nuevo rango y prioridad, el que le correspondiera por su nueva inscripción. Es decir, se admite la ampliación de préstamo como novación modificativa, pero eso supone una ampliación de hipoteca, lo que nos lleva a una situación de dos tramos de obligación garantizados con dos tramos de cobertura hipotecaria diferenciados que, en ningún caso, puede perjudicar a terceros posteriores intermedios. La posibilidad de «recarga» se haría en dos tramos diferenciados, es decir, no es recarga propiamente dicha, pero al menos, se considera que la ampliación de préstamo hipotecario queda cubierta con la misma hipoteca. La DGRN, en estas resoluciones, confirma las de la etapa anterior, diciendo que es imposible que una hipoteca garantice dos obligaciones distintas, la inicial y la ampliada, con la misma cobertura hipotecaria, pero añade que nada impide que se amplíe la hipoteca para dar seguridad al nuevo tramo ampliado: «Estas características determinan, como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad. CUARTO. Cuestión distinta es que no se pueda, por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente, pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque

con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan solo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

Es decir, la DGRN admite que la ampliación de préstamo es una novación modificativa que debe cubrirse con la misma hipoteca, pero no se puede «recargar» la responsabilidad hipotecaria, aunque «cupiera» en la misma la parte ampliada por haberse amortizado parcialmente el préstamo, sino que debe ampliarse asimismo la cobertura hipotecaria sin perjuicio de terceros.

Esta situación peculiar seguía sin dar completa satisfacción al acreedor hipotecario que conseguía ampliar su préstamo hipotecario —siendo el mismo préstamo y no otro distinto—, pero, a efectos prácticos, le suponía lo mismo que antes. Si la ampliación era un nuevo préstamo habría dos obligaciones con dos hipotecas diferentes, de distinto rango, y la segunda postergada; y si se trata de novación modificativa con ampliación de hipoteca, tendríamos en teoría una sola obligación con una sola hipoteca, pero con dos tramos de rangos diferenciados y el segundo de nuevo postergado al primero.

Si, por el contrario, en vez de un nuevo préstamo se entendiera que la concesión de más capital supone una novación extintiva, en vez de modificativa, tampoco era buena solución para el acreedor, pues la novación extintiva supondría una nueva obligación (la del total ampliado), con una nueva hipoteca postergada, pues la *prima obligatio,* se habría extinguido por la novación, y en consecuencia también la hipoteca inicial que habría que cancelar.

En consecuencia, al acreedor realmente le daba igual que se inscribiera la ampliación como el mismo préstamo (modificado) aunque rango distinto, que se considerara que esa ampliación era un nuevo préstamo con una nueva hipoteca, con su rango distinto y correspondiente, que existiera una novación extintiva en la ampliación del préstamo garantizado.

¿Qué ventajas tiene la solución ofrecida por la DGRN para el acreedor hipotecario en estas resoluciones? ¿No habría sido, a efectos prácticos, lo mismo considerar que la ampliación es una nueva obligación, un nuevo préstamo y que, por tanto, se practicaría un nuevo asiento de nueva hipoteca con sus propios efectos y condiciones, sin necesidad de dar tantas vueltas para llegar a una solución prácticamente idéntica con respecto a sus efectos?

Esta insatisfacción del acreedor —que no nos olvidemos, son esencialmente entidades bancarias—, fue uno de los detonantes de la nueva regulación y admisión de las hipotecas recargables en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del mercado hipotecario, al igual que ocurrió con la hipoteca flotante.

2. Actualidad

Tras la aprobación de la Ley 41/2007, y en una primera fase, se confirmaron las tesis establecidas hasta esa fecha y que se acaban de exponer. Planteada, únicamente una ampliación del principal de un préstamo hipotecario, se reafirmó que se trataba de una novación modificativa, pero que debía corresponderse con una nueva responsabilidad hipotecaria para la parte ampliada. De este modo,

la RDGRN de 17 de marzo de 2008, confirmó la tesis de la Resolución de 8 de abril de 2002, y sin plantearse, propiamente, la recarga, ante la ampliación del principal de un préstamo hipotecario, admitió el desdoblamiento del préstamo inicial en dos tramos, abogando por la división de la obligación garantizada y la división de su garantía, ya que con base en el principio de accesoriedad, debe permitirse que el *ius distrahendi* se ejercite independientemente respecto de cada parte del capital prestado pero sobre la totalidad del objeto hipotecado. Es decir, como si existieran dos inscripciones de hipotecas, o tramos de hipotecas distintos, a los que corresponderá los efectos propios de su objeto y rango, derivados del principio de prioridad registral; el tramo ampliado no afectará por tanto a terceros intermedios.

De igual forma, y ya mucho más reciente, la RDGRN de 12 de mayo de 2011 repite lo establecido en la resolución anterior, asentando dicha doctrina de la novación modificativa, y el desdoblamiento de tramos de responsabilidad hipotecaria, cada uno con su rango y objeto, pero insistiendo en la necesidad de que dichas responsabilidades, sobre todo la nueva y ampliada, queden claramente especificadas. En concreto, esta resolución afirma que: «la ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Si se tratara de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía preferente no tiene por qué posponerse a ellas, de modo que la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación en tanto que hipoteca de rango posterior, pero no la hipoteca inicial… En suma, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 LH)».

Esta resolución concluye afirmando que «el efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario tuvo su expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que al modificar el artículo 4 LSMPH, determinó en su apartado tercero que las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún, caso una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad o la ampliación del plazo del préstamo por ese incremento o ampliación».

Y es, precisamente, este último supuesto, el que genera dificultades interpretativas y distintas tesis doctrinales, tal y como hemos visto. Si la ampliación de principal supone alteración de la responsabilidad hipotecaria, queda claro que es novación modificativa y que debe practicarse nueva inscripción de tramo de hipoteca postergada y posterior a los terceros intermedios si existieran (pérdida de rango, como excepciona el art. 4.3 LSMPH). Pero, ¿qué ocurre si se altera el plazo, solo o a la vez que se amplía el principal? ¿Se altera el rango, o se mantiene?

Esta es la duda que planteábamos antes, tras la Ley 41/2007, y que la DGRN no ha abordado satisfactoriamente hasta el momento, y se plantea en la RDGRN de 10 de enero de 2013, en la que trata de arrojar luz sobre la interpretación del farragoso artículo 4 LSMPH, y la posibilidad de la recarga y del mantenimiento del rango ante un aumento de principal, del plazo o de ambos.

Ya adelantamos que no compartimos alguna de las últimas afirmaciones del Centro Directivo, en concreto las relativas a las consecuencias que otorga al

simple aumento del plazo en un préstamo hipotecario y que vienen a retraer el criterio cuyo camino se iba abriendo.

Analicemos sus pronunciamientos:

Los hechos que dan lugar a esta Resolución de 10 de enero de 2013 son los siguientes: se presenta a inscripción una escritura de novación de préstamo hipotecario por la que las partes convienen la ampliación del plazo de amortización del mismo sin ampliación de capital, existiendo cargas intermedias inscritas, cuyos titulares no prestan su consentimiento a dicha ampliación de plazo.

El Centro Directivo, antes de dar solución al problema concreto que se plantea, con buen criterio y ante la falta de resoluciones previas en tal sentido, como ya hemos puesto de relieve antes, decide antes de resolver aclarar la interpretación que debe darse al artículo 4.3 LSMPH.

Para ello, establece que, en primer lugar, considera que de la literalidad del artículo 4.3 LSMPH, hay que deducir que nos encontramos ante dos supuestos distintos, y no uno solo: *a)* el del incremento de la cifra de responsabilidad (del que ya se ha hablado en pluralidad de resoluciones, que daría lugar al establecimiento de dos hipotecas de facto), y *b)* el de la ampliación del plazo del préstamo, con independencia de la ampliación de la responsabilidad, es decir, la ampliación de plazo por si sola considerada (pues si fuera junto a ella, sería la misma solución de rango postergado para la parte ampliada). En concreto dice que «al aludir el legislador en forma disyuntiva a la ampliación de plazo, el supuesto no puede ser el de una ampliación unida al incremento de cifra de responsabilidad, pues sería un supuesto redundante, como también lo sería aludir al «incremento de la cifra» junto con cualquiera otra de las modificaciones del apartado 2, por lo que, en definitiva, no se explicaría por qué el legislador da un tratamiento específico a efectos de rango, a la ampliación de plazo. La única explicación es que el legislador trata de diferenciar, a efectos de rango, los supuestos de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y de ampliación de plazo del préstamo de las demás modificaciones del apartado 2 del artículo 4».

A continuación, y una vez resuelto el problema de que se trata de dos supuestos distintos, el Centro Directivo, afirma que en el caso de alterarse el rango como consecuencia del incremento de responsabilidad hipotecaria, o ampliación del plazo, solo se posterga o pospone para la parte ampliada, garantizada con un nuevo tramo de hipoteca, sin que la hipoteca ya inscrita sufra dicha postergación. Así, podemos extraer de sus fundamentos las siguientes consideraciones que confirman esta idea: «En segundo lugar, la expresión "por este incremento o ampliación" debe relacionarse con la "alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita" a que se refiere inicialmente el propio apartado 3 del artículo 4 y con la referencia en el inciso siguiente a la posibilidad de "mantener el rango". Sería completamente excesivo e incluso absurdo, que por el hecho de aumentar unas cifras de responsabilidad o ampliar el plazo se produjera la pérdida de rango de la hipoteca inscrita, cuando se trata de simples aditamentos a la responsabilidad y al plazo de una hipoteca que salvo en cuanto a esos aditamentos, ya figura con rango ganado por el hecho de haberse practicado en su día la inscripción. Es más coherente interpretar atendiendo a la finalidad y al contexto del precepto que la "alteración o pérdida de rango" y "el mantenimiento, en su caso del rango", lo son solo en relación con los supuestos de "incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria" y de "ampliación del plazo del préstamo" de la hipoteca inscrita, y no que se trate de una alteración del rango de la hipoteca ya inscrita, pues sería una sanción excesiva para un derecho real ya adquirido, que por el mero hecho

de realizarse unas novaciones modificativas darían al traste con un rango ya adquirido. Lo lógico es sancionar la alteración de rango de la hipoteca inscrita solo en cuanto al incremento de la cifra o en cuanto a la ampliación del plazo si no se obtiene el consentimiento de los titulares de los derechos inscritos, pues en otro caso, estos obtendrían un enriquecimiento injusto y no sería coherente el acto realizado con el resultado producido».

Pues bien, de las palabras de la Dirección General, se extrae la conclusión clara de que la alteración de rango puede producirse por incremento de la cifra de responsabilidad o por ampliación del plazo, pero solo respecto de la parte incrementada o ampliada, sin que afecte a lo anteriormente inscrito, cuando, si existen terceros intermedios, estos no consintieran tal ampliación o incremento.

Esto nos lleva a plantearnos si de las palabras del Centro Directivo, podemos, asimismo, extraer la conclusión de que la sola ampliación del plazo (sin aumento del principal), cuando no sea consentida por terceros titulares de cargas intermedias, conduce siempre a una pérdida de rango. Una primera lectura de los fundamentos de la resolución nos conduce a ello. La ampliación de plazo no consentida lleva a la pérdida de rango de la parte ampliada. Si esto es así, la DGRN se aproxima a la primera de las tesis que hemos expuesto en el epígrafe II, de carácter minoritario, en la que se afirma que el solo aumento de plazo, sin aumento de principal, ni de responsabilidad, conduce a la pérdida de rango. Esta resolución así interpretada, favorecería esta tesis, y contradeciría la tesis que hasta ahora ha sostenido la DGRN.

Si esta es la solución que adopta la DGRN, estamos en contra de la misma, por todo lo que ya se ha mantenido con anterioridad, pues consideramos, que la simple ampliación de plazo no conlleva una pérdida de rango, y solo si va unida a un aumento de principal, produce este efecto respecto al rango. No compartimos esta interpretación y seríamos críticos con la misma, por no atender a los principios propios de flexibilización del mercado hipotecario que impregnaron la reforma de la Ley 41/2007, dificultarían las novaciones modificativas, y por la propia literalidad del artículo 3.2 LSMPH.

Convencidos de que no puede ser esta la interpretación exacta que debe darse a las palabras de la Dirección General en esta resolución, entendemos lo siguiente:

El Centro Directivo distingue bien los dos supuestos que pueden generar una pérdida de plazo, que son dos, como bien afirma, porque si fuera uno solo, sobraría la distinción que hace el propio artículo como bien se explica en esta resolución. También compartimos la aclaración que se hace sobre el hecho de que la pérdida de rango solo se producirá en su caso sobre la nueva —o nuevo tramo de— hipoteca que se inscriba para garantizar el incremento de responsabilidad o la ampliación de plazo. Pero no podemos compartir, ni por tanto concluir, que la sola alteración de plazo produzca el efecto de postergación. Creemos que solo unida a un aumento del principal, y no consentido por los posteriores titulares intermedios, se produce la pérdida de rango, y solo para la nueva parte ampliada. La Dirección General no dice que la sola modificación de plazo produzca ese efecto, entendemos que quiere decir que cuando se produzca esa pérdida de rango por aumento de plazo (solo en los casos que se produzca, y a nuestro entender, solo cuando vaya unido a un aumento de principal), afectará nada más que a la parte ampliada, y desde luego, siempre que no se haya consentido por los posteriores que pueden verse perjudicados.

Si interpretamos de este modo esta resolución, estamos de acuerdo con ella, pero si se llega a la conclusión de que el solo plazo puede suponer pérdida de rango, entonces no la compartimos y discrepamos de la misma.

Es una pena que, a pesar de los esfuerzos interpretativos de esta resolución, sigan quedando zonas «opacas», que vuelven a admitir interpretación. La RDGRN de 4 de febrero de 2013 repite literalmente esta resolución comentada, sin arrojar más luz sobre la cuestión. Habría sido de agradecer una mayor claridad por parte de la DGRN, que pusiera fin a las discusiones doctrinales y a las distintas interpretaciones, en un tema de actualidad, y muy ligado a la refinanciación de los deudores hipotecarios, que buscan en un nuevo plazo, aliviar la presión de la cuota hipotecaria.

De hecho, estas dudas jurisprudenciales y doctrinales, estos criterios contradictorios están retrayendo la utilización de la recarga por parte de las entidades financieras, pues temen, que aumentando el plazo del préstamo hipotecario puedan perder rango según una u otra interpretación.

La ampliación de plazo como reestructuración de la deuda, y refinanciación de la misma, nos parece un instrumento financiero valioso, que no puede seguir siendo objeto de diferentes interpretaciones doctrinales.

IV. CONCLUSIONES

I. La recarga de la hipoteca y la ampliación del plazo de la misma son cuestiones que por separado implican ya diversos conflictos doctrinales y de interpretación jurisprudencial, pero que juntos generan una situación todavía más compleja.

II. Existe verdadera recarga de la hipoteca cuando se produce una ampliación del principal del préstamo garantizado con hipoteca, previa amortización de parte del mismo, de forma que «quepa» en la misma responsabilidad hipotecaria, ese aumento de principal, sin que la cifra máxima se altere, y sin pérdida de rango para la parte ampliada.

III. Después de muchas vacilaciones jurisprudenciales, tras la Ley 41/2007, se admite sin ningún problema dicha «recarga»: es una novación modificativa que no produce alteración o pérdida de rango para la parte ampliada, siempre que no existan terceros intermedios. Se supera la tesis de que el aumento de principal es un nuevo préstamo que se garantiza con nueva hipoteca postergada.

IV. Se plantea también cuál es la consecuencia del aumento de plazo en un préstamo hipotecario. Tras la nueva Ley 41/2007, que modifica la LSMPH, parece que la ampliación de plazo es también una novación modificativa.

V. Pero surge la duda de si dicha ampliación del plazo del préstamo hipotecario supone o no pérdida de rango registral para la parte ampliada, o por el contrario, se mantiene el mismo.

Surgen a este respecto tres tesis diferenciadas: *a)* la sola ampliación de plazo conlleva pérdida de rango; *b)* la ampliación de plazo solo unido al aumento de principal conlleva pérdida de rango; *c)* la ampliación de plazo nunca supone una pérdida de rango.

VI. Creemos que la sola ampliación de plazo es una mera novación modificativa sin efectos respecto al rango, que no perjudica a terceros.

VII. Pero, unida al aumento de principal, conlleva a la alteración del rango registral para esa parte ampliada, por supuesto, cuando existan terceros intermedios que no consientan a la misma. Por eso, la unión de aumento de plazo y

aumento de principal, elimina la posibilidad de mantenimiento de rango, y en consecuencia de una «verdadera» recarga de la hipoteca.

VIII. Mantener lo contrario significaría la posibilidad de una hipoteca perpetua con el perjuicio consiguiente para los terceros posteriores.

IX. La combinación de ambos elementos —aumento de plazo y aumento de principal—, no puede producirse sin consecuencias respecto al rango.

X. La Dirección General de los Registros y del Notariado no es lo suficientemente clara a este respecto en sus últimas resoluciones, y consideramos que sería bueno y conveniente que aclarara este extremo por las ventajosas consecuencias que, hoy en día, en la época de crisis en la que estamos, supondría alargar los plazos de los préstamos hipotecarios, para favorecer su devolución, y en definitiva, actuaría como eficiente instrumento de refinanciación o reestructuración de la deuda, para los deudores hipotecarios.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SSTS de 9 de febrero de 1889; 4 de abril de 1892; 14 de marzo de 1908; 30 de diciembre de 1935; 10 de febrero de 1950; 1 de diciembre de 1951; 9 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 20 de diciembre de 1960; 21 de enero de 1961; 23 de febrero de 1962; 31 de octubre de 1962; 30 de enero de 1963; 5 de marzo de 1965; 17 de junio de 1966; 22 de noviembre de 1982; 11 de julio de 1985 y 28 de mayo de 1991.
- RRDGRN de 7 de febrero de 1940; 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, 2 y 3 de enero de 1996 y 8 de junio de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Azofra, F. (2009): «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, de 5 de mayo de 2009, año XXX, 1-9.

Chaves Rivas, A. (2009): «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, 1-7. Disponible en http://www.elnotario.com.

Del Valle, J. L. (2011): *Hipoteca Recargable.* Conferencia presentada en el *Congreso sobre garantías reales y crisis* de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.

García García, J. M. (2009): *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson.

Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2013): «La hipoteca flotante y la hipoteca recargable: perspectiva actual de dos nuevas modalidades de hipoteca basadas en la expansión crediticia pasada», en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, julio, 1109-1161.

Oliva Brañas, P. (2009): «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, Madrid, CER (págs. 145-166).

Pérez de Madrid Carreras, V. (2009): «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, 1-5. Disponible en http://www.elnotario.com.

SIEIRA GIL, J. (2009): «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis,* CER, Madrid, CER (págs. 167-207).

VALERO FERNÁNDEZ, A. (2009): «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, 1780-1783.

NOTAS

[1] 1. El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 4. Escritura pública.

1. En la escritura de subrogación solo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.
2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:
   i) la ampliación o reducción de capital;
   ii) la alteración del plazo;
   iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
   iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
   v) la prestación o modificación de las garantías personales.
3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

2. *La Disposición Transitoria Única, párrafo tercero establece lo siguiente:*

   3. La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

[2] Este artículo recoge y resume las ideas principales y desarrolladas sobre la hipoteca recargable como instrumento de refinanciación, comparándolo con la flotante, que se expusieron en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), «La hipoteca flotante y la hipoteca recargable: perspectiva actual de dos nuevas modalidades de hipoteca basadas en la expansión crediticia pasada», en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, julio (págs. 1109-1161).

[3] En este sentido, véase VALERO FERNÁNDEZ, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148 (págs. 1780-1783). Este autor rechaza la admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, y no encuentra razones para su admisión en la Ley 41/2007, y apartarse de la hipoteca recargable francesa; más bien al contrario, entiende que en esa Ley se está refrendando la postura tradicional de la DGRN anterior a la misma, en el sentido de entender que la ampliación de préstamo hipotecario es una novación modificativa que queda garantizado con un nuevo tramo de hipoteca de rango postergado al inicial.

[4] La hipoteca «recargable» se copia de la hipoteca con el mismo nombre francesa, establecida en la Ordonnace de 11 de marzo de 2006, sin embargo, el régimen de una y otra son bastante diferentes. Las principales diferencias que encontramos entre ambas figuras son:

— Se constituyen con ese nombre expreso/las españolas no.
— Se constituyen sin necesidad de pacto expreso/en España son fruto de un convenio bilateral.
— Pueden recargarse a pesar de haberse amortizado totalmente la obligación asegurada/ en España no, eso daría lugar a la extinción de la hipoteca.
— Admiten distintos acreedores en la parte inicial del préstamo y en la ampliada/en España debe ser el mismo acreedor en los dos tramos, que se subroga.
— Admite la renuncia del deudor de la recarga/ se rechaza tal posibilidad.

[5] En este sentido, la DGRN ha manifestado en repetidas ocasiones la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, siempre que exista causa que lo justifique, revistan los requisitos de fondo y forma necesarios de un derecho real, y gocen de sus caracteres de oponibilidad e inherencia. Véase, RRDGRN de 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, y la muy reciente de 8 de junio de 2011, que afirma: «no solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2 LH y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto, sujetarlos a condición, término o modo. Pero también es cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales…».

[6] José Luis del Valle afirmó en su conferencia sobre la Hipoteca Recargable, en el Congreso sobre garantías reales y crisis de la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 2011, que un aumento de plazo, sin modificar la responsabilidad hipotecaria, pero con ampliación de principal, hace igualmente perder el rango respecto a la parte ampliada, pues si se mantuviera el mismo, nos encontraríamos ante una hipoteca perpetua, que cada vez que se recarga se amplía el plazo, lo que pondría a los terceros en una situación de clara desventaja.

[7] Azofra, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, 5 de mayo, año XXX (págs. 1-9). Valero Fernández-Reyes, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», *ob. cit*., págs. 1781-1784; Sieira Gil, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis,* Madrid, CER (págs. 167-207); Del Valle, J. L., en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre de 2011; Oliva Brañas, P. (2009), «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid, CER (págs. 145-166).

[8] Sieira Gil hace una buena descripción de las tesis que aquí se resumen y de los motivos y argumentos de cada una de ellas. Véase Sieira Gil, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis, ob. cit.,* págs. 167-207.

[9] Defiende esta postura Chaves Rivas, A. (2009), «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, págs. 1-7. Disponible en http://www.elnotario.com.

[10] Azofra, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.,* págs. 1-9.

[11] Azofra, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.,* pág. 2.

[12] Defensores de esta tesis: Valero Fernández-Reyes, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradore*s, núm. 148, págs. 1783-178; García García, J. M. (2009), *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson; Del Valle, J.

L. (2011), en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis de la Universidad de Barcelona, octubre de 2011; SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit*., págs. 194-199; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, págs. 1-5. Disponible en http://www.elnotario.com.

[13] SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit*., págs. 197-199.

[14] SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit*., págs. 204-205.

[15] Doctrina de la DGRN en dichas Resoluciones: «Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado, con la que se transmite y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte debida, no puede utilizarse la misma, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que este se ha reducido».

[16] La mayoría de la jurisprudencia registral y civil corroboran la consideración de la ampliación de préstamo hipotecario como una novación modificativa y no extintiva. En este sentido, y a favor de la admisión de la novación modificativa, véase: SSTS de 9 de febrero de 1889; 4 de abril de 1892; 14 de marzo de 1908; 30 de diciembre de 1935; 10 de febrero de 1950; 1 de diciembre de 1951; 9 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 20 de diciembre de 1960; 21 de enero de 1961; 23 de febrero de 1962; 31 de octubre de 1962; 30 de enero de 1963; 5 de marzo de 1965; 17 de junio de 1966; 22 de noviembre de 1982; 11 de julio de 1985 y 28 de mayo de 1991. La RDGRN, de 7 febrero de 1940, contemplaba un supuesto de inscripción de ampliación de hipoteca, y en ella, la DGRN acepta que la ampliación de préstamo hipotecario presentada a inscripción se haga refiriéndola a la primera escritura de préstamo hipotecario inscrita, sin necesidad de transcribir de nuevo las condiciones del contrato que ya figuran en la primera inscripción, por considerar que esa ampliación no exige una nueva hipoteca que la garantice, sino que sigue siendo la misma, y que los requisitos exigidos por el principio de determinación quedan suficientemente salvaguardados porque el préstamo y la hipoteca son los mismos que se inscribieron originariamente. De manera no tan clara, pero sí de forma indirecta podemos deducir que la ampliación de crédito hipotecario no es novación extintiva, sino que solo implica la modificación de la obligación inicial, de las Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996.

1.4. Sucesiones

Intangibilidad cuantitativa de la legítima y preterición testamentaria: revisión crítica de las cuestiones controvertidas en materia de preterición, sus clases y efectos

Quantitative intangibility of forced shares and testamentary preterition: a critical review of controversial issues in the area of preterition, its types and effects

por

INMACULADA VIVAS-TESÓN
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza, a través de un recorrido por los pronunciamientos judiciales más recientes sobre la materia, una revisión crítica de las cuestiones (sustantivas y procesales) más controvertidas (no unánimemente resueltas por la doctrina ni por la jurisprudencia) que suscita el artículo 814 del Código Civil, precepto que regula la preterición testamentaria, institución protectora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima que puede definirse como la omisión o silencio de un heredero forzoso en el testamento, a sabiendas (intencional) o por descuido o ignorancia (no intencional o errónea).

ABSTRACT: In this article, by going through the most recent judicial decisions in this area, we will carry out a critical review of the most controversial (substantive and procedural) issues raised by art. 814 of the Spanish Civil Code, which have not yet been unanimously answered by scholars or the Courts. This is a precept which regulates testamentary preterition, representing an institution that protects the quantitative intangibility of forced shares, which may be defined as the omission or silence of a forced heir in a will, this either done either in full knowledge (intentionally) or as a result of oversight or ignorance (unintentional or by mistake).

PALABRAS CLAVE: legítima, testamento, preterición.

KEY WORDS: forced shares, wills, preterition.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRETERICIÓN.—II. EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES.—III. EL CARÁCTER INTENCIONAL O NO DE LA PRETERICIÓN TESTAMENTARIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS: 1. PRETERICIÓN INTENCIONAL (ART. 814, PFO. 1.º CC). 2. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA (ART. 814, PFO. 2.º CC).—IV. LA/S ACCIÓN/ES DE IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO POR PRETERICIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRETERICIÓN

Partiéndose de que el Diccionario de la Lengua Española define la palabra «*preterición*», en su tercera acepción, como la «*omisión, en la institución de herederos, de uno que ha de suceder forzosamente, según la ley*»[1], la STS de 31 de mayo de 2010 establece que esta institución[2] «*viene regulada por el artículo 814 del Código Civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o alguno de los legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006*» (FJ 1.º)[3].

Según la denominada *jurisprudencia menor*, existe preterición cuando el heredero forzoso no haya recibido nada del causante por actos *inter vivos* ni *mortis causa,* y además cuando ni tan siquiera es nombrado en su testamento. No es otra cosa sino la privación total tácita de la legítima del heredero forzoso por parte del testador. Los efectos jurídicos de la misma son diversos en el caso de que la preterición sea intencional (a sabiendas) o no intencional (errónea) por descuido o ignorancia[4].

Importante es subrayar que la preterición requiere despojo u omisión íntegros de la legítima, de modo que cuando el legitimario recibe una asignación (sea por negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*) que satisface su derecho a la porción que legalmente le corresponde, no se trata de preterición sino de insuficiencia de legítima, procediendo el ejercicio de la acción de complemento de la misma *ex* artículo 815 del Código Civil[5].

En relación con lo apuntado, en la SAP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 13 de diciembre de 2007, se ventila el supuesto de un testador con dos únicas hijas, no existiendo preterición (ni intencional ni tampoco no intencional), puesto que en el testamento ninguna de las dos fueron omitidas, sino que una de ellas era instituida heredera mientras que a la otra hija solo le otorgaba un legado de determinados bienes: «*la demandante entiende obligada la institución de herederos de todos los legitimarios pero esta tradición del Derecho Romano ya no está vigente con el Código Civil, por lo que es posible la atribución de una parte de la herencia como legado, como sucede en este caso. El legado otorgado a la actora no es compatible con su preterición. En este sentido el Tribunal Supremo, ya en sentencia de 23 de abril de 1932 explicaba que "no existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, mencione en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial e inferior a lo que por legítima le corresponda". En sentencia de 30 de enero de 1973 acepta el caso de un testador que declara que su hija "está completamente pagada y satisfecha en todos cuantos derechos pudieran corresponderle en mi herencia". Y la sentencia de 17 de julio de 1996 mantiene que no hay preterición cuando el testador, aunque no designe heredero al legitimario, le lega bienes suficientes para cumplir con lo dispuesto en la Ley sobre legítimas.*

En el testamento litigioso es claro que la voluntad del testador ha sido cubrir la legítima de su hija María Antonieta mediante el legado que le otorga, con exclusión por tanto de la preterición y sin infracción tampoco de la institución de heredero» (FJ 1.º).

De acuerdo con ello, en el FJ 2.º de su sentencia, la AP afirma: «*otra cosa es que ese legado sea suficiente para cubrir la totalidad de su legítima. A esto se refiere la pretensión subsidiaria en base a que puede estar perjudicada en sus derechos legitimarios. Es posible como hipótesis, pero no está probado.*

La demanda solo plantea ese perjuicio formalmente, sin contenido material. La misma Jurisprudencia ya referida admite en aquellos casos la acción de complemento de la legítima prevista por el artículo 815 del Código Civil, por lo que es admisible su ejercicio. Pero es evidente que habrá de hacerse sobre la base de la realidad del perjuicio al que se refiere su petición. En este juicio no se prueba perjuicio alguno con el pretexto de desconocerse la masa hereditaria, y tampoco es procedente dejarlo sin más para el trámite de ejecución de sentencia como se pretende, pues el Tribunal carece de unas mínimas bases para hacerlo».

Así las cosas, la preterición supone un olvido o exclusión (sean deliberados o involuntarios) de disposición a favor de un pariente del causante con derecho a legítima[6]. La preterición, como relego, omisión o falta de mención de alguno de los herederos forzosos, se desenvuelve, en particular, en el ámbito testamentario[7] y en la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Es algo diferente de la desheredación, en tanto en cuanto no hay privación explícita sino mera elipsis del afectado; el testador de forma voluntaria o no intencional omite, de entre sus herederos, a uno o a todos, privándoles de las legítimas correspondientes[8].

II. EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS SUCESIVAS REDACCIONES

La preterición se regula en el artículo 814 del Código Civil, precepto que contiene la reacción del Ordenamiento Jurídico ante la omisión testamentaria de un sucesor por ministerio de la ley y que ha recibido diversas redacciones.

La primitiva de 1889 y vigente hasta 1958 era la siguiente: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 835, 836, 837 de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador la institución surtirá efecto».

En la redacción vigente desde 1958 hasta 1981 se suprimiría el inciso «*sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador*» (con la finalidad de evitar equívocos sobre la omisión de los hijos llamados *cuasi-póstumos,* es decir, nacidos en vida del padre pero con posterioridad al otorgamiento del testamento[9]), quedando, por tanto, del siguiente tenor literal: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

Y la Ley 11/1981, de 13 de mayo, volvería, nuevamente, a modificar su texto con el fin de armonizarlo con los mandatos constitucionales, en concreto, a la equiparación de los hijos ante la ley con independencia de su filiación *ex* artículos 14 y 39.2 CE[10], ampliando el ámbito subjetivo de los legitimarios e incluyendo,

además, la distinción entre preterición intencional e involuntaria[11], desconocida en las anteriores redacciones del precepto[12], de manera que la nulidad de la institución de heredero deja de ser el único efecto de la preterición testamentaria. Literalmente, el artículo 814 del Código Civil, pasa a expresar lo siguiente: «*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.*

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge solo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»[13].

Como señala VATTIER FUENZALIDA[14], la actual redacción del artículo 814 del Código Civil procede de la reforma de 1981 pues, como consecuencia de la equiparación de las filiaciones, se estimó que podían aumentar los casos de preterición en la línea recta y que la nulidad de la institución de heredero, establecida por la redacción anterior, era una reacción excesiva, y de aquí que se recuperara la antigua distinción de la preterición a secas, hoy llamada intencional, cuyos efectos se contraen a la reducción de la mencionada institución, y la preterición errónea o no intencional de los descendientes, única para la que se mantienen los graves efectos destructivos del régimen anterior. A esto se une la preocupación por los descendientes de los hijos premuertos, a los que se les confiere un derecho de representación, como lo hizo la STS de 6 de diciembre de 1952, y no se consideran por ello preteridos. En fin, se quiso resaltar la prevalencia de la voluntad del testador, quedando a salvo la legítima, en una norma que, bien mirada, debería encabezar el artículo 815.

Como era de esperar, el *cambio sustancial* (como lo califica la ya citada STS de 31 de mayo de 2010), operado por la reforma de 1981, plantearía no pocos problemas de Derecho Transitorio, sobre los cuales han coexistido jurisprudencias encontradas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el Derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad[15]; a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad. Por último, las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados.

En definitiva, es evidente que el legislador de 1981, al introducir las dos clases de preterición, consciente o equivocada del causante, pone todo el peso en la *voluntas testatoris*[16] que, como es sabido, en el ámbito de la sucesión testada, es ley suprema de la sucesión (sin perjuicio, naturalmente de las normas imperativas establecidas por el CC, v.gr. en materia de legítimas): *dicat testator et erit*

lex voluntad eius (Dig. 35, 1, 19). Por tanto, la interpretación testamentaria viene presidida por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador[17] y así se plasma explícitamente en el inciso final del artículo 814 del Código Civil: «*a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador*»[18].

III. EL CARÁCTER INTENCIONAL O NO DE LA PRETERICIÓN TESTAMENTARIA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Como establece la antes citada STS de 31 de mayo de 2010, «*los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados*» (FJ 1.º). Por tanto, si en la preterición deliberada del testador la acción de reducción o rescisoria tiene como finalidad la de conseguir un resultado económico para el legitimario omitido, si bien respetando las disposiciones testamentarias de las que se detrae su derecho, en la errónea procede anular la institución de heredero y, en su caso, las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento[19].

La diferente intensidad de las consecuencias de la preterición (menor en la intencionada que en la provocada por equivocación) conduce a discernir, en el caso concreto, cuándo la omisión realizada en el testamento responde a la intención o al error del testador, como reconoce la SAP de Alicante (Sección 6.ª) de 22 de septiembre de 2010: «*hemos de tener en cuenta que la distinción es importante porque los efectos que la ley atribuye a una y otra son muy diferentes, toda vez que en tanto que la preterición intencional no da lugar a la nulidad del testamento sino solo a que el preterido pueda reclamar lo que por legítima le corresponda, la preterición errónea conlleva esta nulidad, y la parte actora ahora apelante, no solicita la legítima sino la nulidad radical o parcial del testamento, declarándola heredera universal o subsidiariamente de la declaración de heredera respecto de las dos terceras partes de la herencia y, en consecuencia, la apertura de la sucesión intestada, y ello solo es posible si la preterición, que en su caso pudiera haberse producido, hubiera sido por causa de error*» (FJ 1.º).

Son muchos los pronunciamientos judiciales que giran alrededor de la calificación de la preterición testamentaria. Veamos algunos de los más recientes.

En la SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 18 de marzo de 2012, se ventila un supuesto en el que el testador, conocedor de la existencia de un hijo extramatrimonial anterior al otorgamiento del testamento, instituyó herederos a sus hijos añadiendo la expresión «*y a los demás que tenga en lo sucesivo*». El hijo biológico, basándose en dicha expresión testamentaria, considera que ha de reconocérsele su condición de heredero testamentario. La AP considera: «*hemos de ratificar la acertada apreciación de la prueba que efectúa el juez* a quo, *siendo totalmente correcta su valoración de que la preterición del hijo extramatrimonial del señor Bernardo en el testamento que este otorgó el año 1971 fue intencional. No es solo que no podamos aceptar o compartir la forzada interpretación que de la expresión testamentaria de "los demás [hijos] que tenga en lo sucesivo" realiza el apelante, sino que ha quedado evidenciado claramente en este proceso a través de la prueba practicada, entre ella la documental del juicio de filiación que se siguió en el Juzgado número 1 de Coria del Río, que cuando el señor Bernardo otorgó el testamento conocía perfectamente que tenía un hijo no matrimonial y sin embargo no le reconoció la cualidad de heredero ni en el momento del otorgamiento ni durante*

los años posteriores hasta su fallecimiento, nada menos que diecisiete años. En el anterior juicio de filiación quedó acreditada la relación de noviazgo entre el señor Bernardo y la madre del actor, que esta quedó embarazada en aquella época, la posterior ruptura de los novios. La sentencia que declaró la filiación habla de una "posesión por notoriedad pública" de la condición de hijo biológico, ya que los vecinos del pueblo vienen reconociendo desde siempre al demandante como hijo extramatrimonial del fallecido señor Bernardo. También declara dicha sentencia, "la pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar de aquel de quien se reclama que autoriza apreciar una situación próxima a la posesión de estado o equivalente reconocimiento tácito".

Así pues, no puede quedar duda de que nos hallamos ante una preterición intencional por parte del testador, que está claro que no quiso reconocer en vida la condición de heredero del demandante ni, por consiguiente, la de hijo extramatrimonial. De ninguna manera puede considerarse al demandante incluido en la expresión testamentaria "los demás que tenga en lo sucesivo", pues el testador era conocedor de la existencia de este hijo biológico anterior al otorgamiento del testamento» (FJ 2.º).

También es calificada de intencional la omisión testamentaria de una hija por la SAP de A Coruña (Sección 4.ª) de 30 de enero de 2013: «*no nos encontramos ante un supuesto en el que la hija hubiera nacido tras el fallecimiento del padre o años después de haber otorgado testamento (STS de 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006), sino que había nacido veinticinco años antes de que don Alberto otorgase el acto de última voluntad en la que fue preterida, teniendo además perfecta constancia de tal omisión, que merece por ello el calificativo de intencional*» (FJ 2.º).

Y en la SAP de Valladolid (Sección 3.ª) de 7 de febrero de 2013, don Prudencio, conocedor del embarazo de doña Andrea, con quien había mantenido una relación extraconyugal, otorga testamento en el que instituye como herederos a los dos hijos que ya tenía de su matrimonio y a los posibles futuros hijos que tuviera dentro del mismo matrimonio. El hijo extramatrimonial (cuya filiación fue posteriormente determinada) interpone demanda contra los tres hijos matrimoniales, la cual es desestimada tanto en primera como en segunda instancia: «*cuando doña Andrea pone en conocimiento de don Prudencio en el mes de diciembre de 1977 que se encuentra embarazada porque ha tenido la primera falta (…) le promete que una vez trascurran dos o tres meses se irá a vivir con ella a una casa que tiene en Benidorm.*

No es cierto que tenga tal casa. Don Prudencio comenta con su amigo don Fabio el problema que se le presenta, teniendo en cuenta su estado de casado (trascurrían las Navidades de 1977), y este le remite al notario señor Barbero, amigo de sus padres para que le asesore.

Así las cosas, don Prudencio procedió a otorgar testamento cuando ya sabía el estado de embarazo de doña Andrea. En ningún momento se ha puesto en tela de juicio de que en aquellos momentos se discutiera si el causante del embarazo era don Prudencio o cualquier otro.

Entendemos que a través del testamento don Prudencio manifestó su voluntad y la postura que quiso adoptar ante el futuro nacimiento del hijo de doña Andrea. No quiso saber nada de su futuro hijo, y su manifestación ante ese nacimiento fue la de otorgar testamento a pesar de que no es frecuente dicho acto a la edad de treinta y seis años. Y es muy significativa la declaración que en el mismo se hace de que "instituye herederos a sus dos hijos Covadonga y Gervasio y a los que pudiera tener de su actual matrimonio".

A través de dicha manifestación podemos ver de forma clara cómo don Prudencio, conocedor del embarazo de doña Andrea, se quiso asegurar de que ese hijo quedaba excluido en su sucesión. No sufrió ningún error en el sentido de olvido, sino que todo lo contrario, afirmó que solo nombraba herederos a los posibles futuros hijos que tuviera pero dentro de su actual matrimonio. Esos y solo ellos eran nombrados herederos. Dejaba abierto un portillo a futuros hijos, pero únicamente cuando esos hijos lo fueran dentro de su matrimonio. Y no a futuros matrimonios, sino al matrimonio actual.

Con ello entendemos que la preterición del actor fue intencional y que el otorgamiento del testamento fue la respuesta que dio don Prudencio cuando conoció el embarazo de la madre del actor» (FJ 4.º).

En la SAP de Asturias (Sección 6.ª), de 22 de abril de 2013, se aborda un caso similar a los ya descritos (paternidad del causante respecto del actor, quien interpone demanda contra los instituidos herederos, sus sobrinos, al declarar aquel en su testamento que era soltero y no tenía descendientes), si bien su interés reside en que el JPI consideró que la preterición no era intencional, basándose, para ello, de un lado, en que la sentencia firme de reconocimiento de la filiación extramatrimonial del actor respecto del causante testamentario había sido dictada con posterioridad a su fallecimiento y, de otro, en lo declarado en el testamento por el propio causante en cuanto a que no tenía descendencia. Los demandados interponen recurso de apelación contra el fallo de instancia, la cual es revocada parcialmente por la AP en cuanto considera que la preterición de que fue objeto el actor en el testamento otorgado por su padre *«ha de ser calificada de intencional, sin que a ello se oponga la circunstancia de que el testador no hubiera mantenido relaciones paterno-filiales con el actor ni hubiera reconocido formalmente su paternidad, esta la conocía, dado que su hijo tras su nacimiento residió en la misma pequeña localidad en que todos los vecinos se conocen muchos años antes de otorgar el citado testamento hoy rector de su sucesión, por lo que es lógico concluir que ese conocimiento público y notorio de la filiación también alcanzaba al padre, razón por la que aun cuando la declaración legal de filiación fue declarada con posterioridad a su fallecimiento, el conocimiento previo de la misma y su negativa a reconocerlo en el testamento no puede más que ser calificada de intencional, de la que derivan por ello las consecuencias legales, en que están conformes todas las partes, que no son otra que las de mantener la validez de la institución de herederos efectuada en el testamento, bien que la misma no puede perjudicar a la legitima del actor, que en este caso no se discute por los demandados que al ser el único hijo y descendiente del causante, lo es la larga comprensiva de los dos tercios de la herencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 808 y 823, ambos del Código Civil»* (FJ 3.º).

De una atenta lectura del artículo 814 del Código Civil, podemos distinguir las consecuencias jurídicas de cada clase de preterición, teniéndose en cuenta que la intencional se refiere a cualquier legitimario, en tanto que la errónea o involuntaria se circunscribe a los hijos y descendientes[20].

1. Preterición intencional (art. 814, pfo. 1.º CC)

Si el testador deliberada o conscientemente omite a un legitimario en el testamento, existiendo otros no preteridos, el heredero forzoso preterido solo puede reclamar su participación en la legítima estricta (tal y como se deduce de los arts. 814, pfo. 1.º y 808, pfo. 2.º CC), en cuyo caso se reduce (no anula,

intentándose, por consiguiente, respetar en lo posible la voluntad del testador) la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias[21]. Por tanto, al ordenar el precepto la reducción de la institución de heredero antes que las mejoras, se llega al resultado de que el hijo preterido, de existir otras personas mejoradas, solo tiene derecho a reclamar lo que por legítima estricta le corresponda[22], no pudiendo, por tanto, reclamar su participación en la legítima íntegra (tercio de legítima estricta y tercio de mejora).

En el caso enjuiciado por la STS, de 8 de octubre de 2010, la demandante, hija adoptiva de los testadores, había sido preterida intencionalmente por ambos. La AP revocó la sentencia de primera instancia (la cual declaraba nulo uno de los testamentos), declarando la preterición intencional de la demandante y manteniendo la validez de ambos testamentos, de manera que ordenó la reducción de sus disposiciones patrimoniales hasta el extremo de salvaguardar los dos tercios de la legítima que corresponden a la actora. Algunos de los demandados recurren en casación pretendiendo, esencialmente, que se niegue que la actora sea hija adoptiva, por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción, como exigía el Código Civil en la redacción dada por la mencionada Ley de 1970.

Al respecto, se pronuncia el TS en el FJ 2.º de su sentencia, analizando las dos cuestiones, la constitución de la adopción simple y los efectos de la preterición:

«1. (…) En el tiempo de producirse la adopción (1983) el Código Civil vigente en esta materia venía redactado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, que había derogado el texto según Ley de 24 de abril de 1958 y a su vez fue derogado por la Ley 21/1887, de 11 de noviembre SIC, con ciertas modificaciones anteriores y posteriores. Según aquel texto del Código Civil se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de este aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública; y la fase registral, inscripción en el Registro Civil.

Se había planteado en aquel tiempo cuál era el momento de perfección del negocio jurídico de la adopción. Ciertamente, había unanimidad en la consideración de que su naturaleza era de negocio jurídico de Derecho de Familia, naturaleza que desapareció con la reforma de 1987, pasando a ser un acto de Derecho público, acto de autoridad. Como tal negocio jurídico débase entender que se perfecciona con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, opinión mantenida tanto doctrinalmente como por la sentencia de esta Sala, de 6 de febrero de 1982, que admitió la adopción en un caso en que la adoptante falleció tras el auto y aceptó que los albaceas otorgaran la escritura. El artículo vigente en aquel tiempo disponía: aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente. La escritura pública no era más que una ratificación de lo expresado ante el juez que, a su vez, la había aprobado; no era, por ello, más que un elemento ad probationem, *no* ad solemnitatem. *Esta es la posición de esta Sala, que reitera la doctrina de la mencionada sentencia de 1982.*

2. La preterición, también modificado el Código Civil en este y otros muchos temas, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía o no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima.

El primer párrafo del artículo 814 del Código Civil se refiere a la preterición intencional al disponer: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que

los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. La demandante, hija adoptiva de los testadores, ha sido preterida por una y otro, sabiendo que era hija; preterición intencional, por tanto. En el testamento de la madre dejando su institución de heredera para un momento posterior como heredera fideicomisaria que, por cierto, nunca se cumplió. En el del padre, totalmente, pues distribuyó toda su herencia en legados, sin incluirla a ella.

Se podrá discutir la conveniencia de mantener la legítima en el tiempo actual, pero mientras se recoja en el Código Civil no pueden los padres ignorar la existencia de la hija legitimaria que, en este momento, nada ha percibido de la herencia de sus padres porque nada le fue atribuido. A ello hay que añadir lo ya apuntado sobre el principio de igualdad de los hijos, sea cual fuere su filiación, que proclaman el artículo 14 de la Constitución Española y el 108 del Código Civil que, tal como expresa la sentencia de 6 de febrero 1997, "una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume y otra su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil, de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto..."».

En el caso de preterición intencional total, esto es, el testador omite conscientemente a todos sus hijos y descendientes, estos pueden reclamar su legítima entera, pues, en virtud de lo establecido en el artículo 808 del Código Civil, el testador solo puede disponer libremente de una tercera parte de la herencia, de modo que un extraño solo puede percibir como máximo una tercera parte de la herencia, recibiendo los herederos forzosos los otros dos tercios (legítima corta y mejora). De este modo, se ha de reducir la institución de heredero y, en su caso, los legados en dos terceras partes.

En el caso de que exista un único heredero forzoso deliberadamente preterido, siendo el cónyuge supérstite el único instituido heredero, a aquel corresponde, asimismo, la legítima larga, como establece la SAP de Las Palmas (Sección 5.ª), de 28 de abril de 2009: «*…no se puede privar al único heredero forzoso existente, en el que concurre la condición de hija, del denominado tercio de mejora para con ello beneficiar al cónyuge viudo o a un tercero, destacando en relación a la viuda que su legítima se concretará en todo caso al derecho de usufructo sobre el tercio destinado a mejora. De todo ello, resulta que al concurrir la demandada, como viuda del causante y como única heredera instituida, con la demandante, como heredera forzosa en su calidad de hija del causante, la primera solo puede concretar sus derechos hereditarios en los términos señalados en el artículo 834 del Código Civil y sobre el tercio de libre disposición, sin que tales derechos (el legal y el derivado de su condición de heredera voluntaria), puedan afectar a los legítimos y legales derechos de la demandante, los cuales no solo se extienden sobre el tercio de la legítima estricta, sino también sobre el tercio de mejora, con las limitaciones que sobre este último recaen como consecuencia de la legítima que corresponde al cónyuge supérstite. En definitiva, y como bien se indica en la resolución de primera instancia, la demandante, ahora apelada, como hija y única descendiente del causante, tiene derecho a los dos terceras partes del haber hereditario y la demandada, ahora apelante, como viuda del causante, al usufructo del tercio destinado a mejora, y, como única heredera voluntaria instituida por el testador, tiene derecho a la parte de libre disposición restante*» (FJ 1.º).

Interesante resulta la SAP de Alicante (Sección 6.ª), de 22 de septiembre de 2010, que conoce de un supuesto en el que el JPI desestimó la demanda interpuesta por la hija biológica en la que solicitaba la nulidad del testamento pese a ser

preterida intencionalmente por su padre, al considerar que, consiguientemente, procedía únicamente la reducción de la cuota de los otros herederos para conseguir su legítima y no la nulidad del testamento, la cual solo es posible solicitar en caso de preterición no intencional o por error, que no era el caso. Interpuesto recurso de apelación, este es estimado por la AP: «*…no debe realizarse reducción de legítima alguna al corresponderle las dos terceras partes del haber hereditario según lo previsto en el artículo 808 en relación con el artículo 823 del Código Civil en consecuencia y a pesar de la preterición intencional de la actora en el testamento de su padre, y no siendo procedente reducir la institución de heredero al no existir otros herederos forzosos, debe estimarse el recurso interpuesto en cuanto a la nulidad parcial del testamento, declarando a la actora doña Antonieta heredera de las dos terceras partes del haber hereditario de su padre don Segundo, correspondiendo a la demandada el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 del CC)*» (FJ 1.º).

Cuando el único heredero forzoso sea intencionadamente preterido y concurra con legatarios tíos o sobrinos del causante, tampoco le corresponde la legítima estricta o corta, como fueron los casos enjuiciados por la SAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 7 de mayo de 2004; la SAP de Lugo (Sección 1.ª), de 20 de febrero de 2013 o la SAP de Asturias (Sección 6.ª), de 22 de abril de 2013, pues aquellos no pueden ser mejorados al no ostentar la condición de hijos y descendientes del difunto como exige el artículo 808 del Código Civil, sin perjuicio de los bienes que les puedan corresponder del tercio de libre disposición.

Omitido conscientemente un hijo y ante la falta de previsión testamentaria al respecto, ¿es voluntad o no del testador preterir también a la posible y futura descendencia del hijo preterido para el caso de premoriencia de este? De otra manera, el carácter (intencional o erróneo) de la preterición del legitimario omitido y premuerto al causante, ¿afecta a la estirpe de igual modo?

La cuestión es afrontada por la SAP de Asturias (Sección 7.ª), de 30 de mayo de 2008, cuyo FJ 2.º, dado su enorme interés, pasamos a transcribir: «*la peculiaridad del supuesto hace que carezcamos de decisiones jurisprudenciales que hayan tratado casos análogos. En la doctrina, LLEDÓ YAGÜE, citando a VALLET, sostiene que el tipo de preterición del padre condiciona la del hijo. Entiende que la solución que ofrece la Compilación catalana puede aceptarse para el Código Civil por argumentación* a simili. *Dispone el párrafo V del artículo 141 de la Compilación catalana que el descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea, si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante. Lo cual quiere decir que si el legitimario preterido lo fue intencionalmente sus descendientes no tendrían derecho a ejercitar la acción de nulidad derivada de la preterición no intencional o errónea, es decir, solo tendrían derecho a su cuota legitimaria y no a su total cuota "abintestato". En otras palabras, el carácter de la preterición del legitimario omitido —intencional y/o errónea— estigmatiza o vincula a la estirpe a la que afecta de igual modo. Por tanto, según los referidos autores, si el legitimario ha sido preterido intencionalmente, el descendiente de este en ningún caso podrá demostrar una preterición errónea en su favor, ya que él no puede argüir error, que por otra parte no podía existir cuando vivía su padre (que fue preterido intencionalmente), y ellos —los descendientes— no eran herederos forzosos. Solamente tendrán derecho a la legítima, y la razón habría que buscarla en el hecho de que, a fin de cuentas, la preterición no deja de ser una desheredación tácita, y sabido es que los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima, luego* mutatis mutandis *en la preteri-*

ción los descendientes del legitimario preterido ocuparán su lugar respecto de la legítima exclusivamente.

Es evidente que la Compilación catalana no es de aplicación al supuesto que nos ocupa, pero aporta un criterio de interpretación que, como muy bien defiende el referido autor, resulta conciliable con la normativa del Código Civil, que no contiene previsión específica al respecto.

Existen, no obstante, a nuestro juicio, otros motivos que apoyan la tesis de dichos autores, y conducen a la conclusión de que en el presente caso, hubo preterición intencional. En primer lugar, establece el párrafo tercero del artículo 814 del Código Civil que "los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos"; es decir, se presume que el testador que no omitió a un hijo suyo —heredero forzoso— que premuere, tampoco quiso preterir a los hijos de este, y por eso reconoce a los nietos un derecho de representación en la herencia del abuelo. Siguiendo el mismo razonamiento, habrá de presumirse que el testador que omite en el testamento a un hijo suyo —heredero forzoso—, que premuere, quiso también preterir a los hijos y descendientes de este, ya existentes o por nacer, independientemente, por tanto, de que hayan nacido ya o no en la fecha en que se otorgó el testamento, salvo que este contenga alguna previsión al respecto, por lo que, en tal caso, no solo habrá preterición de los nietos, sino que, además, esta será intencional, salvo que se pruebe lo contrario, y dará lugar a que los nietos representen a su padre en la herencia del abuelo, pero solo en lo que se refiere a la legítima que correspondería a su padre. En segundo lugar, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 22 de febrero de 2007, una interpretación conjunta de la Jurisprudencia escasa del Tribunal Supremo recaída sobre tal institución jurídica (sentencias de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2004, 9 de julio de 2002, 23 de enero de 2001, 6 de abril de 1998, 13 de julio de 1985, 9 de octubre de 1975 e incluso más antiguas) conducen a entender que la regla general debe ser la preterición intencional, que además tiene efectos más leves, siendo la excepción, la preterición errónea la que debe probarse. La versión vigente del artículo 814 trata en su último inciso, de despejar el campo de acción de la voluntad del testador a la que no opone otro límite que las legítimas. La voluntad del testador es ley prevalente, por lo que al heredero forzoso no hay que reconocerle más de lo que rigurosamente le reconoce la Ley (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1985), debiendo reducirse la institución de heredero "antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias". Y es que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 10 de marzo de 2005, "el artículo 814 del Código Civil no establece presunción alguna a favor de una u otra clase de preterición, pero se entiende por la doctrina que ha de ser la regla la preterición intencional, en función de que tiene efectos menos rigurosos, siendo la excepción la preterición errónea y deberá esta probarse por quien la alega, para lo cual serán utilizables los medios demostrativos extrínsecos al testamento (sentencia del Tribunal Supremo del 9 de julio de 2002)".

En consecuencia, procede calificar la preterición de los actores como intencional, por haberlo sido la de su padre, que premurió a la causante, con la consecuencia de que procede reducir la institución de heredero efectuada en el testamento de doña Secundina, en la medida suficiente para respetar la legítima de los demandantes, que, en todo caso, será la legítima estricta, pues, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, el efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851), de modo que el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero solo a la legítima

estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por Ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir (en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1985; 5 de octubre de 1991, 6 de abril de 1998 y 9 de julio de 2002, y sentencias de esta Audiencia Provincial de Asturias, de 26 de octubre y 7 de diciembre de 2005 [Sección 5.ª], y 6 de noviembre de 1997 y 19 de diciembre de 2005 [Sección 6.ª])».

2. Preterición no intencional o errónea (art. 814, pfo. 2.º CC)

Si se trata de un error del testador y esta ignorancia afecta a la totalidad de los hijos y descendientes o bien al único hijo o descendiente[23], el artículo 814, párrafo 2.º, número 1.º del Código Civil establece que, en tal caso, «*se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial*» y, por tanto, se procede a la apertura de la sucesión intestada por ser nulo el testamento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 912.1.º del Código Civil. En este supuesto, como señala Lasarte Álvarez, el testamento es «*papel mojado en relación con los bienes*»[24].

En cambio, si se trata de un error del testador y esta ignorancia no afecta a todos los hijos y descendientes, de modo que algunos son designados testamentariamente como herederos o legatarios, el artículo 814, párrafo 2.º, número 2 del Código Civil señala que, en tal caso, «*se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas*», de modo que se sigue el mismo orden que en la preterición intencional, con la especialidad de que la institución de heredero a favor del cónyuge se invalida solamente en la medida en que perjudique la legítima.

Así, la SAP de Murcia (Sección 1.ª) de 21 de junio de 2010, habiendo sido preterido erróneamente un hijo por el testador (el demandante) y no los otros herederos forzosos (los demandados), considera que «*es ajustada a Derecho la declaración de anulación de la institución de herederos realizada en el testamento a favor de estos últimos, debiendo en consecuencia percibir los tres hijos, en partes iguales, las dos terceras partes de la herencia, legítima amplia, manteniéndose la institución de heredera del cónyuge viudo, que se concreta conforme al testamento a la cuota legal usufructuaria prevista en el artículo 834 en relación con el 807 del Código Civil, manteniéndose el legado a la misma del tercio de libre disposición*» (FJ 3.º).

En relación a la calificación de la preterición como no intencional o errónea se pronuncia el TS, en su sentencia de 23 de enero de 2001: «*según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada* ex re ipsa». *Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento.*

En definitiva, ha de entenderse:

a) Que el causante no se hallaba animado de especiales intenciones en cuanto a su hijo extramatrimonial, en el momento de expresar su última voluntad ante el notario autorizante de su único testamento. Simplemente, no podía presumir que llegase a producirse su nacimiento, por lo que la no referencia al mismo es lógica y su preterición debe ser calificada de no intencional.

b) Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991, no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988.

Por lo tanto, únicamente puede afirmarse que don Fernando Javier —fuera o no conocedor de las consecuencias jurídicas de su conducta— se limitó a dejar las cosas como estaban y, pudiendo hacerlo, no volvió a testar al objeto de establecer diferencias en cuanto a las porciones hereditarias correspondientes a uno y otros hijos. Este silencio ha de interpretarse como conformidad de que se produjera el efecto que las leyes establecen para tales casos, que no es otro que el prevenido en el segundo párrafo, supuesto segundo del artículo 814 del Código Civil, como acertadamente ha entendido el Tribunal de instancia». De este modo, la preterición es errónea cuando el testador omite a un legitimario que nació o fue conocido con posterioridad al otorgamiento del testamento, como señalan las STS de 22 de junio de 2006 y 31 de mayo de 2010.

A fin de dar estricto cumplimiento a los límites de extensión del presente trabajo, permítasenos remitirnos al artículo 451-16.2.º del Código Civil de Cataluña en relación a la preterición errónea (vid. *infra* nota 13) y a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 10 de septiembre de 2012, de interés al realizar una exposición de los diversos cambios normativos operados en la regulación de la preterición (art. 367 CS, art. 141.3 CDCC de la Ley 19/1984, sustituido por el art. 139 por la Ley 8/1990, que modificó la CDCC por lo que se refiere a la legítima).

IV. LA/S ACCIÓN/ES DE IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO POR PRETERICIÓN: ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

Consistiendo la preterición en la omisión de un heredero forzoso en el testamento, la acción o acciones (¿una o dos?) sucesorias de ella derivadas son el medio con el que cuenta el legitimario para defender sus expectativas legitimarias cuando estas han sido lesionadas por el testador con su silencio.

Como ya se ha apuntado, la acción de preterición en reclamación de legítima hereditaria (reduciendo o anulando, según el carácter de la preterición, la institución de heredero) es distinta de la acción de complemento por insuficiencia de la atribución legitimaria (art. 815 CC). Tampoco puede confundirse con la acción de petición de herencia[25], la cual, en palabras del TS, en su S. de 23 de marzo de 2006, es una «*acción que tiene el heredero (o coheredero) para obtener, a través del reconocimiento de su título hereditario, los bienes que componen el patrimonio hereditario que le corresponde (sentencias de 20 de junio de 1992, 27 de noviembre de 1992, 12 de julio de 2002)*» (FJ 2.º)[26].

La reducción o anulación de la institución de heredero por causa de preterición ha de ser solicitada a instancia del legitimario preterido, quien, en consecuencia, puede renunciar a su acción de impugnación o transigir mediante la aceptación de bienes que los designados herederos le entreguen como compensación de su legítima[27].

Dado que el artículo 814 del Código Civil no establece ninguna presunción en favor de una u otra clase de preterición[28], quien ejercite la acción por preterición debe probar la calificación del silencio del testador en consonancia con los efectos que pretenda[29].

De este modo, la SAP de Madrid (Sección 21.ª), de 27 de marzo de 2007, considera: «*para la correcta aplicación del artículo 814 del Código Civil es imprescindible precisar si la preterición de los hijos o descendientes ha sido o no intencional. Pero no existe precepto alguno que, en ausencia de prueba concluyente de que el testador tuvo o no voluntad de preterir, haga prevalecer la intencionalidad o la no intencionalidad de preterir. Ante lo cual, si tenemos en cuenta que la preterición no intencional tiene efectos más devastadores para el testamento que la intencional (que los desencadena más leves), que las personas físicas son seres conscientes, libres y responsables por lo que cuando omiten a un heredero forzoso en su testamento es porque nada han querido dejarle y la regla procesal de distribución de la carga de la prueba que se desprende del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debemos concluir que es la demandante, hijo o descendiente del causante, como legitimario preterido al que incumbe la carga de la prueba de que su preterición fue no intencional y, si no logra acreditarlo, debe partirse de una preterición intencional. Pero en el buen entendimiento de que en aquellos casos de nacimiento posterior al testamento, llegar a ser legitimario después del testamento y supervivencia de hijo que se creía fallecido, basta con probar en sí esos hechos para sin más calificar de no intencional la preterición, salvo que ello se desvirtúe con la prueba de la parte contraria*» (FJ 7.º).

Para la SAP de Sevilla, de 28 de marzo (Sección 5.ª) de 2012, es a la parte actora «*a la que corresponde la carga de probar que la preterición fue errónea o no intencional, conforme sostiene constante jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1985, 6 de abril de 1998, 23 de enero de 2001, 12 de mayo de 2005, 29 de octubre de 2004, entre otras). La preterición no intencional solo puede presumirse cuando se deduzca sin dificultades esa falta de intención, esto es, cuando se trate de un error, de un mero defecto de transcripción o la preterición resulte del contenido de las propias disposiciones testamentarias sin que de su conjunto se deduzca que tal fuese la intención explícita del causante*» (FJ 2.º).

Interesante resulta la SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 8 de febrero de 2013, en la que se recurre la sentencia de instancia por la que se desestimaba íntegramente la demanda en la que se ejercitaba acción de nulidad de la institución de heredero efectuada en el testamento otorgado por el causante, por haber sido desheredada la actora, madre y hermanas sin causa, debiendo, pues, considerar al causante fallecido abintestato y a los citados herederos intestados, así como la ampliación de la misma en la que subsidiariamente se solicita la misma declaración de nulidad por haberse producido una preterición no intencional, con el efecto de que se declarara la nulidad de las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, declarando herederos a los antedichos. La actora interpone recurso de apelación esgrimiendo como motivo la infracción de lo dispuesto en los artículos 813 y concordantes del Código Civil, en relación con los artículos 848 y siguientes del Código Civil, y manifestando al respecto que admitida la preterición, aun intencional del causante en el citado testamento, debió estimarse parcialmente la demanda presentada en cuanto que las consecuencias o efectos de tal preterición sería la nulidad de la institución de heredero efectuada en lo que afectare a la legítima de los herederos forzosos. La AP responde: «*es cierto, como se alega en el escrito de recurso que el hecho de haber solicitado solo la nulidad de la institución de heredero por causa de preterición no intencionada, no obstaba a la apreciación de la preterición intencionada estimada en atención a que al tiempo de otorgar testamento el causante sí tenía conocimiento de los legitimarios que omitía, pues no se puede entender con ello se altere la* causa petendi *y en consecuencia está habilitado este Tribunal por el principio general* iura novit curia, *no incurriendo*

en incongruencia alguna al concederse menos de lo solicitado en base a un mismo fundamento y así debió entenderse en la resolución recurrida» (FJ 2.º).

El momento temporal relevante para apreciar la omisión de un legitimario y la calificación que esta ha de recibir, no es el de la muerte, como sostiene la STS de 12 de mayo de 2005[30], sino el del testamento, conforme a la STS de 22 de junio de 2006[31], seguida por la posterior de 31 de mayo de 2010.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción (o acciones), ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción derivada de la preterición no intencional, si la misma es de nulidad, anulabilidad o rescisión y, como consecuencia de ello, el plazo para su ejercicio (inexistente en el primer caso, cuatro años en los otros dos[32])[33].

V. CONCLUSIONES

I. La preterición es la omisión, intencionada o no, de un legitimario en el testamento, constituyendo una institución jurídica protectora de la intangibilidad cuantitativa de la legítima.

II. La preterición se regula en el artículo 814 del Código Civil, precepto que ha recibido diversas redacciones. En la actualmente vigente, procedente de la Ley 11/1981, al introducir la distinción entre preterición intencional y no intencional, el legislador quiso resaltar la prevalencia de la *voluntas testatoris,* ley suprema de la sucesión, quedando a salvo la legítima.

III. La diferente intensidad de las consecuencias de la preterición (menor en la intencionada que en la provocada por equivocación) conduce a discernir, en el caso concreto, cuándo la omisión realizada en el testamento responde a la intención o al error del testador.

IV. El carácter (intencional o erróneo) de la preterición del legitimario omitido estigmatiza o vincula a la estirpe a la que afecta de igual modo.

V. La acción (o acciones) de preterición no puede confundirse con la de complemento de la legítima, ni con la de petición de herencia; el legitimario preterido debe probar la calificación del silencio del testador como intencional o erróneo en consonancia con los efectos que pretenda; el momento temporal para apreciar la omisión es el del testamento y sobre la naturaleza jurídica de la acción (nulidad, anulabilidad o rescisión) y consiguiente plazo de ejercicio, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 6 de diciembre de 1952.
- STS de 23 de enero de 2001.
- STS de 9 de julio de 2002.
- STS de 12 de mayo de 2005.
- STS de 23 de marzo de 2006.
- STS de 22 de junio de 2006.
- STS de 31 de mayo de 2010.
- STS de 8 de octubre de 2010.
- STS de 20 de julio de 2012.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 10 de septiembre de 2012.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 7 de mayo de 2004.
- SAP de Madrid (Sección 21.ª), de 27 de marzo de 2007.
- SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 13 de diciembre de 2007.
- SAP de Asturias (Sección 7.ª), de 30 de mayo de 2008.
- SAP de Las Palmas (Sección 5.ª), de 28 de abril de 2009.
- SAP de Murcia (Sección 1.ª), de 21 de junio de 2010.
- SAP de Alicante (Sección 6.ª), de 22 de septiembre de 2010.
- SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 18 de marzo de 2012.
- SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 28 de marzo de 2012.
- SAP de Cádiz (Sección 7.ª), de 2 de julio de 2012.
- SAP de Madrid (Sección 11.ª), de 3 de julio de 2012.
- SAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 30 de enero de 2013.
- SAP de Valladolid (Sección 3.ª), de 7 de febrero de 2013.
- SAP de Jaén (Sección 2.ª), de 8 de febrero de 2013.
- SAP de Lugo (Sección 1.ª), de 20 de febrero de 2013.
- SAP de Asturias (Sección 6.ª), de 22 de abril de 2013.
- SAP de A Coruña (Sección 5.ª), de 8 de octubre de 2013.
- SAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 6 de noviembre de 2013.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BOLAS ALFONSO, J. (1982): «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, págs. 177-238.

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A. (1995): *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988): *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones,* Barcelona, Bosch.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005): *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons.

LINARES NOCI, R. (1988): «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588, págs. 1491-1582.

— (1992): «La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano», en *Derecho y Opinión*, págs. 141-150.

— (1993): «La preterición en el Derecho histórico español», en *Derecho y Opinión,* págs. 247-260.

LLEDÓ YAGÜE, F. (1998): *Compendio de Derecho de Sucesiones,* Madrid, Dykinson.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1988): «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 585, págs. 357-388.

MORETÓN SANZ, F. (2010): «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa

sobre la sucesión testamentaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, págs. 2890-2909.

ROYO MARTÍNEZ, M. (1951): *Derecho Sucesorio* mortis causa, Sevilla, Edelce.

VATTIER FUENZALIDA, C. (2010): «*Sub* artículo 814 del Código Civil», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.): *Comentario al Código Civil,* Madrid, Lex Nova, págs. 931-933.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1993): «*Sub* artículo 814», en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR (dir.): *Comentario del Código Civil,* T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, págs. 2014-2020.

VIVAS TESÓN, I. (2012): «La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, págs. 2867-2892.

NOTAS

[1] DRAE, 22.ª edición, 2001 (http://lema.rae.es/drae/?val=preterici%C3%B3n).

[2] Acerca de sus orígenes históricos, vid. LINARES NOCI, R. (1992), «La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano», en *Derecho y Opinión*, 141-150 y (1993). «La preterición en el Derecho Histórico español», *ibídem,* págs. 247-260.

[3] Y en la misma línea, en su STS de 8 de octubre de 2010, afirma que «*la preterición… comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía a no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima*» (FJ 2.º).

[4] Así se pronuncian, entre otras, las sentencias de la AP de A Coruña (Sección 4.ª), de 7 de mayo de 2004 y 20 de diciembre de 2006.

[5] Como precisa ROYO MARTÍNEZ, M. (1951), *Derecho Sucesorio* mortis causa, Sevilla, Edelce, pág. 244, «caracteriza, por último, a la preterición la inexistencia total o absoluta de disposición a favor de un heredero forzoso…, pues si el defecto consiste en una asignación insuficiente o menor de lo que el legitimario tiene derecho a recibir, no se produce la consecuencia peculiar de la preterición, y el respeto a la ley se restablece mediante una simple acción de suplemento o complemento de legítima».

[6] ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio* mortis causa, cit., pág. 243.

[7] Como indica LASARTE ÁLVAREZ, C. (2005), *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones,* Madrid, Marcial Pons, pág. 265: «si el causante no ejercita su facultad de otorgar testamento, evidentemente, no puede omitir a ninguno de sus herederos forzosos, ni se producirá lesión de las expectativas legitimarias de estos, pues las reglas de la sucesión intestada embeben las legítimas. Por tanto, el ámbito propio de la preterición se circunscribe a la sucesión testamentaria para el supuesto de que alguno de los legitimarios sea omitido en el testamento, de tal manera que la legítima no solo se ve protegida en sentido material, sino también formal, pues el causante está obligado a tener en cuenta a sus herederos forzosos en el caso de que decida otorgar testamento».

[8] MORETÓN SANZ, F. (2010), «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, pág. 2891.

[9] ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio* mortis causa, cit., pág. 242.

[10] Para MORETÓN SANZ, *Cuestiones litigiosas…,* cit., pág. 2894, «como en otras tantas instituciones, la entrada en vigor de la Carta Magna también produjo un importante cambio sobre la preterición. En este sentido, el propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a su dictado. En su virtud, supuso que hijos e hijas no matrimoniales fuesen equiparados en derechos a los que sí tuviesen este origen».

Al respecto, se pronuncia la STS de 23 de enero de 2001: «*Desde la promulgación de la Constitución en 1978, todos los hijos ostentan los mismos derechos, sin posible discrimina-*

ción en atención a que tengan o no la condición de matrimoniales, según se desprende de lo prevenido en los artículos 14 y 39 de dicha norma.

En desarrollo de dichos preceptos se ha modificado en 1981 el Código Civil y particularmente, en lo que aquí interesa, el artículo 108, segundo párrafo, con carácter general, y el 931 respecto a la sucesión hereditaria de los padres, dan cumplida aplicación al principio fundamental de que se trata.

En consecuencia y de acuerdo con la normativa vigente, si cualquier progenitor omite hacer uso de la facultad que le concede el artículo 662 del Código Civil, respecto a la regulación del curso y destino de sus bienes, después de su fallecimiento, una vez acaecido este, la herencia se repartirá a partes iguales entre sus hijos, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

Por ello, quien realmente desee establecer alguna diferencia, debe otorgar testamento haciendo uso, en él, de las facultades de disposición que respecto a dos de los tercios de su haber hereditario le atribuyen los párrafos segundo y tercero del artículo 808 del Código Civil» (FJ 3.º).

[11] Al respecto, vid. Bolas Alfonso, J. (1982), «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, 177-238, y Linares Noci, R. (1988), «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 588, págs. 1491-1582.

[12] Para Vallet de Goytisolo, J. B. (1993), «*Sub* artículo 814», en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dir.), *Comentario del Código Civil,* T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, pág. 2014, «la reforma de 13-V-81, que dio redacción totalmente nueva a este artículo, resucita la distinción entre la preterición *facta scienter* y la *ab ignoranter,* definidas por Bartolo, partiendo de una distinción de efectos (los de la Novela 115 y auth *Ex causa,* para aquella, y de D. 31, 81 y *Codex* 6, 39, 1, para esta) y de la cual no faltaron autores castellanos (Antonio Gómez y Luis de Molina) que hicieran aplicación. La nueva regulación presenta una diferencia fundamental con la del *ius commune.* En este, la preterición *ab ignoranter* se refería exclusivamente a hijos legítimos póstumos. En la reforma de 1981, el artículo 814.II, refiere la preterición no intencional a hijos o descendientes que sean legitimarios».

[13] El artículo 451-16 del Código Civil de Cataluña dispone:

«1. Es preterido el legitimario a quien el causante no ha hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a esta y que tampoco ha sido desheredado. El legitimario preterido puede exigir lo que por legítima le corresponde.

2. Si el legitimario preterido es un descendiente del causante que ha nacido o ha devenido legitimario después de haberse otorgado el testamento o un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, tiene acción para que se declaren ineficaces el testamento y, si procede, los codicilos otorgados por el causante, por causa de preterición errónea. Se exceptúan los siguientes casos:

a) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable.

b) Si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto.

c) Si la relación de filiación en virtud de la cual se deviene legitimario ha quedado legalmente determinada después de la muerte del causante.

3. El legitimario por derecho de representación solo puede ejercer la acción de preterición errónea si el representado, en caso de haber sobrevivido al causante, hubiera podido hacerlo.

4. El simple reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de todos los hijos no excluye el derecho de los legitimarios a ejercer la acción de preterición errónea si procede de acuerdo con los apartados 1 a 3.

5. La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador».

[14] Vattier Fuenzalida, C. (2010), «*Sub* artículo 814 del Código Civil», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentario al Código Civil,* Madrid, Lex Nova, págs. 931-932.

[15] Sirva de ejemplo de los problemas de Derecho Transitorio que suelen surgir con ocasión del cambio normativo de 1981 en esta materia, la reciente SAP de A Coruña (Sección 5.ª),

de 8 de octubre de 2013, acerca de la determinación de la filiación paterna no matrimonial tras el fallecimiento del padre en el año 1963. En tal supuesto, se aplica lo dispuesto por la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, según la cual: «*las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley, se regirán por la legislación anterior...*» y, dado que el fallecimiento del causante había ocurrido en el año 1963, no es aplicable a la sucesión del fallecido el artículo 807 del Código Civil en su nueva redacción dada por la Ley de 1981, de modo que aquella debe regirse por la antigua versión del citado precepto, conforme a la cual «*son herederos forzosos... los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos*». Por consiguiente, se niega la cualidad de legitimario al demandante y de los derechos hereditarios derivados de la misma.

[16] Como señala Moretón Sanz, *ídem*, pág. 2894, «el trasfondo o la esencia de ambas clases de pretericiones reside en la apreciación de la fundamental voluntad del testador, toda vez que esta última ilumina la interpretación del testamento, hasta el extremo de hacer entender que si el causante ha omitido en el momento de otorgar testamento a alguno de sus legitimarios, es precisamente porque su voluntad ha sido la de limitar, sin desheredar, sus derechos. Tendrá, por tanto, derecho a percibir la legítima, pero no más».

[17] STS de 20 de julio de 2012.

[18] Díez-Picazo, L./Gullón, A. (1995), *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos, pág. 486, deducen de dicho inciso que la regulación de los efectos que señala el artículo 814 del Código Civil a la preterición es meramente dispositiva y no imperativa: «así, pues, puede haber querido [el testador], por ejemplo, la reducción de los legados antes que la institución de herederos o de las mejoras».

[19] La reducción o, en su caso, nulidad a causa de la preterición afecta solo a las disposiciones patrimoniales contenidas en el testamento, de modo que las no patrimoniales, como el reconocimiento de hijos, el nombramiento de tutor, las designaciones de albaceas o contadores-partidores, agradecimientos, previsiones sobre las exequias, etc., no resultan afectadas.

[20] En este sentido, se pronuncia Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil...*, cit., pág. 266: «dado que la preterición no intencional (conforme al propio tenor literal del art. 814) ha de entenderse referida exclusivamente a los «hijos y descendientes», no queda otro remedio que entender que la omisión de los restantes legitimarios (ascendientes y cónyuge viudo) ha de encontrarse necesariamente comprendida en la regulación de la preterición intencional».

[21] Según la SAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 28 de marzo de 2012, «*el artículo 814 del Código Civil dispone que la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima, reduciéndose la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Ello significa que en el supuesto de preterición intencional se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento, con solo reducirla en lo que cuantitativamente afecte a la legítima del heredero forzoso preterido. La omisión voluntaria que la preterición intencional significa no tiene más alcance que el previsto para la desheredación que, según el artículo 851 del Código Civil anula la institución de heredero tan solo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la causa en que se base la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, en lo que no perjudiquen la legítima del desheredado por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente y equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo lo ignora en absoluto en el testamento omitiéndolo en él o lo deshereda sin expresión de causa o con la que contradicha no es probada o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar, está poniendo de manifiesto que el testador no quiso privar al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley (sentencia del TS de 13 de julio de 1985)*» (FJ 2.º).

[22] Lasarte Álvarez, *op. cit.*, pág. 267.

[23] Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil...*, cit., pág. 268, plantea el supuesto de un hijo extramatrimonial, hábilmente ocultado al otro cónyuge, a quien se designa en el testamento heredero universal ante la inexistencia de ascendientes del causante.

[24] LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.,* págs. 268-269, quien añade: «el testamento desaparece y ha de atenderse exclusivamente a las reglas de la sucesión intestada».

[25] En la SAP de Cádiz (Sección 7.ª), de 2 de julio de 2012, se ejercitó la *actio petitio hereditatis* y no la acción derivada de la preterición.

[26] Para un mayor estudio de la acción de petición de herencia, vid. VIVAS-TESÓN, I. (2012), «La restitución de bienes hereditarios al heredero: cuestiones controvertidas sobre la acción de petición y las relaciones entre el heredero aparente y el real», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, págs. 2867-2892.

[27] V. VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1993), *Sub artículo 814,* cit., pág. 2019.

[28] Para LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988), *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones,* Barcelona, Bosch, págs. 550-551, pese a no existir dicha presunción a favor de una u otra clase de preterición, la omisión intencionada del legitimario constituye la regla general, mientras que la errónea es la excepción.

[29] LINARES NOCI, *La preterición intencional y no intencional…,* cit., pág. 1541, y DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, cit., pág. 485.

[30] «*La preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado este; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión*» (FJ. 3.º).

[31] *Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, este haya sabido o no de la existencia de aquel. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento*» (FJ 2.º).

[32] El artículo 451-16 del Código Civil de Cataluña, en su número 5 establece: «*5. La acción para impugnar el testamento o los codicilos por causa de preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador*». Vid. la SAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 6 de noviembre de 2013.

[33] Para la SAP de Cádiz (Sección 7.ª), de 2 de julio de 2012, entiende que «*no tiene naturaleza rescisoria sino más propiamente de nulidad de la institución de heredero al infringirse normas imperativas, concretamente las reguladoras de la institución de la legítima, aun cuando sus efectos no sean los inherentes a toda declaración de nulidad sino los específicamente regulados en el artículo 814 del Código Civil y a la que estiman es aplicable el plazo general de quince años al ser de naturaleza personal, declarativa de la condición de herederos legitimarios y del derecho que tienen a la cuota que les corresponde sobre el tercio de la legítima estricta o corta*» (FJ 1.º).

Por la nulidad en caso de preterición no intencional se inclina también la AP de Madrid (Sección 11.ª) en el FJ 4.º de su sentencia de 3 de julio de 2012: «*estimamos que en el supuesto como el que nos ocupa de preterición no intencional la naturaleza jurídica de la acción que asiste al heredero preterido se acomoda mejor a la nulidad absoluta, no sometida a plazo, que a la anulabilidad, pues se afecta a la intangibilidad de la legítima y no en forma que permita su complemento o subsanación, sino afectando a la propia determinación de los herederos legitimarios llamados a la sucesión por expresa disposición legal y sin posibilidad de omisión por el testador salvo la concurrencia de justa causa de desheredación, y todo ello de manera no intencional, lo que es tanto como decir sin el consentimiento del testador en el momento en el que se hace el testamento, no pareciendo ello incluirse en la posibilidad de rescisión de los artículos 1290 a 1299 del Código Civil, y expresando el artículo 814 del Código Civil en cuanto a la preterición no intencional que si son preteridos todos los herederos, "se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial", y en otro caso, "se anulará la institución de herederos", lo que desde luego no conduce necesariamente al artículo 1301 del Código Civil en relación con los supuestos del artículo 1300 del Código Civil.*

(…) Llegados a este punto, la Sala va a desestimar el motivo del recurso en parte con argumentos coincidentes con la sentencia apelada, pues en principio estimamos que estamos en presencia de un supuesto que se acomoda a la nulidad absoluta que no hace aplicable el plazo del artículo 1301 del Código Civil, y además porque aun en el supuesto de que se esti-

mara que el supuesto es de anulabilidad, el ejercicio del derecho en el juicio de testamentaría, con manifestación expresa de mantener vivo el ejercicio de la acción invocando el derecho del legitimario preterido permitiría entender sin dificultad interrumpido el plazo conceptuado como de prescripción, y sin perjuicio de que en otro caso, de estimarse no ejercido el derecho por la madre en aquel juicio de testamentaría al ser el mismo un procedimiento inadecuado, tendría el menor a su disposición el ejercicio de la acción una vez alcanzada la mayoría de edad».

1.5. Obligaciones y Contratos

Análisis jurisprudencial del contrato de alimentos: su constitución, régimen jurídico y efectos

Analysis set in case-law of lifetime support contract: its creation, system of rules and effects

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de La Rioja
Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja (UR)

RESUMEN: En este trabajo pretendemos analizar el régimen jurídico del contrato de alimentos, que es un contrato aleatorio distinto de la renta vitalicia, en la cual el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere con la carga de la pensión.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de personas con discapacidad, regula en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil el contrato de alimentos que se refiere a los alimentos convencionales, es decir, a los nacidos de pacto y no de ley. La regulación de este contrato amplía las posibilidades que ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista. Analizamos su concepto y caracteres, su constitución, los efectos que se derivan del contrato celebrado así como los criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT: In this paper we will try to analyse the system of rules applicable to the lifetime support contract that is an aleatory contract different of the annuity agreement. In this one the debtor undertakes to pay an annuity or yearly income during the lifetime of one or more given persons for a capital in personal or immovable property whose ownership is transferred to the debtor with the payment of the annuity.

Act 41/2013 of 18 November on the protection of the assets of persons with disabilities, in articles 1791 to 1797 of the Civil Code, regulates the lifetime support contract referring to conventional support, i.e., support established by an accord, not by law. The regulation implementing the act expands the number of possibilities offered by the annuity of possibilities offered by the annuity for seeing to the economic needs of people with disabilities and it enables the parties to the contract to quantify the maintenance provider´s obligation according to the maintenance recipient´s living needs. This paper looks at the concept involved and the natures it may assume, its creation, the effects stemming from the contract and the criteria set in case-law.

PALABRAS CLAVE: Contrato aleatorio, contrato de alimentos, alimentos convencionales, satisfacción de necesidades económicas de personas con discapacidad, régimen jurídico, efectos.

KEY WORDS: Aleatory contract, lifetime support contract, conventional support, expands the possibilities for seeing to the economic needs of people with disabilities, system of rules, effects.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. CONSTITUCIÓN: 1. Elementos personales. 2. Elementos reales: A) *Prestación del alimentista*. B) *Prestación del alimentante*. 3. Elementos formales.—IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ALIMENTANTE.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

El contrato de alimentos, como actualmente se denomina al llamado contrato vitalicio o contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, ha quedado regulado en el marco de la protección patrimonial de las personas con discapacidad en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil. 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, regula por primera vez a nivel estatal los alimentos convencionales, es decir, los nacidos de pacto y no de ley[1] a diferencia de los alimentos entre parientes, regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

La regulación de este contrato amplía las posibilidades que ofrece la renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia como los ancianos y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

Como indica la Exposición de Motivos de la Ley, su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil.

La autonomía de la voluntad está muy presente ya que como dice la Ley, «…se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales…» y se concreta en el artículo 1793 del Código Civil al establecer que la extensión y calidad de los alimentos será la que resulte del contrato.

En cuanto a su tratamiento jurisprudencial, aunque hay alguna sentencia que consideró este contrato como una variante de la renta vitalicia[2], la mayoría, siguiendo un criterio, a mi entender, más acertado, lo califican como un contrato autónomo, innominado y atípico, distinguiendo entre vitalicio y contrato de renta vitalicia, así las SSTS de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 1 de julio de 1982, 13 de abril de 1984, 30 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988, al igual que la RDGRN de 26 de abril de 1991 señalan que el contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia sino un contrato autónomo, innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos y regido por

los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el artículo 1255 y subsidiariamente por las normas generales de las obligaciones.

En igual sentido se pronuncian las sentencias de 9 de julio de 2002, que lo denomina «contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos», y la de 1 de julio de 2003. Por su parte, la STS de 26 de febrero de 2007, afirma: «Consecuentemente, habiendo declarado esta Sala que resultan de aplicación a estos contratos innominados, las normas generales sobre las obligaciones y considerando acreditado en la sentencia impugnada el incumplimiento imputable a los demandados, es posible el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, que concede a quien cumplió la facultad de pedir el cumplimiento por la parte contraria o la resolución del contrato. En la actualidad ha de resaltarse la regulación del contrato de alimentos incorporado al Código Civil que aunque no aplicable al caso corona la evolución jurisprudencial señalada anteriormente al fijar con autonomía lo que es un contrato de alimentos, diferenciado del contrato de renta vitalicia».

II. CONCEPTO Y CARACTERES

El concepto del contrato de alimentos se encuentra tipificado en el artículo 1791 del Código Civil que dice: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

Considero que la expresión «asistencia de todo tipo» adolece de una cierta inconcreción, ya que existen determinados tipos de asistencia que no tienen por qué estar incluidos entre los alimentos debidos.

Una regulación específica del vitalicio se encuentra en la Compilación de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio) en los artículos 147 y siguientes, y establece que la obligación consiste en «prestar alimentos en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos», pero incluyendo en todo caso «el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes».

Del tenor literal del artículo 1791 del Código Civil se deduce que se trata de un contrato aleatorio, vitalicio, oneroso, bilateral y consensual ya que se perfecciona desde que una de las partes consiente en transmitir un capital y la otra en realizar las prestaciones que antes hemos citado[3]; a estos caracteres podríamos añadir en la actualidad que es un contrato típico regulado en los artículos 1791 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a su carácter bilateral, señalaremos que al existir reciprocidad entre la obligación de transmitir un capital y la obligación de satisfacer la prestación alimenticia, permite la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, a diferencia de lo que dispone el artículo 1805 en relación con la renta vitalicia. La STS de 1 de julio de 2003, al igual que la anterior de 9 de julio de 2002, señala la naturaleza sinalagmática de este contrato en su Fundamento de Derecho segundo. Sin embargo, la sentencia de 21 de octubre de 1992 considera que el contrato vitalicio es un contrato unilateral ya que solo genera obligaciones para el demandado que se compromete a alimentar y, que no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a

exigir el cumplimiento, doctrina jurisprudencial con la que no estoy de acuerdo por las razones que antes hemos visto.

Es un contrato aleatorio, ya que la prestación del alimentante depende de la duración de la vida del alimentista lo que le confiere el alea de no saber cuándo ocurrirá y depender de ello el cese de la prestación del alimentante, incluso su aleatoriedad es mayor que la de la renta vitalicia, ya que la prestación alimenticia depende de un elemento fortuito e incierto como es la salud y de las consiguientes necesidades y atenciones esencialmente variables del alimentista. Esto no sucede en el contrato de renta vitalicia en el que la prestación del deudor, en principio es fija o si se acuerda su variabilidad, esta no depende de la salud del alimentista.

Teniendo en cuenta la finalidad a la que atiende este contrato, podemos afirmar que desde el punto de vista del alimentista, más que de «intuitu personae» hay que hablar del carácter personalísimo de su derecho de crédito, lo que se materializa en que su fallecimiento es causa de extinción del contrato, y todo ello independientemente de que la consideración de la persona del alimentista y su situación hayan pesado a la hora de contratar por parte del alimentante[4]. Con esta solución se llega a un resultado más acorde con la finalidad del contrato sin negar su naturaleza personal. Esta solución tiene su cobertura legal en los artículos 1791 y 1794 del Código Civil: «La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152 del Código Civil, salvo la prevista en su apartado primero», es decir, por muerte del alimentista.

III. CONSTITUCIÓN

1. Elementos personales

Los sujetos que intervienen en este contrato se sitúan en una de estas dos posiciones jurídicas, por un lado, el que se obliga a realizar la prestación alimenticia convenida y por otro el contratante que se obliga a transmitir al primero un capital en cualquier clase de bienes y derechos, sea o no beneficiario de dicha prestación. El que se obliga a prestar alimentos ha de tener capacidad general para contratar y el que entrega los bienes ha de tener capacidad para disponer de los mismos.

Esta es la estructura subjetiva que normalmente presenta el contrato de alimentos, pero también cabe la posibilidad de que el acreedor de los alimentos no coincida con el sujeto que cede los bienes o derechos, lo que tendrá lugar cuando la prestación alimenticia se establezca en beneficio de otro sujeto ajeno a la relación contractual, a través de una estipulación a favor de tercero *ex* artículo 1257.2 del Código Civil.

El alimentante es el sujeto que se obliga a realizar la prestación de alimentos pactada en el contrato y a cambio recibe un capital en bienes o derechos. Es un requisito indispensable para la validez y eficacia del consentimiento contractual emitido por el alimentante que este tenga la capacidad adecuada para celebrar ese negocio jurídico, lo que significa que ha de ser una persona mayor de edad o menor emancipado y no encontrarse incapacitada. Tampoco existe inconveniente en que el alimentante sea una persona jurídica que tenga entre sus fines la prestación de asistencia a personas que no pueden atender su propia subsistencia, sin embargo conviene tener en cuenta que en todos estos casos falta la nota de aleatoriedad característica de esta modalidad contractual. Quizá por ello en la mayoría de los casos el alimentante suele ser una persona física, pudiendo ser

una o varias las personas que se comprometan a cumplir la prestación alimenticia. En este último caso, la contraprestación del alimentista corresponderá a todos los alimentantes, distribuyéndose entre ellos según lo que hayan pactado o generando una situación de comunidad o copropiedad ordinaria sobre el capital o bienes transmitidos.

Desde el punto de vista práctico, los casos más frecuentes de pluralidad de alimentantes se dan entre personas unidas por vínculos familiares o de parentesco que se comprometen a proporcionar alojamiento, cuidados y compañía al alimentista; en cuanto al régimen jurídico a aplicar en estos casos es la regla general del artículo 1138 del Código Civil en virtud del cual si en el contrato nada se dice al respecto se presumirá que el crédito o la deuda es parciaria o mancomunada, es decir, se considerará dividida «en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». La aplicación de esta presunción de mancomunidad significa que el acreedor solo podrá exigir a cada deudor la parte que le corresponde satisfacer.

Por su parte, el alimentista es la persona acreedora de la prestación de alimentos, bien porque establece un acuerdo contractual con el alimentante en virtud del cual este se obliga a proporcionarle esa prestación durante su vida a cambio de la transmisión de un capital, bien porque es el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor en el contrato que celebran el estipulante o cedente de los bienes y el promitente o alimentante. En el segundo caso, el alimentista no interviene en el otorgamiento del contrato, por lo que no es parte de la relación contractual, aunque de la misma derive un derecho de crédito cuya titularidad ostenta y que le permite exigir el cumplimiento de la prestación pactada a su favor.

2. Elementos reales

El contrato de alimentos obliga a cumplir las prestaciones de transmitir un capital por parte del alimentista y de proporcionar vivienda, manutención y asistencia por parte del alimentante.

A) *Prestación del alimentista*

Es el artículo 1791 del Código Civil el que dispone que el capital puede consistir en cualquier clase de bienes y derechos[5]. Del análisis de las resoluciones judiciales se extrae que en la mayoría de los casos el alimentista se obliga a transmitir bienes inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos a cambio de la prestación alimenticia, el amplio abanico de posibilidades que ofrece el artículo 1791 del Código Civil conlleva que puedan transmitirse tanto bienes inmuebles, derechos reales o de crédito[6], simples facultades de uso y disfrute, dinero, acciones, o una combinación de todo ello[7]. Si bien, debemos puntualizar que, por un lado, no hay unanimidad respecto a la posibilidad de ceder simples facultades de uso y disfrute de los bienes a través de un contrato de alimentos. Hay quien mantiene (Cano Martínez de Velasco, 2006, 1549) que se deben excluir del concepto de «capital alimenticio» aquellos derechos personales que no sean registrables, es decir, que no puedan llegar a tener los plenos efectos reales que atribuye la publicidad registral[8]. La razón de ello es que el concepto de capital exige la solidez de los derechos que lo componen, lo que implica que sean de-

rechos reales o similares a estos los que se transmitan. En mi opinión, teniendo en cuenta que respecto al contrato de renta vitalicia la jurisprudencia y doctrina actuales han interpretado en sentido amplio los términos del artículo 1802 del Código Civil, considero que pueden ser objeto de cesión por el alimentista tanto los derechos reales, como incluso los derechos personales en base a una interpretación progresiva del articulado del Código Civil para adaptarlo a la cambiante realidad social[9]. Por el contrario, la jurisprudencia italiana considera que para que exista un vitalicio de alimentos es esencial que el alimentista ceda un derecho real pleno o limitado sobre un bien. El Tribunal equipara la expresión «atribución patrimonial» con «derecho real sobre un bien». Por tanto, considera que no estamos frente a estos contratos cuando lo que se cede es un simple derecho personal de disfrute sobre un bien. En definitiva, entiendo que lo importante no es el tipo de bien o derecho que se ceda sino su naturaleza patrimonial.

También se ha discutido la posibilidad de llevar a cabo pagos periódicos de dinero como contraprestación a los alimentos recibidos[10]. En el antiguo Derecho francés lo normal era que la contraprestación del alimentista a los cuidados recibidos consistiese en el pago de una suma de dinero efectuada, bien de forma inmediata y de una sola vez, bien de forma periódica (a modo de renta mensual, trimestral, anual). Más adelante, ya no solo se transmitían cantidades de dinero sino que se amplía el abanico de posibilidades para el acreedor de los cuidados pudiendo consistir su prestación en la cesión de bienes y derechos, hasta el punto de que en la actualidad, constituye una hipótesis bastante que la contraprestación llevada a cabo por el alimentista consista en una suma de dinero. Por tanto, en el ordenamiento francés se admite que se lleve a cabo la cesión de bienes, muebles o inmuebles de derechos, de un capital en dinero e incluso de una renta periódica. Considero que es posible que en este contrato el alimentista ceda un capital en bienes muebles o inmuebles de una sola vez o incluso se comprometa a ir transmitiendo en plazos o fechas determinadas ese capital, matizando que esto no significa que se admitan los pagos periódicos de dinero como contraprestación a los alimentos, sino que lo que se admite es la entrega aplazada de un capital previamente determinado.

Menos pacífica es la cuestión de si el alimentista puede obligarse a llevar a cabo una actividad como contraprestación a los alimentos recibidos. Un sector doctrinal (Núñez Zorrilla, 2005, 434) admite que el alimentista preste servicios concretos en la profesión o industria del alimentante[11], pero hay autores que opinan que lo que se transmita a cambio de los alimentos no podrá consistir en prestaciones personales del propio alimentista (Castilla Barea, 2009, 2051)[12]. En mi opinión, el alimentista no podrá quedar obligado, salvo que las partes hubiesen pactado otra cosa, a llevar a cabo prestaciones personales de servicios a favor del alimentante o de su familia, más allá de las que se consideren meras actividades de colaboración en las tareas del hogar o incluso en el cuidado de los hijos.

Es frecuente el supuesto en que el alimentista cede únicamente la nuda propiedad reservándose el usufructo vitalicio, ello responde a una doble finalidad: por un lado, el alimentista podrá disfrutar del bien o bienes cedidos mientras viva, así como de las rentas y frutos que los mismos generen, y por otro, le servirá como garantía de cumplimiento de la obligación del alimentante. Además, como señala la doctrina, esta cautela supone una forma de nivelar las prestaciones de las partes ya que, ni jurídica ni económicamente, es lo mismo recibir la propiedad plena que gravada con un usufructo.

También es posible transmitir la propiedad al alimentante estableciendo una prohibición de disponer o gravar los bienes cedidos mientras viva el cedente. Este

mecanismo es ventajoso para el alimentista cedente puesto que se asegurará que los bienes no cambian de titular hasta su fallecimiento. El principal problema que plantea esta garantía es su configuración legal. Debido a que el artículo 27 de la LH impide que accedan al Registro las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos a título oneroso, estas serán válidas *ex* artículo 1255 pero solo tendrán eficacia *inter partes,* no frente a terceros. Por ello, el incumplimiento de la prohibición no conllevaría la nulidad de la enajenación sino solo la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados al alimentista *ex* artículo 1101 del Código Civil sino solo la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados al alimentista *ex* artículo 1101 del Código Civil pero para que esta garantía fuese realmente operativa sería necesario que la obligación de alimentos se asegurase con una hipoteca u otro tipo de garantía real para tener acceso al Registro. De esta manera, en caso de resolución por incumplimiento contractual del alimentante, el alimentista podría oponer su derecho frente a los terceros adquirentes del bien.

Se ha planteado también la posibilidad de transmitir al alimentante un bien con reserva de dominio o sobre el que pesa una prohibición de disponer. El supuesto sería el siguiente, se celebra un contrato de compraventa a plazos en el que se pacta como garantía del vendedor una reserva de dominio sobre los bienes vendidos o la prohibición de disponer de los mismos, garantía esta última que se configura como elemento natural del contrato y por tanto existirá salvo que las partes pacten su exclusión. Si el vendedor del bien a plazos, a su vez lo cediera a través de un contrato de alimentos, transmitiría la propiedad porque tenía a su favor una reserva de dominio. En este caso, el alimentante cesionario del bien se convertiría en su dueño y aunque no tuviese la posesión del mismo, recibiría los plazos que quedasen hasta pagar el precio por completo. En cambio, si el vendedor del bien solo tenía a su favor una prohibición de disponer, no transmitiría la propiedad al alimentante puesto que la misma se transmitió con su entrega al comprador. En este caso únicamente se cedería al alimentante un derecho de crédito sobre el precio. Por otro lado, podría plantearse también la hipótesis de que el comprador de un bien a plazos lo quisiese emplear para transmitirlo al alimentante a través de un contrato de alimentos, en este caso, el comprador cedente del bien no podría transmitir la propiedad en los casos en que el vendedor se hubiera reservado el dominio como garantía de cumplimiento, lo único que podría transmitir sería la posesión del bien y cuando pesase sobre él una prohibición de disponer la misma le impediría igualmente su transmisión a través de un contrato de alimentos.

No creemos que el alimentante estuviera dispuesto a aceptar un bien vendido a plazos como contraprestación a la asistencia y cuidados, ni siquiera en los casos de reserva de dominio y menos aún, en los que pesase sobre el mismo una prohibición de disponer (Berenguer Albadalejo, 2012, 486). Y tampoco creemos que aceptara un bien comprado a plazos ya que en este caso, por si no fuera suficiente el hecho de no recibir la propiedad del mismo, si el comprador dejase de pagar el precio aplazado, el alimentante perdería su posesión[13].

Al margen de estas dos teóricas aunque posibles hipótesis, lo que entiendo que sí es factible es que se transmitan bienes integrados en un patrimonio protegido. En estos casos, el titular discapacitado del patrimonio o, en su caso, sus padres, tutores o curadores, podrán emplear uno o varios bienes o derechos que lo integran para celebrar un contrato de alimentos a favor del primero. Teniendo en cuenta que el artículo 5.4 LPPD tipifica que «todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido así como sus frutos, rendimientos o productos,

deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido», con ello se cumpliría el destino previsto en el precepto, es decir, la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario.

B) *Prestación del alimentante*

Por su parte, la prestación del alimentante consiste en proporcionar lo necesario para subvenir al sustento y habitación del alimentista, así como a prestar servicios asistenciales y atender a su cuidado, dependiendo en cada caso concreto dicha prestación de los pactos de las partes.

Precisamente por ello, tanto la doctrina española como la extranjera considera que estamos ante un contrato donde es muy complicado determinar el contenido y la extensión de la prestación principal. En este sentido (Llamas Pombo, 2004, 210) considera que la fijación del contenido concreto de la prestación de alimentos constituye uno de los problemas más agudos del mismo tanto en la teoría como en la práctica[14].

Del análisis jurisprudencial se extrae que son muchas y variadas las formas a través de las cuales las partes pueden determinar el contenido de la obligación del alimentante: en ocasiones, se emplean fórmulas o expresiones descriptivas donde se precisa con detalle cada una de las prestaciones que integran la prestación de alimentos; otras veces se utilizan expresiones más genéricas u omnicomprensivas como «sufragar todas las necesidades del alimentista», «una asistencia completa» o «el mantenimiento en general» para fijar dicha obligación. Considero que cuánto más precisa sea la formulación de las cláusulas contractuales, más se beneficiará el obligado puesto que conocerá desde un principio sus obligaciones y los límites de los mismos.

En determinados casos la prestación de alimentos convenida puede sustituirse por una pensión dineraria en base al artículo 1792 que dice: «De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiera sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente»

La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe *ex* artículo 1793 del Código Civil. Como vemos el legislador otorga primacía a la autonomía de la voluntad para determinar estos extremos, por lo tanto, las partes deben ser cautelosas al negociar e introducir cláusulas suficientemente precisas que permitan determinar tanto el alcance cualitativo como cuantitativo de la prestación del alimentante.

El principal motivo por el que el legislador no menciona las necesidades del alimentista como parámetro del que hace depender la extensión de la prestación de alimentos (Berenguer Albadalejo, 2012, 565) es que su variabilidad en función de las mismas es un elemento intrínseco al contrato. Así la obligación del alimentante surgida del contrato de alimentos deberá ir modificándose durante su vigencia para adaptarse a las cambiantes necesidades del alimentista y en este coinciden tanto las deudas de alimentos *ex lege,* como las convencionales[15].

Respecto a la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de alimentos, partimos de la base de que en épocas de inestabilidad económica, el principio nominalista imperante en nuestro ordenamiento puede provocar graves injusticias para los contratantes. Por ello, es necesario establecer mecanismos que contrarresten los efectos negativos que de ello se pueden derivar entre los que se encuentran la cláusula mencionada siempre que haya tenido lugar una modificación sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar, cualesquiera que sean estas. Para que dicha cláusula entre en juego, la modificación sobrevenida de las circunstancias no debe ser consecuencia del riesgo típico asumido por las partes. Por tanto, el hecho de que en un contrato de alimentos la prestación del alimentante se incremente al contraer el alimentista una grave enfermedad que requiera tratamientos costosos, no es motivo para aplicar la cláusula. Sería conveniente que el legislador estatal valore la necesidad de regular esta figura y en esta posición parece posicionarse el Derecho Contractual Europeo, tanto en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) como en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos

3. Elementos formales

Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos a través de los contratos de alimentos se transmiten bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, aplicamos el artículo 1280.1 del Código Civil, según el cual deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Ahora bien, como ha venido señalando la doctrina y la jurisprudencia dicha exigencia formal no supone un requisito de validez del contrato sino que a tenor del artículo 1279 del Código Civil se concede a cualquiera de los contratantes la posibilidad de exigirse recíprocamente el otorgamiento de la escritura o de cualquier forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato. Como vemos, los actos o contratos enunciados en el artículo 1280 del Código Civil existen *inter partes* y son válidos sin necesidad de formalizarlos en documento público, pero para tener eficacia frente a terceros necesitan llevarse a cabo en la forma mencionada[16].

Es beneficiosa la intervención notarial en los contratos de alimentos ya que tienen la misión de asesorar a quienes reclaman sus servicios y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para conseguir el fin que se proponen alcanzar, sobre todo, teniendo en cuenta que en este tipo de contratos el alimentista suele ser una persona mayor desconocedora de los pormenores del negocio que realiza y que necesita una protección especial.

En cuanto a la inscripción registral, la cesión de bienes no plantea problemas, pero no se puede decir lo mismo respecto a la prestación de alimentos. Se inscribe el título en virtud del que se adquiere el dominio de los bienes inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos *ex* artículo 2.1 de la LH y en el asiento se hará constar la causa de la adquisición y las prestaciones a que el adquirente se obliga como contraprestación. Sin embargo, tales prestaciones no constituyen materia inscribible por sí mismas ya que por su carácter personal, la obligación de prestar alimentos no supone una carga real que pese sobre los bienes, es decir, no se trata de una obligación *ob rem*[17]. Por ello, como ha señalado reiteradamente la doctrina, «la constancia de la prestación alimen-

ticia en el asiento es un simple dato aclaratorio del mismo, que, por aplicación analógica del artículo 11 de la LH no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que para garantizar su cumplimiento por parte del cesionario se hubiera pactado una condición resolutoria explícita o una hipoteca. La DGRN se ha enfrentado en varias ocasiones al problema de la inscripción de las obligaciones que los cesionarios asumen como contraprestación en un contrato de alimentos. Así, citamos la RDGRN, de 16 de octubre de 1989, en este caso, el registrador inscribió la transmisión de los bienes, pero denegó la constatación tabular de las obligaciones que en contraprestación asumían los cesionarios. Frente a la actitud del registrador, la DGRN argumenta lo siguiente: «Debe tenerse en cuenta que en el Registro de la Propiedad no se inscriben abstractamente las titularidades reales inmobiliarias sino el completo hecho, acto o negocio que las causa, cualquiera que sea su clase; no puede desconocerse la unidad negocial tal como aparece configurada por los otorgantes…». Con esta decisión, la Dirección General viene a admitir el acceso al Registro de la contraprestación del cesionario alegando que la prestación de alimentos es parte de la unidad negocial siempre que figure en la escritura. Por ello debe constar en el Registro so pena de desvirtualizar el negocio jurídico celebrado.

La postura que estamos defendiendo acerca de la formalización de los contratos de alimentos bien a través de escrituras públicas con acceso al Registro en caso de bienes inmuebles, bien a través de su constancia por escrito en documento público o privado para el caso de bienes muebles constituye una previa y elemental garantía para proteger a las partes y en concreto, a la que se considera en la mayoría de los casos como parte débil, el alimentista.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ALIMENTANTE

El artículo 1795.1 del Código Civil regula un supuesto de resolución por incumplimiento diciendo: «El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas»

Considero que no es del todo acertada esta remisión a las obligaciones recíprocas, con criterio jurisprudencial mencionaremos las sentencias del TS, de 21 de octubre de 1992 y de 17 de julio de 1998, las cuales señalan: «tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de contrato unilateral, ya que solo contiene obligaciones para el demandado que se comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento».

En mi opinión debería facultarse al pensionista para rescindir sin efecto retroactivo el contrato en caso de falta de pago de las pensiones, recuperando el dominio de los bienes transmitidos sin devolver nada a cambio.

Por su parte las SSTS de 28 de mayo de 1965 y de 17 de julio de 1998 establecen: «de otra parte, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de di-

fícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido, pues bien claramente expresa el documento privado suscrito entre las partes que en cualquier momento que el alimentista quiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar los gastos de notario, derechos reales, médicos y medicinas causadas hasta el momento de ejercitar dicha facultad».

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato y, en cambio el juez podrá en atención a las circunstancias acordar que la restitución que, con respecto a lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada en su beneficio por el tiempo y con las garantías que se determinen *ex* artículo 1795.2 del Código Civil.

El artículo 1796 del Código Civil dice: «De las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida».

Estos dos artículos contienen una regulación del efecto retroactivo de la resolución por falta de pago que considero que adolece de cierta confusión e imprecisión.

Finalmente señalaremos que esta facultad resolutoria legal se refuerza mediante las garantías a las que se refiere el artículo 1797 del Código Civil: «Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la LH»[18].

Como vemos este artículo establece dos garantías que crean un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se añade al derecho de crédito del alimentista. Se trata de dos garantías convencionales, por tanto, podrán pactarse o no por las partes en sus contratos, una de ellas es la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulada en el artículo 157 de la LH y en el artículo 248 del RH (que verdaderamente se utiliza poco en el tráfico jurídico por las dificultades que conlleva en el momento más importante de la vida hipotecaria, es decir, en el momento de la ejecución de la garantía) y otra es la condición resolutoria explícita.

Una vez que el alimentista transmite la propiedad de los bienes o un derecho real sobre los mismos, la adquisición tiene pleno acceso al Registro de la Propiedad. En la inscripción se hará constar la causa de la misma, así como las prestaciones a las que el adquirente queda obligado a cambio, pero sin que tales prestaciones constituyan materia inscribible por sí mismas, sino datos explicativos que integran el contenido general del asiento, que no perjudicarán a terceros a menos que en la garantía de la prestación alimenticia se haya pactado una condición resolutoria explícita o una hipoteca.

La efectividad del pacto resolutorio expreso frente a terceros depende de su inscripción en el Registro, lo que significa que si posteriormente a la celebración del contrato de alimentos el alimentante transmitió el bien a un tercero, la resolución perjudicará a este último que se verá privado del bien cuando el alimentista ejercite la acción resolutoria por el incumplimiento del alimentante para recuperar los bienes cedidos al tener dicha acción su origen en una causa que consta explícitamente en el Registro de la Propiedad *ex* artículo 37.1 de la LH. Y esto, sin perjuicio de la responsabilidad frente al tercero del obligado

a prestar alimentos. Por el contrario, si la condición resolutoria no accede al Registro, la resolución no perjudicará a terceros adquirentes de buena fe, que serán mantenidos en su adquisición si cumplen los requisitos del artículo 34 de la LH[19].

V. BIBLIOGRAFÍA

Ataz López, J. (1987): «Comentario a la STS de 23-5-87», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-agosto, 1987.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009): «Tratado de contratos», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Nieves Moralejo Imbernón, Susana Quicios Molina (coords.), Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch.

Berenguer Albadalejo, C. (2012): *El contrato de alimentos*, Madrid, Dykinson.

Berrocal Lanzarot, A. I. (2008): «De nuevo sobre la estructura jurídica de la renta vitalicia», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias,* Tomo I, Navarra, Thomson Civitas, ed. Aranzadi (págs. 855 a 901).

Cano Martínez de Velasco, J. I. (2006): «El contrato de alimentos», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola,* Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Registrales (págs. 1533-1560).

Gitrama González, M. (1991): «Comentarios de los artículos 1798 a 1801», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia.

Gomá Salcedo, J. E. (2005): *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral,* Tomo II, Barcelona, ed. Bosch.

Gómez Laplaza, M. C. (2004): «El contrato de alimentos», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García,* Tomo I, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 2059-2082.

Guilarte Zapatero, V. (1982): «Comentarios de los artículos 1798 a 1801», en M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XXII, vol. 1.º, Madrid, Edersa.

Lambea Rueda, A. (2007): «Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de tercero», en *Aranzadi Civil*, febrero de 2007.

López Peláez, P. (2004): «El contrato de vitalicio: La cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, La Ley, Madrid, núm. 52.

Magro Servet, V. (2004): «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores», en *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6019.

Mesa Marrero, C. (2006): «El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson Aranzadi, núm. 16.

Núñez Zorrilla, M. C. (2003): *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico,* Madrid, Marcial Pons.

— «La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código Civil», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola,* Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, págs. 579-626.

Padial Albás, A. (2004): «La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil», en *Revista de Derecho Privado,* septiembre-octubre, págs. 611-638.

Roca Guillamón, J. J. (2006): «El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil (Ley 41/2003)», en *Estudios de Derecho sobre Obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez,* Tomo II, Madrid, La Ley (págs. 641-657).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1980): «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 541, noviembre-diciembre, págs. 1335 a 1356.
TRUJILLO, I., MARÍN, J. J. (2006): «Comentarios de los artículos 1790 a 1801», en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Aranzadi, 2.ª ed.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TS

- STS de 15 de enero de 1963.
- STS de 28 de mayo de 1965.
- STS de 6 de mayo de 1980.
- STS de 1 de julio de 1982.
- STS de 13 de abril de 1984.
- STS de 11 de julio de 1984.
- STS de 23 de mayo de 1987.
- STS de 30 de noviembre de 1987.
- STS de 3 de noviembre de 1988.
- STS de 6 de marzo de 1992.
- STS de 8 de mayo de 1992.
- STS de 2 de julio de 1992.
- STS de 21 de octubre de 1992.
- STS de 11 de julio de 1997.
- STS de 23 de abril de 1998.
- STS de 29 de mayo de 1998.
- STS de 17 de julio de 1998.
- STS de 28 de julio de 1998.
- STS de 25 de septiembre de 1999.
- STS de 9 de julio de 2002.
- STS de 1 de julio de 2003.
- STS de 26 de febrero de 2007.
- STS de 16 de diciembre de 2010.
- STS de 9 de abril de 2013.
- STS de 11 de abril de 2013.
- STS de 30 de abril de 2013.
- STS de 1 de julio de 2013.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN de 16 de octubre de 1989.
- RDGRN de 26 de abril de 1991.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Zaragoza, de 13 de febrero de 1987.
- SAP de Zaragoza, de 6 de febrero de 1990.
- SAP de Orense, de 1 de septiembre de 1994.
- SAP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2002.

NOTAS

[1] Como señala Gómez Laplaza, M. C. (2004), «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, pág. 166: «El problema es que este contexto va a determinar un desequilibrio entre las posiciones de las partes a la hora de regular el contrato que, si se justifica en el ámbito de aquella Ley, no admite justificación en el articulado del Código Civil, en donde en definitiva ha sido incardinado por obra de una Ley muy específica».

[2] Entre ellas la famosa sentencia del TS, de 1 de julio de 1982, señala que «el contrato vitalicio a título oneroso en sentido genérico incluye distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que unas veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otros lo es la satisfacción de una pensión de alimentos, bien en sentido estricto o bien en sentido amplio (asistencia, cuidado, servicios…, además de la alimentación propiamente dicha…). Y que al ser un contrato innominado, aparte de regirse por los pactos que las partes establezcan, «con la cobertura legal común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir, la renta vitalicia, cuyas normas habrán de ser aplicables, analógicamente atemperadas a las especialidades de cada supuesto».

[3] En contra de esta opinión se manifiesta Gomá Salcedo, señalando que al ser un negocio en parte gratuito, no se perfecciona por el mero consentimiento, sino que necesita para desplegar su eficacia la entrega de la cosa, en Gomá Salcedo, J. E. (2005), *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral,* Tomo II, Barcelona, Bosch.

[4] Gómez Laplaza, M. C., *op. cit.,* pág. 160.

[5] Por tanto, la expresión utilizada por el legislador es mucho más amplia y clarificadora que la contenida en el artículo 1802 del Código Civil, en el cual se establece que el acreedor de la renta vitalicia transmitirá un capital en bienes muebles e inmuebles cuyo dominio se transferirá «desde luego con la carga de la pensión», expresión que ha sido objeto de interpretaciones antagónicas.

[6] Se han planteado incluso casos en los que el alimentista ha transmitido pensiones recibidas de la Seguridad Social como contraprestación de la asistencia recibida en virtud de un contrato de alimentos. Vid., SAP de Zaragoza, de 13 de febrero de 1987; SAP de Zaragoza, de 6 de febrero de 1990 y SAP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2002.

[7] Así la STS de 17 de julio de 1998 recoge un supuesto en que el alimentista cede una cantidad en metálico, acciones, obligaciones y bienes inmuebles.

[8] En este sentido, Cano Martínez de Velasco, J. I. (2006), «El contrato de alimentos», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola,* Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Registrales (págs. 1533-1560), para quien el capital transmitido por el alimentista no puede consistir en un derecho simplemente personal, ni en una situación meramente posesoria, como el precario.

[9] En esta línea podemos citar las STS de 11 de julio de 1997 o la SAP de Soria, de 3 de octubre de 2004. En la SAP de Las Palmas, de 15 de octubre de 1985, a pesar de que no hubo transmisión del dominio sino cesión de la facultad de goce y disfrute de unos bienes a los hijos, comprometiéndose estos a prestar a sus padres una pensión alimenticia anual que se incrementaría con el coste de la vida, así como a sufragar solidariamente los gastos de enfermedad, asistencia clínica, operaciones quirúrgicas, medicinas, etc., que sufrieran sus padres, se calificó el contrato como de vitalicio.

[10] En opinión de Cano Martínez de Velasco, J. I., *op. cit.,* pág. 159.

[11] Esta es la postura que sigue Núñez Zorrilla, M. C. (2005), «Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, año 152, núm. 3, págs. 401 y sigs.

[12] Castillo Barea, M. (2009), «Del contrato de alimentos», en Bercovitz, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Navarra (págs. 2049 y sigs.)

[13] Berenguer Albadalejo, C. (2012), *El contrato de alimentos,* Madrid, Dykinson.

[14] Llamas Pombo, E. (2004), «La tipificación del contrato de alimentos», en E. M. Martínez Gallego, J. Reguero Celada, M. Alonso Pérez (coord.), *Protección jurídica de los mayores,* Madrid, La Ley, pág. 193 y sigs.

[15] Berenguer Albadalejo, C., *op. cit.,* pág. 565.

[16] Entre las numerosas sentencias del Supremo que siguen esta línea, citamos la STS de 16 de mayo de 1996, que establece que, como se infiere de los artículos 1278, 1279 y 1280.1 del Código Civil, la constancia en documento público no se configura como una formalidad *ad solemnitatem* sino *ad probationem*, la STS de 10 de marzo de 2001 o la de febrero de 2004.

[17] El artículo 51.6 RH *in fine* establece que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

[18] Con anterioridad a la regulación actual del contrato de alimentos, se venía admitiendo el pacto resolutorio expreso, en este sentido se pronuncian las Resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1989 y de 26 de abril de 1991. Además de las garantías legales a las que nos hemos referido, se puede pactar también cualquier otra que asegure el crédito del alimentista, como la prohibición de disponer de los bienes cedidos (STS de 9 de julio de 2002), la reserva de dominio o del usufructo vitalicio sobre los bienes cedidos.

[19] Recordemos que la posibilidad genérica de inscribir las condiciones resolutorias explícitas insertas en los contratos de alimentos fue admitida por las RDGRN de 16 de octubre de 1989 y de 26 de abril de 1991.

1.6. Responsabilidad Civil

Información contractual y características de los bienes y productos farmacéuticos: responsabilidad civil por daños a consumidores y usuarios y modificación del contenido de un prospecto en ciertas áreas de distribución comercial

Contractual information and properties of pharmaceutical products: pharmaceutical liability and modification of the product information in some distributional areas

por

ARACELI DONADO VARA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (UNED)

RESUMEN: El objeto de este estudio se centra en el análisis de la jurisprudencia más reciente en materia de la información que ha de ser proporcionada, en particular, a consumidores y usuarios. Nuestro Tribunal Supremo ha revisado tanto el contenido de un prospecto de un medicamento para combatir ciertas molestias asociadas a la menopausia, como el alcance de la responsabilidad del laboratorio farmacéutico que comercializaba el producto. En el caso de autos, un buen número de pacientes que consumieron el producto sufrieron daños o efectos adversos no recogidos ni mencionados en el prospecto. En buena lógica, abordaremos las nociones de producto defectuoso, medicamento, carga de la prueba en materia de Derecho de Consumo, así como otras directamente relacionadas con los asuntos ventilados en sede judicial.

ABSTRACT: This paper studies the recent jurisprudence relating to information that has to be provided to the consumer. Our Supreme Court has analyzed and reviewed the content of the patient information leaflet of a medicine used to treat hot flushes associated with menopause in women, containing veralipride as a neuroleptic, as well as the liability of the pharmaceutical Company. Many of the patients suffered damages and serious side effects affecting the nervous system not mentioned in the product information, and not known by the prescribers. Therefore, we will analyze the notions of defective product, medicine and burden of proof in Consumer Law.

PALABRAS CLAVE: Información contractual, prospecto farmacéutico, responsabilidad civil por daños a consumidores y usuarios.

KEYWORDS: Contractual information, product information, product liability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA COMERCIALIZACIÓN DEL MEDICAMENTO AGREAL® EN ESPAÑA.—II. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: ANÁLISIS DE SUS FUNDAMENTOS Y MOTIVACIÓN: 1. DEFECTO EN LA INFORMACIÓN: EL PROS-

PECTO, CAUSAS E HISTORIAS CLÍNICAS DE LAS CONSUMIDORAS DEL MEDICAMENTO. 2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL CASO AGREAL®: A) *La STS de 17 de junio de 2011.* B) *La STS de 28 de mayo de 2012*. C) *La STS de 6 de junio de 2012.* D) *La STS de 25 de marzo de 2013.* E) *La STS de 18 de junio de 2013*.—III. PANORAMA LEGISLATIVO ESPAÑOL EN MATERIA DE MEDICAMENTOS DEFECTUOSOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA CITADA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN: LA COMERCIALIZACIÓN DEL MEDICAMENTO AGREAL® EN ESPAÑA

En estas líneas revisaremos el sentido y línea jurisprudencial sentado por nuestros Tribunales sobre la acreditación y *onus probandi* de la concurrencia de daños provocados por la ingesta de un concreto medicamento. En definitiva, se trata de dilucidar la existencia y prueba de ciertos efectos secundarios que no aparecían recogidos en el prospecto o folleto informativo del medicamento objeto de estudio de este trabajo[1].

En particular, la historia del medicamento Agreal® en nuestro país se remonta al momento de su autorización y consiguiente comercialización en el año 1983, fecha en la que se aprueba su prospecto y ficha técnica. Su principio activo, la veraliprida, estaba destinado para combatir tanto las molestias, como los sofocos, que se presentan en algunas mujeres durante la menopausia. Este medicamento, en principio, oportuno y conveniente para mitigar o aminorar estas dolencias, evidenció efectos secundarios y adversos no contemplados en el prospecto de su comercialización.

El laboratorio farmacéutico, pese a ello, no solicitaría una nueva ficha técnica y prospecto hasta el 19 de abril de 2002, «con el fin de armonizar los textos legales con el resto de la Unión Europea», que no resultaría finalmente aprobado ante las potenciales consecuencias sospechosas que podría provocar en las consumidoras y usuarias. En este punto, destaca que dicho prospecto comercializado en los otros países, contenía una información adicional desconocida en nuestro país por las pacientes.

El 12 de junio de 2003 SANOFI presenta solicitud de renovación de la autorización de comercialización del Agreal®, admitiendo ambas partes en litigio, que fue concedida por silencio administrativo. Esta fue la última renovación producida[2].

Téngase en cuenta que el Sistema Español de Farmacovigilancia (SEFV) recibió diversas notificaciones y alarmas sobre las sospechas de reacciones adversas psiquiátricas (esencialmente, depresión, ansiedad y síndrome de retirada) así como neurológicas (trastornos extrapiramidales, parkinsonismo) a partir de septiembre de 2004. Las reacciones adversas neurológicas aparecían durante el tratamiento, mientras que las psiquiátricas podían hacerlo como reacciones de retirada al finalizarlo o en su interrupción.

En virtud de estas notificaciones, el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano (CSMH) de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) reevaluó el balance beneficio-riesgo de la veraliprida en sus autorizaciones, confrontando la información sobre las reacciones adversas y las de su eficacia.

Finalmente, la AEMPS, el 20 de mayo de 2005, emitió la nota informativa 2005/11[3] en la que se comunicaba a los profesionales sanitarios la suspensión de la comercialización de la veraliprida (Agreal®). Cesaría, por tanto, su distri-

bución a las farmacias a partir del 15 de junio de ese mismo año, debido a que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la mencionada Agencia concluyera en su balance beneficio-riesgo el resultado desfavorable en las indicaciones autorizadas (tratamiento de los sofocos y de las manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada). A partir del 15 de septiembre de 2005, el mencionado medicamento no podría ser dispensado en las farmacias, por lo que se prohibió su comercialización siendo, finalmente, retirado del mercado.

La veraliprida también se comercializaba en otros cinco Estados miembros: Bélgica, Italia, Francia, Luxemburgo y Portugal. En estos países, el prospecto contenía información sobre distintos efectos adversos y otras indicaciones adicionales sobre el tratamiento, duración, indicaciones…, etc., omitidas en el documento informativo español. Tras la retirada del medicamento en España, dados los informes sobre la aparición de efectos adversos graves sobre el sistema nervioso, la Comisión Europea remitió el asunto a la Agencia Europea de Medicamentos (EMEA)[4] en aplicación del artículo 31 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un Código Comunitario sobre Medicamentos para Uso Humano.

En este sentido, el Comité de Medicamentos de Uso Humano (CHMP) de la EMEA concluyó en su Dictamen del 19 de julio de 2007, que los beneficios de la veraliprida no superaban o sobrepasaban sus riesgos y, por tanto, recomendaba la retirada de las autorizaciones de comercialización de todos los medicamentos que contuvieran veraliprida, retirándose, por lo tanto, del mercado en Europa[5]. La Comisión Europea convirtió el dictamen final en una Decisión el 1 de octubre de 2007.

Algunas pacientes que sufrieron estos efectos secundarios demandaron al laboratorio comercializador en España, por lo que diversos están siendo los pronunciamientos. Nuestro Tribunal Supremo ha resuelto en diversas ocasiones si el prospecto era completo y suficiente, y si recogía la totalidad de la información que las pacientes consumidoras debían conocer sobre su uso; adicionalmente, ha valorado si concurre responsabilidad por parte del laboratorio, dados los daños ocasionados por la ingesta del medicamento en cuestión.

De este modo y una vez expuesta la historia de la comercialización del principio activo en controversia, en las siguientes líneas se abordará y estudiará la situación actual legal y jurisprudencial sobre la responsabilidad civil extracontractual originada por un concreto medicamento que provocó daños en las pacientes a las que les había sido prescrito el consumo de este medicamento para combatir los sofocos asociados con la menopausia. Igualmente, ventilaremos si se trata de una materia más cercana al Derecho del Consumo —y por tanto a la que le sería de aplicación la normativa especial recogida en el actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[6] (en adelante, TRLCU)— o si por el contrario, debe resolverse aplicando estrictamente los criterios generales de responsabilidad civil del Código Civil.

II. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: ANÁLISIS DE SUS FUNDAMENTOS Y MOTIVACIÓN

1. Defecto en la información: el prospecto, causas e historias clínicas de las consumidoras del medicamento

Sobre el medicamento Agreal®, para aliviar y paliar los trastornos de la menopausia, las pacientes consumidoras alegaron el defecto en la información en

su uso o consumo del producto que, consecuentemente, provocó un daño no conocido por ellas y del que no se informó por parte de los médicos que les prescribieron y recetaron este principio activo. Este tipo de defecto alegado puede deberse a un etiquetado erróneo o equivocado en las dosis apropiadas[7], o a un error en el prospecto del medicamento, como tendremos ocasión de comprobar en las siguientes sentencias que comentaremos y analizaremos.

Los diversos pronunciamientos judiciales, tanto en Primera Instancia, como en Apelación, y finalmente en Casación, han tenido fallos de distintos sentidos, como diferentes son las demandantes y sus historiales médico-clínicos; de ahí que haya sentencias estimatorias, al igual que desestimatorias de las peticiones indemnizatorias económicas por los supuestos daños.

En concreto, en relación con el medicamento Agreal®[8], han ido oscilando entre apreciar la responsabilidad del fabricante por defectos en la información del prospecto del producto en cuanto a los posibles efectos adversos, o absolver al laboratorio demandado por no haber probado las actoras el nexo de causalidad entre el consumo o ingesta del producto y los daños ocasionados (ausente su indicación en el prospecto). Por su parte los abogados del laboratorio interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo contra alguna de las sentencias condenatorias de la Audiencia Provincial de Barcelona. Y ya tenemos varias resoluciones del Supremo en la materia. Estas sentencias del Tribunal Supremo, en concreto se remontan al 18 de junio de 2013, 25 de marzo de 2013, 6 de junio de 2012, 28 de mayo de 2012 y 17 de junio de 2011.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios suspendió la comercialización del producto en 2005, como acabamos de ver, sin embargo, algunas consumidoras demandantes solicitaron que el juzgador se pronunciara sobre la existencia o no de un defecto en el prospecto de este fármaco por no advertir de ciertos trastornos psiquiátricos producibles por su ingesta. En resumen, instaban la estimación de la producción de efectos secundarios no previstos en el prospecto, y que como consecuencia del tratamiento se provocaron daños, resarcibles en la salud de las pacientes.

Cabe citar, entre los primeros supuestos de hecho controvertidos, la Resolución del Juzgado de Primera Instancia, número 48 de Barcelona. Dicta sentencia de 2 de abril de 2007[9], en la que condena al laboratorio farmacéutico comercializador del medicamento, al pago de cantidades en concepto de indemnización por los trastornos sufridos por algunas de las demandantes al no estar indicados. La demanda la presentó la representación procesal de seis pacientes: a tres de ellas se les reconoció una indemnización por los daños sufridos, mientras que a las otras tres no.

El Juzgado dicta la resolución basándose en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (en adelante, LRCPD), reconoce las deficiencias en el prospecto y constata la relación de causalidad en algunas pacientes. Recurre en apelación el laboratorio. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, dicta su sentencia de 18 de abril de 2008 (núm. 205/2008), en la que absuelve al laboratorio, al no probarse que el medicamento pudiera ocasionar los trastornos alegados por las demandantes. El prospecto era incompleto y, por lo tanto, defectuoso, si bien aquella no es la causa de la condena, ya que no se llega a acreditar la relación de causalidad existente entre la ingesta del fármaco y las patologías alegadas por las demandantes.

Otra sentencia dictada en idéntica fecha por la misma Audiencia, de 18 de abril de 2008 (núm. 207/2008), resuelve un recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia,

número 56 de Barcelona, de 23 de abril de 2007, en la que se absolvió al laboratorio Sanofi Aventis. La sentencia de primera instancia analizó el asunto con arreglo a la LRCPD y estimó que no se había probado la relación de causalidad entre la depresión de la paciente y el consumo del medicamento, y por eso entendió innecesario analizar si el prospecto era incompleto. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de la demandante al considerar que no se ha acreditado que el medicamento en cuestión pudiera producir las dolencias manifestadas por la paciente, por lo que también entiende que no puede calificarse de producto defectuoso debido a que en el prospecto no se reflejaran las dolencias o efectos adversos. Eso sí, confirma la sentencia de instancia, a excepción de la condena en costas, que deberán valorarse de nuevo, al haber sido condenada la demandante en primera instancia a las costas del proceso.

Esta Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió otro recurso de apelación con fecha de 11 de febrero de 2010, interpuesto por la demandante contra el laboratorio Sanofi-Aventis, apelando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Barcelona, de fecha 11 de diciembre de 2008, en la que se absuelve a la parte demandada (el laboratorio) y se condena en costas a la demandante. La sentencia de apelación estima parcialmente la demanda, al no haberse acreditado de las actuaciones practicadas la relación de causalidad que demuestre que el medicamento fuera el causante de las molestias de la actora, debido a sus antecedentes clínicos como del resto de medicación que tomaba y porque tampoco consta que la toma del medicamento fuera continua, por lo que se confirma la sentencia de instancia a excepción de las costas.

En otra ocasión, de nuevo la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió otro recurso de apelación el 7 de junio de 2012, interpuesto por las 146 demandantes contra el laboratorio Sanofi-Aventis, S. A., apelando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 54 de Barcelona, con fecha 1 de octubre de 2010, en la que se desestima la demanda a pesar de que en el prospecto no se hallaren descritos, convenientemente, todos los efectos secundarios siendo por lo tanto la información ofrecida insuficiente e inadecuada para prestar un consentimiento informado y suficiente, lo cierto es que para el Juzgado no se acredita la relación de causalidad con los efectos pretendidos. La sentencia de apelación estima parcialmente la demanda de todas las demandantes, revocando la sentencia desestimatoria de instancia, estableciendo que el producto era defectuoso por contener una información deficiente e insuficiente se ha vulnerado su derecho a la libertad de elección del medicamento, por lo que considera vulnerados además sus derechos a la integridad física y moral, condenando a la empresa a pagar 3.000 € a cada demandante en concepto de daño moral. En otros trece asuntos, la Audiencia consideró probada la relación de causalidad entre la ingesta del fármaco y los daños, condenando, por tanto al laboratorio a indemnizarles además por esos daños sufridos y probados.

A la vista de estos pronunciamientos, podemos concluir que ha habido disparidad de soluciones jurisprudenciales, debido a que en algunos casos no se ha demostrado la relación de causalidad entre la ingesta y el daño provocado; en otros no se entra a valorar si es completo o no el prospecto porque no se probó esa relación de causalidad, mientras que en otra sí se declara que el prospecto es incompleto y alguna paciente deberá ser indemnizada.

2. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el caso Agreal®

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible responsabilidad originada por el consumo del medicamento Agreal® que combatía los sofocos en las mujeres con menopausia, como ya tuvimos ocasión de analizar en otro trabajo publicado en esta Revista y que ahora nos proponemos estudiar de un modo completo y actualizado. Y así, los recursos de casación fueron presentados por la representación del laboratorio, motivada por una condena indemnizatoria en apelación, así como a que no se declarase incompleto el prospecto, y por lo tanto, que no se le considerara producto defectuoso, como tendremos ocasión de ver. En este apartado estudiaremos las cuestiones más destacables de los actuales pronunciamientos del Tribunal Supremo que tienen fecha de 17 de junio de 2011, de 28 de mayo de 2012, de 6 de junio de 2012, la de 25 de marzo de 2013 y la sentencia más reciente de 18 de junio de 2013.

A) *La STS de 17 de junio de 2011*

En esta ocasión, la representación procesal de 21 pacientes a las que se les había prescrito el consumo del medicamento Agreal® para combatir los sofocos y otras manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada demandan al laboratorio que comercializaba este producto en España, Sanofi-Aventis, solicitando que el Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Barcelona, declarase que el consumo del mencionado medicamento producía efectos secundarios no contemplados por el laboratorio en el prospecto facilitado; que las demandantes como consecuencia del tratamiento con el medicamento habían sufrido daños físicos y psíquicos, y finalmente, solicitan que se condene al laboratorio a abonar unas cantidades en concepto de daños y perjuicios a las demandantes. En sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006[10], se estima parcialmente la demanda, y declara que el consumo del medicamento ha provocado efectos secundarios no contemplados en el prospecto, por lo que condena al laboratorio a indemnizar solo a seis de las pacientes. Algunas demandantes así como el laboratorio interponen sendos recursos de apelación, y la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, dicta sentencia el 16 de noviembre de 2007, en la que desestima ambos recursos y confirma la resolución de instancia. Contra esta sentencia, la representación procesal del laboratorio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, al sostener que había habido una falta de motivación en la sentencia de apelación, por no existir argumentación de lo decidido y por insuficiencia del razonamiento aducido en la argumentación; así como por considerar que había habido un error de hecho en la valoración de la prueba por irracionalidad de la misma. Finalmente, el Tribunal Supremo con fecha de 17 de junio de 2011 dicta sentencia en la que desestima el recurso con imposición de las costas a la parte recurrente.

En esta ocasión, la representación procesal de la recurrida pretendió que se inadmitiera el recurso dado a que en su opinión la resolución recurrida no superaba los 150.000 euros, debido a que el fallo de Primera Instancia redujo la indemnización a 19.674 euros, y únicamente recurrió en apelación la demandada por esta indemnización. El Tribunal Supremo rechaza esta causa de inadmisión, ya que si se suman cada una de las indemnizaciones solicitadas individualmente se superan los 150.000 euros, aunque si se consideran de manera individual solo

tres sobrepasarían dicha cuantía. La cuantía total es como aparece determinada en la demanda, y no fue impugnada por la demandada, estimando parcialmente la demanda el juez de primera instancia y condenando a la demandada a indemnizar únicamente a tres demandantes por ese importe de 19.674 euros. Sin embargo, recurrieron en apelación tanto el laboratorio como tres demandantes a quienes no se les había concedido indemnización alguna en Primera Instancia, por lo que aún no sumando las tres cuantías solicitadas por las apelantes se supera la cuantía exigida para acceder a la casación.

El laboratorio considera que en la sentencia de apelación no ha habido motivación y que en la misma no existe argumentación. Para el Tribunal Supremo, en la sentencia de apelación se confirma la de Primera Instancia al considerar que el medicamento es defectuoso en el sentido legal de la Ley de Productos Defectuosos, artículo 3; por ser insuficiente el contenido del prospecto que se comercializaba en España y continúa diciendo, en su Fundamento de Derecho tercero, «porque *"no se ha producido vulneración alguna sobre la apreciación de las pruebas ni demás alegaciones vertidas por la parte apelante, cuya consideración conclusiva nos parece lógica y racional, sin vulnerar las máximas de experiencia ni las normas de la sana crítica"*. Ratifica, en suma, la reclamación indemnizatoria de una parte de las demandantes, con ocasión de los daños padecidos en la salud física y psíquica por el consumo del medicamento indicado para trastornos de la menopausia, sin que estuvieran previstos por el laboratorio en la información facilitada al consumidor con la compra del medicamento como efectos secundarios. *"En los tres supuestos estimados por el juzgador de instancia,* dice la sentencia, *las demandantes aportaron abundante y detallada documentación médica, ello unido a la prueba pericial practicada en instancia así como la testifical. El material probatorio aportado por las mismas que abarca desde antecedentes, examen del paciente, diagnóstico, prescripción del medicamento, síntomas... es suficiente en los tres supuestos condenados en instancia, para poder establecer la relación de causalidad entre la ingesta del medicamento y los efectos producidos en los tres supuestos mencionados"*. Sostener, como se hace en el recurso, que después de las dos sentencias no se ha dado respuesta a los planteamientos del recurso de apelación, y, lo que es más grave, que "existe arbitrariedad en la resolución de la AP de Barcelona... fruto de un mero voluntarismo judicial" que "expresa un proceso deductivo incompleto, irracional o absurdo, lo que supone que la resolución no es expresión de la Administración de Justicia, sino mera apariencia de la misma, y por tanto denegación radical de la tutela judicial, supone desconocer la exigencia constitucional sobre motivación"». En este caso, la sentencia de apelación confirma y ratifica la de la Instancia de una forma «minuciosa, completa y precisa», sin valorar si es o no acertada, dice el Tribunal Supremo, respondiendo a todas las cuestiones formuladas por las partes sobre insuficiencia del prospecto, efectos adversos, valoración de las pruebas presentadas… En el Fundamento de Derecho número cuatro analiza el motivo alegado por el laboratorio de que hubo un error en la valoración de la prueba, que también es desestimado por el Alto Tribunal. Este considera que ninguna de las conclusiones[11] a las que llegó la sentencia de instancia es ilógica, ni absurda, ni menos aún las pruebas no son suficientes para condenar al laboratorio por los casos comprobados en ellas, y por eso desestima el recurso y confirma la sentencia de apelación.

B) *La STS de 28 de mayo de 2012*

La representación de noventa y una mujeres presentó una demanda contra la actual empresa Sanofi Aventis, S. A., que pretendía la declaración por parte del Juzgado de que el medicamento producía efectos secundarios no previstos en el prospecto; que como consecuencia del tratamiento las pacientes habían sufrido daños en su salud y que por lo tanto la empresa fuera declarada responsable de los mismos y fuera condenada a indemnizar a las consumidoras por los daños y perjuicios ocasionados. La representación de la empresa contestó a la demanda y se opuso a los hechos, suplicando al Juzgado que desestimara íntegramente la demanda. Finalmente, el Juzgado de lo Mercantil, número 6 de Barcelona, dictó sentencia el 11 de febrero de 2008, declarando que el prospecto del medicamento contenía una información insuficiente, pero desestimó las restantes pretensiones de la parte demandante al no considerar suficientemente acreditada que la omisión de esos efectos ocasionara los daños en una relación causa-efecto en ninguna de las demandantes, no imponiendo las costas a ninguna de las partes.

La empresa demandada, así como 18 de las 91 demandantes, recurrieron en apelación. El laboratorio recurría al considerar que el prospecto se adecuaba a la legalidad sanitaria y las exigencias del derecho a la información; mientras que las actoras por considerar que estaba probada y acreditada la relación de causalidad entre el consumo del medicamento y los daños ocasionados (neurológicos y psiquiátricos) habiéndose omitido en el prospecto los graves efectos adversos que podía provocar el medicamento. La Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó su sentencia el 20 de marzo de 2009, en la que se desestima el recurso de apelación presentado por la empresa demandada, y estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes actoras contra la sentencia de Primera Instancia al declarar que el consumo del medicamento provocó en una de las demandantes reacciones adversas no previstas en el prospecto, de tipo neurológico, provocándole daños, por lo que condena al laboratorio a pagar a esta paciente 7.401 €. Considera que los efectos adversos del producto no se encontraban descritos de un modo suficiente en el prospecto, por lo que la información en él contenida era insuficiente e inadecuada para considerar que existía un consentimiento informado completo y suficiente para el consumo del medicamento. En cuanto a las reacciones adversas sobre los daños neurológicos estima el Tribunal que al no mencionarse en el prospecto los efectos extrapiramidales, la información era insuficiente y defectuosa, siendo por ello defectuoso. Mientras que respecto a los daños psiquiátricos, considera que de la prueba practicada no se acreditan estos daños, por lo que el producto no es defectuoso por no recoger dichos efectos. Finalmente, sobre los daños y perjuicios que las pacientes estiman haber padecido por consumir este medicamento y el nexo de causalidad derivado del defecto de información contenido en el prospecto, únicamente se analizan los de las pacientes de tipo neurológico, y solo en una de las demandantes se puede considerar la existencia de esta relación de causalidad entre el daño y el defecto del prospecto (no se recogieron los efectos neurológicos del medicamento).

La empresa demandada presentó un doble recurso, extraordinario por infracción procesal, por considerar que hubo un error de hecho en la valoración de la prueba; así como un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por los siguientes motivos: la interpretación lógica y sistemática de la legalidad sobre la vulneración del derecho a la información del medicamento; así como la interpretación lógica y sistemática de la sentencia recurrida a luz de una consideración racional y realista del derecho a la información del producto.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de mayo de 2012, dictó su resolución sobre esta cuestión. Sobre los motivos alegados en el recurso extraordinario procesal, el Tribunal Supremo desestima ambos motivos, al considerar que «tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones de la sentencia sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas». Y nos recuerda, «cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal®, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la AEMPS en 20 de mayo de 2005, alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida...». Y continúa diciendo: «se trata de un medicamento... empleado para atenuar los síntomas vasculares y vegetativos de la menopausia que produce efectos adversos relacionados con indicación de sistemas extrapiramidales (SEP): temblor, distonías, rigidez o acatisia, parkinsonismo y también, discinesia tardía. Ninguna de dichas reacciones adversas consta recogida en el prospecto analizado y comercializado desde 1983, sin que el laboratorio farmacéutico solicitase nueva ficha técnica y prospecto sino hasta el 19 de abril de 2002; ficha técnica y prospecto que no resultaron aprobados, tras la evaluación del beneficio-riesgo por parte de la AEMPS iniciado en el 2004, y dictado en fecha 20 de mayo de 2005 de Resolución de la AEMPS revocando la autorización de comercialización una vez que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la AEMPS concluyera que el balance entre los beneficios terapéuticos y los riesgos que entrañaba resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas; dictándose Comunicación Informativa en fecha de 7 de septiembre de 2005 sobre recomendaciones para la retirada del tratamiento con Agreal®, dejado de comercializar por el laboratorio farmacéutico a partir del día 15 de junio de 2005, y a partir del 15 de septiembre de 2005 de poder ser dispensado en las oficinas de farmacia».

Igualmente señala el Tribunal Supremo que «el objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él».

En cuanto al recurso de casación queremos destacar los siguientes fundamentos de derecho que nos han parecido más interesantes. El laboratorio farmacéutico considera que no es posible acreditar la relación de causalidad entre los efectos neurológicos denunciados por la demandante y la ingesta del medicamento, e insiste en que el prospecto se adecuaba a la legalidad en vigor, no siendo defectuoso el producto por la falta de información, porque la proporcionada era, en su opinión, adecuada y suficiente para las pacientes, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. Considera el Tribunal Supremo que se «olvida un aspecto sustancial», y continúa diciendo: «el debate se plantea en un recurso de casación, y como tal debe necesariamente adecuarse a los dictados que exige la técnica casacional para la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil». De ahí que «no es por tanto viable la respuesta a un recurso carente de indicación de la norma sustantiva infringida, ni menos aún reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclado en «tópicos» construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor que, por el contrario, se tienen en cuenta para impedir recursos como el planteado. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia, en donde intenta

contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa, alguna inaplicable por razón del momento en que tuvieron lugar los hechos, como el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la Defensa de consumidores y usuarios. Esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no se refiriera el fondo del asunto a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar pues difícilmente pueden encajarse los hechos que la sentencia declara probados en la normativa que cita en el primero cuyo fin último, parece olvidarse, es la protección de la salud y el respeto a los derechos de los pacientes».

Entiende también que «es lo cierto que en el prospecto de Agreal® no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, según la sentencia recurrida «insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco». La sentencia recurrida también consideró «que la duración del tratamiento no viene especificada en el prospecto... ni tampoco lo estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente probadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación y su tratamiento». Y concluye: «el laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del Medicamento («información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...») difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado».

En base a estos motivos y a otros, finalmente, el Tribunal Supremo desestima los recursos planteados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2009, imponiendo las costas causadas a la parte recurrente.

C) *La STS de 6 de junio de 2012*

Nuestro Tribunal Supremo ha estudiado si había responsabilidad farmacéutica por los posibles daños provocados por la ingesta de este mismo medicamento en su sentencia de 6 de junio de 2012[12]. En este caso el *iter* judicial fue el siguiente. La representación de 130 pacientes a las que se les prescribió la ingesta del producto Agreal® para combatir los sofocos de la menopausia, interpusieron una demanda contra la empresa Sanofi-Aventis, S. A., para que se dictara sentencia estimando su demanda y se declarara que el consumo del medicamento citado producía efectos secundarios no previstos en el prospecto suministrado a los consumidores; que las representadas habían sufrido daños en su salud, y que por lo tanto se le condenara a abonar una indemnización en concepto de daños y perjuicios a cada una de ellas en función de los daños sufridos y de las pruebas que adjuntaban.

La representación del laboratorio se opuso a los hechos y suplicó al Juzgado que desestimara íntegramente la demanda. El Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Barcelona, dictó sentencia el 11 de junio de 2007[13], en la que se desestimó totalmente la demanda al considerar que el medicamento no era de-

fectuoso en sentido legal por aplicación del artículo 3.1 de la Ley de Productos Defectuosos, y además consideró que el contenido del prospecto era suficiente, no existiendo ningún defecto que pudiera acarrear una responsabilidad civil objetiva del laboratorio. Por lo tanto, absolvió al laboratorio, no haciendo expresa imposición de costas.

La representación de las dos partes recurrió en apelación: el laboratorio por la no imposición de costas; mientras que las demandantes, únicamente 73 mujeres, decidieron apelar por la indemnización solicitada. Finalmente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronunció dictando sentencia el 16 de marzo de 2009 en la que estimó en parte los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de instancia de 2007, revocando y acordando la estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar que el prospecto comercializado en España del medicamento no informaba de todos los efectos secundarios que podía ocasionar; y también condenó al laboratorio al pago de una serie de indemnizaciones a quince de las recurrentes. Desestima el recurso interpuesto por el laboratorio.

Contra esta resolución judicial, el laboratorio presentó un doble recurso extraordinario por infracción judicial y de casación. El primer recurso lo fundamentaban en la inversión de la carga de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial que era impugnable «al atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la recurrente, exigiendo que en el caso concreto de que se trate, el origen de la patología (efecto extrapiramidal) se ha de atribuir a un factor distinto que excluya al medicamento, sin que la recurrente tenga ni una mayor facilidad probatoria ni una disponibilidad de los medios de prueba, pues lo único que está a su alcance es describir y pronunciarse sobre los posibles efectos adversos del producto en general, pero lo que no puede hacer es ahondar en la relación causa-efecto individual».

El recurso de casación lo motivan en que sobre la falta de información del prospecto del medicamento consideran que el Tribunal vulneró las normas del ordenamiento jurídico; así como consideran que no se ha vulnerado el derecho a la información del medicamento, porque le podía haber asesorado el clínico al consumidor si no entendía la información del prospecto.

En cuanto al recurso por infracción procesal se fundamenta entre otros artículos en el 5 de la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por daños causados por Productos Defectuosos. El laboratorio considera que la inversión de la carga de la prueba que realizó la Audiencia es impugnable al atribuirle las consecuencias de la falta de prueba a la recurrente, y además el origen de la patología (efecto extrapiramidal) se ha de atribuir a otro factor que excluya al medicamento, no pudiendo el laboratorio probar o disponer de más medios de prueba, dado que solo se pueden pronunciar sobre los efectos adversos en general, pero no en la relación causa-efecto individual. El Tribunal Supremo desestima este motivo porque considera que la carga de la prueba, o los efectos negativos de la falta de la prueba solo se aplican «cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el Tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el Tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC». En este sentido, continúa diciendo nuestro Tribunal Supremo, que «atendiendo al carácter objetivo de esta responsabilidad, el artículo 5 de la LRCPD, era a las demandantes perjudicadas por la ingesta del medicamento por lo que pretende

obtener la reparación de los daños causados, a las que correspondía probar «el efecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos». La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva... y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades... aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido... No es lo que sucede en este caso en el que la sentencia obtiene sus conclusiones a partir del estudio de los informes periciales referidos a cada una de las demandantes y ello nada tiene que ver con las reglas sobre la carga de la prueba y sí con la valoración que de ella hace el tribunal y de la que se infiere lo siguiente: 1) hay una falta de información sobre los efectos adversos del fármaco imputable a la parte demandada que ha de tener consecuencias indemnizatorias si se prueban los daños. 2) los efectos adversos extrapiramidales del medicamento Agreal® están suficientemente constatados, y 3) algunas de ellas acreditan que han sufrido un daño de esta naturaleza, causalmente vinculado al medicamento».

El Tribunal Supremo sostiene en esta línea de razonamiento relativa a la valoración de la prueba que «tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones de la sentencia sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas. Cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal®, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la AEMPS el 20 de mayo de 2005 (efectiva el día 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de las reacciones adversas como de la eficacia del medicamento». La parte recurrente pretendería someter a la Sala una alternativa a la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida, «en la que se dé prevalencia a aquellos datos que favorecen el interés de la recurrente, lo que implicaría que tuviera que revisar en su conjunto la valoración practicada por el Tribunal lo que no es posible en un recurso por naturaleza extraordinario, que no constituye una tercera instancia», por lo que desestima también este motivo.

En relación al recurso de casación, mantiene el Tribunal Supremo que en relación a la falta de información del prospecto no puede ser de aplicación la normativa que cita la recurrente, en concreto el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la defensa de consumidores y usuarios, porque no estaba en vigor cuando ocurrieron los hechos. Y continúa señalando: «esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no se refiriera el fondo del asunto a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar pues difícilmente pueden encajarse los hechos que la sentencia declara probados en la normativa que cita en el primero cuyo fin último parece olvidarse, es la protección de la salud y el respeto de los derechos de los pacientes. La función del recurso de casación no es la revisión de los hechos, sino el control de la aplicación del derecho al hecho probado declarado en la instancia. Tampoco es posible reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclada en «tópicos» construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor, como se argumenta en el recurso».

Además, considera este Tribunal al igual que «señalaron las sentencias de esta Sala, de 1 de junio de 2011 y 28 de mayo de 2012, que "junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario", y es lo cierto que en el prospecto Agreal® no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento "para un uso adecuado y seguro del fármaco... y el conocimiento por parte del paciente del fármaco que se le ha pautado deviene esencial para la mejor ponderación del beneficio/riesgo que es en definitiva la balanza sobre la que debe decidirse la utilización o no del producto", como también precisa la sentencia ahora recurrida, con cita del artículo 8 del Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano ("El prospecto es la información escrita que acompaña al medicamento, dirigida al consumidor o usuario"), definición que se reitera en el artículo 29.2 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de diciembre, que deroga al anterior ("El etiquetado y el prospecto garantizarán la inequívoca identificación del medicamento, proporcionando la información necesaria para su correcta administración y uso por los pacientes o usuarios y, en su caso, por los profesionales sanitarios"). Reconoce el Tribunal Supremo que en el prospecto no aparecía la duración del tratamiento ni tampoco estaban recogidas en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, y sigue "el laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del Medicamento" ("información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...") difícilmente podían estos informar a las pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todas ellas, alguno materializado».

En conclusión, por todos estos motivos, desestima el Tribunal Supremo ambos recursos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de marzo de 2009, y finalmente impone las costas a la recurrente.

D) *La STS de 25 de marzo de 2013*

En esta ocasión, la representación de seis pacientes a las que se les prescribió el medicamento Agreal® para combatir los sofocos y otras manifestaciones psicofuncionales de la menopausia, presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Barcelona, para que declarase que el consumo de este medicamento producía ciertos efectos secundarios no contemplados en el prospecto y que, por lo tanto, se condenase al laboratorio que comercializa el producto, la parte demandada, Sanofi-Aventis al pago de las indemnizaciones por los daños físicos y psíquicos producidos en la salud de las pacientes provocados por la ingesta del fármaco. La parte demandada se opone negando el defecto de información del prospecto de los efectos secundarios, negando la relación de causalidad entre el consumo del fármaco y los daños producidos, declara que los informes aportados por las demandantes son poco científicos, alega que existen factores externos que rompen el nexo de causalidad, y para ello aporta informes científicos que así lo demostrarían. En este juicio se trata de valorar nuevamente si el prospecto del medicamento informaba de un modo defectuoso

a los consumidores y además comprobar si existe una relación de causa-efecto entre la ingesta del producto y los daños físicos y psíquicos alegados por las demandantes, para, en caso afirmativo, valorar las indemnizaciones reclamadas por las demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Barcelona, en sentencia de 3 de julio de 2007, estima parcialmente la demanda, en el sentido de considerar que el prospecto del medicamento Agreal® proporcionaba una información insuficiente para las consumidoras, mientras que al no resultar acreditados los perjuicios y daños físicos y psíquicos derivados de la ingesta del producto, se desestima esta pretensión indemnizatoria y se absuelve a la demandada de las demás pretensiones. La representación del laboratorio interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de instancia para que se revocara la parte que señalaba que la información del prospecto era insuficiente y que se dicte una resolución en la que se disponga que la información proporcionada en el prospecto es suficiente y se impongan las costas a la parte demandante, tanto las de instancia como las de apelación. La Sección Primera, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 12 de mayo de 2009, desestima el recurso de apelación presentado por el laboratorio, y confirma la sentencia de Instancia en todos sus pronunciamientos, asimismo, impone las costas generadas en la alzada al laboratorio.

La Audiencia Provincial al estudiar si el prospecto del medicamento contenía o no una información suficiente a las consumidoras, se basó y reiteró la conclusión a la que llegó en la sentencia dictada por la misma Sala de la Audiencia Provincial en un caso fallado con ocasión de un supuesto idéntico en el que valoró si el prospecto de Agreal® informaba suficientemente. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 16 de marzo de 2009, en la que valoró y dispuso que el prospecto del medicamento no informaba de todos los efectos adversos que podía provocar su tratamiento, por lo que se remitirá a la argumentación de esta sentencia para confirmar la resolución apelada[14]. En la sentencia a la que se remite se señalaba que la obligación de informar de los efectos que produce el medicamento corresponde a la empresa que lo fabrica o lo comercializa, y que esta no podrá pretender que esta responsabilidad recaiga ni en los facultativos sanitarios (médicos y farmacéuticos) ni en la administración sanitaria, dado que legalmente le corresponde en exclusiva esta obligación de informar, y por lo tanto, de farmacovigilancia así como de actualizar los prospectos[15].

Nos interesa recoger a continuación las aclaraciones hechas en la apelación de la sentencia, en cuanto a la legislación aplicable al caso de autos en materia de responsabilidad por productos defectuosos. Expone que el artículo 1902 del Código Civil requiere para valorar la responsabilidad extracontractual la concurrencia de tres requisitos: 1) una actuación u omisión dolosa o imprudente; 2) la producción de un daño, y 3) un nexo de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso. La aplicación jurisprudencial del precepto ha ido «suavizando el rigor probatorio de la prueba de la culpa» en los supuestos en los cuales la parte demandada hubiera llevado a cabo una actividad susceptible de causar un riesgo. Con la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, se pretendió regular normativamente esta idea de abstracción de la culpa a la hora de su prueba, para así proteger a los consumidores. Encontramos en esta norma tanto el artículo 3, sobre los riesgos de la utilización previsible de un bien o servicio que deberán ser puestos en conocimiento previo de los consumidores, así como el 13.F) sobre el derecho de información de los consumidores.

Esta Ley, sin embargo, para la Doctrina recoge dos sistemas diferentes de responsabilidad: 1) Los supuestos basados en la responsabilidad por culpa, aunque con inversión de la carga de la prueba, contenida en los preceptos 25 y 26; y 2) los supuestos basados en la responsabilidad objetiva, del artículo 28, entre los que se incluyen los productos farmacéuticos, entre otros, o aquellos bienes o productos que por su propia naturaleza o por disponerlo reglamentariamente tengan una garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad. Con posterioridad, se publicó una ley especial para esta materia, en concreto, se trata de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por Daños causados por productos defectuosos, que estableció un cierto límite de responsabilidad y que no se respondiera por el solo hecho de la puesta en circulación del producto, sino que debería tratarse de un producto defectuoso. Finalmente, se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que armoniza las diversas regulaciones legislativas en esta materia y que había dado lugar a discusiones doctrinales y jurisprudenciales. En el apartado segundo de la Disposición Transitoria tercera, recoge que se aplicará el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 148, o sea el previsto para bienes defectuosos, a las especialidades o productos farmacéuticos. Y finaliza exponiendo la Audiencia Provincial que a pesar de que en este supuesto no fuera de aplicación el Texto Refundido debido al momento temporal en el que ocurrieron los hechos, sí sirve su regulación para aclarar qué texto legal sería de aplicación en el caso de autos. Concluye que debe aplicarse la Ley de Productos Defectuosos «y ello en la medida en que el producto farmacéutico comercializado no reunía los requisitos de seguridad que eran exigibles y cabía legítimamente esperar, porque el prospecto con el que fue comercializado no daba la información requerida para un uso adecuado y seguro del fármaco, como más arriba ha quedado explicado».

La representación de una de las demandantes presenta un escrito de impugnación del recurso extraordinario de infracción procesal al considerar que la cuantía del objeto litigioso que accedió a la apelación se había reducido y no superaba los 150.000 euros (como dispone el art. 477.2.2 LEC, en su redacción vigente cuando se dictó la sentencia de la Audiencia Provincial), por lo que al no ser susceptible este asunto del recurso de casación tampoco lo sería este. El Tribunal Supremo considera que no es posible recurrir la sentencia impugnada ya «que la reducción del objeto litigioso en la segunda instancia conlleva la correlativa reducción de la cuantía litigiosa, que queda entonces circunscrita a la materia debatida en la apelación y no comprende aquella que, por una u otra razón, hubiese devenido pacífica»[16], por lo que, como ha señalado este Tribunal en alguna sentencia citada en esta resolución «de acuerdo con esta doctrina, las incidencias acaecidas durante el proceso que afectan a su objeto —tales como allanamientos parciales, desistimientos parciales o el aquietamiento de la actora a la sentencia de primera instancia que estima parcialmente la demanda— tienen relevancia en orden a determinar la cuantía de la controversia que abre la vía de los recursos extraordinarios. Esta limitación no puede aplicarse cuando la reducción se lleve a cabo por la sentencia de segunda instancia, porque entonces se daría el contrasentido de que sería recurrible por una de las partes, la demandante, y no por la otra»[17].

Por lo tanto, y resumiendo la cuestión, la demanda inicial tenía tres pretensiones, si bien solo la tercera, incluía un contenido económico determinado, siendo la cuantía inicial de la demanda la suma de las solicitudes individuales; al apelar la sentencia de instancia, el objeto de la controversia se redujo a la primera

pretensión, de carácter meramente declarativo, cuya cuantía económica no fue determinada, por lo que al haberse reducido el objeto inicial del proceso en la fase de la apelación, siendo esta la cuantía que debe determinar la posibilidad de recurrir en casación o no, al haber pasado a ser una cuantía indeterminada, se impide el recurso[18]. Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso presentado por el laboratorio Sanofi-Aventis contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 2009, que confirma en todos sus extremos, confirmando esta, a su vez, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Barcelona, de fecha 3 de julio de 2007, que declaraba que el prospecto de Agreal® contenía una información insuficiente. Finalmente, impone las costas a la parte recurrente.

E) *La STS de 18 de junio de 2013*

En este caso, la representación de 68 pacientes a las que se les prescribió el medicamento Agreal® para combatir los sofocos y otras manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada, demandó al laboratorio Sanofi-Aventis, S. A., ante el Juzgado para que estimara que el mencionado medicamento producía efectos secundarios no contemplados en el prospecto, que las representadas habían sufrido daños en su salud por el tratamiento del medicamento, y se solicitaban unas indemnizaciones económicas para las representadas. La representación del laboratorio contestó a la demanda oponiéndose a los hechos, solicitando que fuera desestimada la demanda, imponiéndose las costas a la actora. El Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Barcelona, dictó sentencia el 1 de septiembre de 2008, en la que estimó parcialmente la demanda, y se declara que el prospecto ofrece una información insuficiente a las consumidoras, condenándose al laboratorio a indemnizar a nueve pacientes. Se desestiman las restantes pretensiones de la demanda, y no se imponen costas procesales. La representación del laboratorio así como algunas (22) de las demandantes interponen sendos recursos de apelación. Mientras que el laboratorio consideraba que cumplía con la legalidad vigente y que no se le podía imputar la falta de información adecuada y suficiente del prospecto, por su parte, las afectadas recurrían en base a la indemnización de los daños producidos por el consumo no debidamente informado. La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dicta sentencia el 14 de septiembre de 2011, estimando parcialmente el recurso de la parte actora, y desestimando íntegramente el de la parte demandada contra la sentencia de 2008 del Juzgado Mercantil (anterior núm. 58 de Primera Instancia de Barcelona, en autos de procedimiento ordinario) que revoca parcialmente. Y así condena a la demandada, al laboratorio, a que indemnice a nueve de las pacientes al pago de unas cantidades económicas inferiores a las solicitadas, mientras que en el resto de afectadas no considera acreditados los daños y perjuicios expresados; finalmente, confirma el resto de pronunciamientos de instancia y no condena en costas a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia, la representación de Sanofi-Aventis interpuso un doble recurso, extraordinario por infracción procesal, al considerar entre otros motivos que había un error en la valoración de la prueba documental, así como sobre las reglas de la carga de la prueba, y un recurso de casación motivándolo en la interpretación lógica y sistemática de la legalidad sobre la vulneración del derecho a la información del medicamento; las dos grandes corrientes de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la «literosuficiencia» o no del fármaco;

la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 2011, a la que se refirió la Audiencia Provincial; y finalmente a la indebida apreciación del daño moral[19]. Los Fundamentos de Derecho más interesantes de esta sentencia del Tribunal Supremo y que nos interesa traer aquí a colación son los siguientes.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, los tres motivos alegados por la recurrente son desestimados por el Tribunal Supremo. Y así, en concreto, en cuanto al primer motivo alegado por la representación del laboratorio, «se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente relacionada con el principio de seguridad jurídica, dada la contradicción en la que ha incurrido la sentencia, al apreciar la existencia de un supuesto incumplimiento de las normas relativas a los prospectos del medicamento en cuestión, cuando en otro orden jurisdiccional, el de lo contencioso-administrativo, se ha llegado a la solución contraria».

Destaca el Tribunal Supremo si se pretende poner de manifiesto la existencia de un problema de falta de jurisdicción por parte de los tribunales civiles de conocer la cuestión suscitada, o si se trata más bien de una cuestión de los efectos que la apreciación de los hechos realizada por una jurisdicción deben desplegar en otra jurisdicción que enjuicia los mismos hechos, en este caso la civil sobre la contencioso administrativa en la que la respuesta ha sido positiva a la tesis que ahora sostiene en cuanto a la información del prospecto. Sostiene el Tribunal Supremo que las demandas se formulan en la vía civil fundadas en normas civiles que son las que finalmente se aplican, en especial, la Ley 26/84, de 19 de julio, de Consumidores y Usuarios; la Ley 22/94, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos y el artículo 1902 del Código Civil; con independencia de que los organismos correspondientes de la administración pública tengan competencia de aprobar, renovar o modificar los prospectos, debiendo tales cuestiones ser planteadas y estudiadas en la jurisdicción contencioso-administrativa originando, si fuera el caso, la consecuente responsabilidad patrimonial, en caso de declararse y probarse un «anómalo ejercicio de sus potestades administrativas de intervención en materia de medicamentos, cuyo enjuiciamiento también corresponde a dicha jurisdicción».

Recuerda el Tribunal Supremo que las reclamaciones que se presentaron en sede administrativa (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) en contra de la Administración fundadas en un supuesto comportamiento anómalo de la misma, fueron todas las resoluciones favorables a la Administración, dado que: 1) «No hay un funcionamiento anormal de la potestad de autorización y de fármaco-vigilancia, en un contexto de incertidumbre sobre los efectos concretos que pudiera tener la especialidad farmacéutica, porque hasta ese momento el medicamento solo había sido experimentado». Las escasas notificaciones sobre reacciones adversas presentadas hasta el año 2004, y que son desfavorables en sus indicaciones autorizadas por lo que se decide reevaluar la relación beneficio-riesgo y de ahí que finalmente se tome la decisión de suspender la comercialización del producto en junio de 2005. 2) Todos los agentes deben implicarse en la labor de fármaco vigilancia de los productos; debiendo el titular de la autorización notificar a la AEM las sospechas de reacciones adversas, y también las graves que ocurran dentro y fuera de España, realizar informes periódicos de seguridad, estudios post-autorización para valorar riesgos potenciales... 3) No se acredita una relación de causalidad entre la actuación/omisión de la Administración y el resultado producido; 4) Tampoco se determina una relación de causalidad entre la ingesta del medicamento y los daños reclamados, sobre todos los psiquiátricos. Por lo tanto, el hecho originador de los daños evaluados y reclamados en ambas

jurisdicciones no es el mismo, tampoco el causante es la Administración, sino lo es el laboratorio. Y es determinante cuando sostiene: «Pero es que, además, el hecho de que las autoridades administrativas pudieran no haber adoptado las medidas pertinentes en orden al cumplimiento de las funciones que le son propias no es obstáculo a la existencia de responsabilidad de los laboratorios por el carácter defectuoso del producto por falta de información. Los niveles de seguridad exigibles en la sociedad actual comportan no solamente la prohibición de poner en circulación productos peligrosos por un defecto de información, sino también la exigencia, común a todos los agentes implicados, de notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España, que pueda influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto o ambos».

En cuanto al recurso de casación y la fundamentación del Tribunal Supremo, nos interesa destacar las siguientes ideas referidas por la parte recurrente a que el prospecto se adecuaba a la legalidad vigente, por lo que no era defectuoso al contener información adecuada y suficiente. Para el Tribunal no es viable un recurso en el que no se cite una norma jurídica infringida, o se haga a una norma inaplicable por el momento temporal en el que tuvieron lugar los hechos, y también critica que se pretenda encauzar el recurso y contextualizarlo en tópicos «del débil contra el fuerte»[20]. Para este Tribunal en el prospecto al no hallarse descritos adecuada y suficientemente los efectos adversos del consumo del medicamento, la información en el contenido era insuficiente para poder realizar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del medicamento y concluye, «lo que permite calificar de defectuoso a un medicamento que, como Agreal®, generaba sin duda unas expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto, lo que originó, dicho en términos de la sentencia recurrida, una situación de riesgo permanente vinculada a una indudable falta de diligencia de los laboratorios al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria sobre los efectos adversos y al hecho de que, faltando la necesaria autorización administrativa respecto de la modificación de la ficha técnica y del prospecto debió de "informar a los facultativos de todos los aspectos conocidos acerca del Agreal®" (STS —Sala 3.ª— de 13 de noviembre de 2012; SSAN de 25 de mayo y 27 de julio de 2011)».

En cuanto a que en el prospecto no figurara expresamente la duración del tratamiento, sino simplemente que las curas de veinte días pueden retomarse tras diez días de descanso, y que no se recogían todos los efectos adversos científicamente probados y comprobados, a pesar de que insista la parte recurrente que se podía extraer de otros apartados tales como la posología, las indicaciones, las propiedades, la intoxicación, el tratamiento… Determina el Tribunal que la responsabilidad, nuevamente, es del laboratorio que lo comercializa, dado que «el laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento ("información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio..."), difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas, salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado».

Finalmente, sobre el daño moral, considera la representación del laboratorio que no está reconocido en la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por daños

causados por productos defectuosos (LRDPD), sosteniendo el Tribunal Supremo que a pesar de no estar recogidos expresamente en la mencionada Ley, solo lo estarían la muerte, lesiones corporales y demás daños causados en las cosas hasta una franquicia, los demás daños y perjuicios, y por lo tanto, también los daños morales podrán ser resarcidos en base a la legislación general, o los derechos que el perjudicado tenga basado en una responsabilidad contractual o extracontractual contra el fabricante, importador o cualquier otra persona. En este caso, el daño moral indemnizado se fundamenta en el artículo 1902 del Código Civil que regula la responsabilidad extracontractual. Y concluye que el artículo 10 de la LRDPD, los actuales 128 y 129 del TRLCU, integra los daños morales en la reclamación[21].

Por estos motivos, entre otros, el Tribunal Supremo desestima ambos recursos presentados por la representación del laboratorio, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2011, imponiendo las costas a la parte recurrente.

III. PANORAMA LEGISLATIVO ESPAÑOL EN MATERIA DE MEDICAMENTOS DEFECTUOSOS

En España, actualmente la materia de los medicamentos está regulada en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que derogó la anterior Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento[22]. Por lo tanto, esta es la norma actualmente vigente, aunque ha sufrido alguna modificación, y así, en concreto, el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de Medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud. Finalmente la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo único modifica, mínimamente, algún artículo de la Ley de 2006, y amplía a otros profesionales sanitarios, como enfermeros y podólogos, la facultad de ordenar la prescripción de determinados medicamentos y productos sanitarios, por lo que ya no serán únicamente los médicos y odontólogos los prescriptores o autorizadores de la dispensación de medicamentos y otros productos sanitarios, como recogía el artículo 77 de la Ley de 2006.

Asimismo, debemos destacar la promulgación de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, así como la reciente publicación del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica.

Interesa citar aquí también la transposición parcial de la Directiva Europea Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de

2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, que se ha llevado a cabo en España y que ha sido recogida en el Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano, norma esta que deroga el Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regula los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos.

Una vez mencionada sucintamente, la regulación en materia de medicamentos actual, conviene detenerse la definición legal de «medicamento», de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 7. 1): «Solo serán medicamentos los que se enumeran a continuación: *a)* Los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial; *b)* Las fórmulas magistrales; *c)* Los preparados oficinales; *d)* Los medicamentos especiales previstos en esta Ley. 2. Tendrán el tratamiento legal de medicamentos a efectos de esta Ley y de su control general las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales».

Por lo tanto, un medicamento podrá provocar daños en el paciente que los consume o los usa, siendo por tanto esta responsabilidad civil[23] regulada por el Derecho del Consumo, caso en que el paciente sea considerado consumidor y usuario, debiendo en este caso acudir al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU)[24] para analizar su ámbito de aplicación y cuándo y en qué supuestos estamos ante un consumidor y usuario al que se le ha producido o ha sufrido un daño ocasionado por estos bienes, en concreto, medicamentos[25].

Es más, si el paciente finalmente es considerado consumidor y el medicamento se incluye en la definición de «producto» a los efectos de esta norma, y si para concluir se trata de un daño producido por un defecto en este producto, la regulación aplicable será el Libro III «Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos» (arts. 128 a 149) del TRLCU. Por lo tanto, serán variadas y distintas las cuestiones para que resultase de aplicación esta regulación dado un supuesto de daño resarcible ocasionado por un medicamento.

En definitiva, con carácter previo, analizaremos quién es considerado consumidor y usuario, para después valorar cuándo estamos ante un «producto defectuoso», y así podremos considerar si se aplica aquella norma específica cuando exista una responsabilidad civil ocasionada por un producto defectuoso.

La definición de producto a los efectos de este capítulo, que no es otro que el Primero intitulado «Daños causados por productos», dentro del Título II «Disposiciones específicas en materia de responsabilidad», la encontramos en el artículo 136 del TRLCU. Y así producto[26] será cualquier bien mueble[27], aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad. Será, por tanto, un bien mueble, aunque se amplía a los denominados bienes inmuebles por incorporación, que esta específica norma mantiene que son también muebles[28].

En suma, los productos farmacéuticos, ya sean medicamentos o productos sanitarios, al considerarse bienes muebles y no estar expresamente excluidos por la norma, se incluyen en la noción de producto a los efectos de la disposición, resultando de aplicación la regulación allí recogida.

Ahora bien, en el artículo 137 del TRLCU se recoge el concepto de «producto defectuoso» que será «aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación». En todo caso, el producto será defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. En la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRCPD)[29] se recogió el criterio de la «expectativa de seguridad» (siguiendo el criterio contenido en la Directiva), y así ya en su Exposición de Motivos estableció que «la determinación del carácter defectuoso de un producto debe hacerse en función no de la ineptitud del producto para su uso, sino de la falta de seguridad que el gran público puede legítimamente esperar».

Por tanto, en función de lo que el público —el consumidor o usuario medio— puede esperar, al ser la expectativa de seguridad medida con criterios objetivos (y no con los propios y subjetivos del sujeto dañado), se determinará si ha habido un riesgo en la seguridad o no[30]. En realidad, es más bien de un defecto de fabricación, siendo necesario que exista un defecto y que este, a su vez, produzca un daño probado para que sea un producto defectuoso. En relación con el producto, el defecto[31] podrá deberse a cualquiera de los tres tipos de defecto que se pueden dar: de fabricación, de diseño o de información.

Tras comprobar la existencia de un producto defectuoso que ha producido un daño indemnizable, recuerda el artículo 128 del TRLCU que las indemnizaciones que puedan corresponder al perjudicado —o víctima según este texto normativo—, son perfectamente compatibles con el ejercicio de otro tipo de acciones que pudieran corresponderle para resarcir y obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, incluidos los morales, originados en una responsabilidad contractual ante una falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, siendo igualmente compatible con la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar en virtud de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

En el caso de los medicamentos, el hecho de que este produzca efectos adversos, y todos los medicamentos pueden producirlos, incluidos el ácido acetilsalicílico o el paracetamol, para combatir unos dolores de cabeza, por ejemplo, no por ello, deben ser considerados defectuosos; aunque sí podrá serlo si un medicamento no va acompañado de un prospecto que recoja la debida información sobre sus posibles efectos o su uso, como estableció la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de abril de 2008.

IV. CONCLUSIONES

I. En nuestra sociedad actual un consumidor o usuario que esté bien informado, de un modo completo, podrá valorar si un determinado producto o servicio es conveniente para su uso y bienestar, si le compensa su consumo comparando los beneficios que le podrá ocasionar con el posible riesgo de su consumo, siempre que lo conozca, claro está, los conocidos efectos adversos o secundarios de los medicamentos. El prospecto, por lo tanto, deberá contener las contraindicaciones (para valorar si en su caso puede ingerirlo), la dosis y tratamiento del medicamento. Toda esta información deberá estar a disposición del paciente y facultativos para así poder valorar todas estas cuestiones, y por lo tanto, en el prospecto y en la ficha técnica del producto, será donde se recoja toda esta información,

que así podrá ser conocida por los médicos prescriptores del medicamento. Sin una información completa es muy probable que el medicamento pueda producir efectos indeseados (y, peor aún, desconocidos) en el paciente, provocados por la ingesta del medicamento en cuestión que no recogía tales extremos, por lo que no se pudo actuar de un modo correcto durante el tratamiento. Estos daños, lógicamente, deberán ser indemnizados si se demuestra la relación de causalidad entre el consumo del medicamento y el daño producido. Cuestión esta que no siempre ha quedado convenientemente acreditada y probada por las pacientes en los pleitos que hemos tenido ocasión de analizar y estudiar, de ahí que no en todos los supuestos nuestros tribunales hayan dado la razón a la parte actora en esta pretensión, a pesar de que en diversas ocasiones nuestros tribunales han establecido que la información del prospecto era incompleta, por tanto defectuosa, y aún así se debía probar la relación de causalidad entre el daño y la ingesta del medicamento cuyo prospecto era incompleto y no incluía esos posibles efectos adversos que de haber sido conocidos por el médico y la paciente, es muy probable (por no decir seguro, en muchos casos) que la paciente seguramente por sus circunstancias, historial médico, y valoración de los beneficios y riesgos que conlleva el consumo del medicamento, no lo habría consumido.

II. Por lo tanto, en el ámbito farmacéutico, la información debe llegar al consumidor de un modo total y correcto, a través del prospecto[32], o mediante un etiquetado[33] y envase[34] completo. En este prospecto, como ya hemos mencionado y ahora recalcamos, se incluirán la utilización y posología, los posibles efectos secundarios o adversos, las contraindicaciones (o cuándo el producto es incompatible con otras enfermedades), cómo actuar en caso de intoxicación... Igualmente, la información del producto farmacéutico deberá ser conocida por los médicos que, al estudiar la sintomatología del paciente, recomienden y receten el medicamento a su paciente. Esta información se recogerá también en la ficha técnica[35] del producto, que deberá ser estudiada y conocida por estos profesionales a la hora de valorar en cada caso concreto los síntomas del enfermo en cuestión así como su historial clínico, para en definitiva recomendarle y recetarle el medicamento adecuado e indicado para su sintomatología.

III. En estas sentencias dictadas sobre el medicamento Agreal®, comercializado en España desde 1983 hasta su retirada en 2005, y cuyo prospecto no fue actualizado durante veinte años, casi lo que dura el tiempo de su comercialización cuando en otros países europeos se incluyeron más datos en sus prospectos, incluidos los efectos adversos, cuestión esta que nos parece un tanto injusta y que provoca cierta desprotección de las usuarias españolas que se encontrarían por lo tanto en una posición de desventaja informativa frente al resto de europeas. Consideramos que el prospecto a nivel europeo tenía que haber sido el mismo, y si en algún país contenía una mayor información, debería haberse añadido e informado al resto de Agencias Nacionales de Medicamentos y Productos Sanitarios para que los prospectos fueran idénticos, con independencia de la fecha de comercialización del producto, porque lo que verdaderamente interesa es que si se publica con posterioridad un prospecto más completo a la vista de los posibles efectos adversos o conteniendo una duración recomendable del tratamiento, esta información que consideramos importante y que podía haber ahorrado, probablemente, muchas reclamaciones posteriores, debería haberse proporcionado a las autoridades competentes. En todas las sentencias de la Audiencia Nacional en las que se reclama una responsabilidad patrimonial a la Administración y al laboratorio por los daños sufridos por el medicamento que después fue retirado del comercio, en todas se desestiman las reclamaciones de

las pacientes, no considerando incorrecta la actuación administrativa realizada. Por su parte, el Tribunal Supremo ha dado la razón a las pacientes afectadas por la ingesta de este producto, y ha considerado que la información contenida en el prospecto así como en la ficha técnica era insuficiente y no contenían todos los posibles efectos adversos que el producto podía ocasionar en las pacientes. De ahí que finalmente se haya estimado la existencia de responsabilidad del laboratorio que comercializa el producto, y en los casos concretos en los que se ha demostrado y probado a través de informes periciales la relación de causalidad entre la ingesta del producto y los daños causados, el laboratorio deberá resarcir tales daños a través de una indemnización pecuniaria, como estableciera la sentencia recurrida.

V. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA CITADA

Almagro Nosete, J. (2012): «El prospecto defectuoso del medicamento», en *Diario La Ley,* núm. 7953, 29 de octubre.

Botana García, G. (2010): «Improcedencia de indemnización por los daños derivados de la ingesta de medicamento autorizado y posteriormente retirado del mercado por reacciones adversas. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 3.ª) de 28 de octubre de 2009. Práctica de Derecho de Daños», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* núm. 78, enero.

— (2007): «Daños causados por un medicamento. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 47) de 2 de abril de 2007». Ponente: señora Fans Rodríguez. *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 52, septiembre, Editorial La Ley.

Calvo Antón, M. (1994): «La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, págs. 31-55.

Donado Vara, A. (2012): «Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios: el derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3435-3666.

— (2011): «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en Collantes González (dir.), Yáñez Vivero y Trigo García (coords.), *Derecho de daños: Una perspectiva contemporánea,* Lima, Montivensa (págs. 199-216).

— (2010): «Medicamentos, parafarmacia y productos para personas mayores en situación de dependencia: cuestiones sobre responsabilidad civil», en Lasarte Álvarez, Moretón Sanz (dirs.), López Peláez, Pous de la Flor (coords.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores*, Madrid, Colex, 2010 (págs. 235-270).

Escudero Herrera, C. (2007): «Consideraciones jurídicas generales en el Caso Agreal», en *Diario La Ley,* número de 28 de diciembre.

Lasarte Álvarez, C. (2013): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, Dykinson, 5.ª ed.

Moretón Sanz, M.ª F. (2012): «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso *versus* vis residual de la jurisdicción civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 731, 2012, págs. 1706 a 1738.

RAMOS GONZÁLEZ, S. (2013): «Consentimiento informado y defecto de información en el caso Agreal®», en *Addenda-Noticias Jurídico Económicas* (UPF), invierno (6), págs. 1-24.

— (2005): «Responsabilidad civil por medicamento: el defecto del diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.», en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, núm. 2.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S. (1997): *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Pamplona, Aranzadi.

ROGEL VIDE, C. (2012): «Daños determinantes de responsabilidad médica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, págs. 29-46.

— (2008): «Culpa y responsabilidad civil extracontractual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, págs. 111-132.

— (2008): «Culpa y responsabilidad civil extracontractual (Apuntes para un debate inconcluso)», en GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias,* vol. 2. Pamplona, Aranzadi (págs. 1799-1818).

— (1999): «Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, págs. 595-612.

RUIZ JIMÉNEZ, J. (2008): «El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, marzo, págs. 942-949.

SALVADOR CODERCH, P.; PIÑEIRO SALGUERO, J., y RUBÍ PUIG, A. (2003): «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (Law enforcement)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. IV.

SARRATO MARTÍNEZ, L. (2008): «La responsabilidad por productos farmacéuticos: el "caso Agreal®"». A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007, Juicio Ordinario número 467/06-5.ª Ponente: doña Marta MONTAÑÉS DELMÁS, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 755.

— (2007): La responsabilidad civil del laboratorio fabricante de medicamentos: el caso Agreal®», en *Diario La Ley,* núm. 6745, de 28 de junio.

TEJEDOR MUÑOZ, L. (2007): «La responsabilidad por medicamentos defectuosos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre, págs. 2755-2766.

WEBGRAFÍA CITADA

http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/seguridad/2005/NI_2005-11_veraliprida.htm; http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/seguridad/2005/NI_2005-15_agreal.htm

http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/referrals/Agreal/human_referral_000113.jsp&mid=WC0b01ac05805c516f

http://www.ema.europa.eu/docs/es_ES/document_library/Referrals_document/Agreal_31/WC500011915.pdf

VI. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

- STS de 18 de junio de 2013.
- STS de 25 de marzo de 2013.
- STS de 6 de junio de 2012.
- STS de 28 de mayo de 2012.
- STS de 17 de junio de 2011.

AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO CONTENCIOSO (SECCIÓN 4.ª)

- SSAN de 23 de septiembre de 2009 (núm. de recurso: 283/2009; 238/2007; 292/2007; 235/2007; 243/2007; 311/2007; 349/2007; 323/2007).
- SSAN de 30 de septiembre de 2009 (núm. de recurso: 218/2007 y 137/2007).
- SSAN de 7 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 224/2007; 277/2007; 233/2007; 301/2007).
- SSAN de 14 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 302/2007; 239/2007; 229/2007; 245/2007).
- SSAN de 21 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 231/2007; 193/2007; 165/2007; 350/2007; 280/2007).
- SSAN de 28 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 275/2007; 236/2007; 312/2007; 242/2007; 270/2007).
- SSAN de 4 de noviembre de 2009 (núm. de recurso: 274/2007; 234/2007; 248/2007).
- SAN de 11 de noviembre de 2009.
- SAN de 18 de noviembre de 2009.
- SSAN de 25 de noviembre de 2009 (núm. de recurso: 286/2007; 190/2007 246/2007).
- SAN de 2 de diciembre de 2009.
- SSAN de 9 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 247/2007; 244/2007; 241/2007).
- SSAN de 16 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 307/2007; 288/2007).
- SAN de 23 de diciembre de 2009.
- SSAN de 29 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 240/2009; 237/2007; 289/2007; 287/2007).
- SSAN de 20 de enero de 2010 (núm. de recurso: 348/2007; 188/2007).
- SSAN de 3 de febrero de 2010 (núm. de recurso: 246/2007; 71/2008).
- SAN de 17 de febrero de 2010.
- SAN de 24 de febrero de 2010.
- SSAN de 17 de marzo de 2010 (núm. de recurso: 238/2008; 186/2007).
- SSAN de 21 de abril de 2010 (núm. de recurso: 271/2007; 228/2007).
- SAN de 5 de mayo de 2010.
- SAN de 19 de mayo de 2010.
- SAN de 14 de julio de 2010.
- SSAN de 29 de septiembre de 2010 (núm. de recurso: 243/2009; 38/2009).
- SAN de 2 de febrero de 2011.
- SSAN de 16 de marzo de 2011 (núm. de recurso: 23/2010; 63/2010).
- SAN de 23 de marzo de 2011.
- SAN de 30 de marzo de 2011.

- SSAN de 6 de abril de 2011 (núm. de recurso: 62/2010; 26/2010).
- SAN de 4 de mayo de 2011.
- SAN de 11 de mayo de 2011.
- SSAN de 25 de mayo de 2011 (núm. de recurso: 105/2010; 27/2010).
- SAN de 15 de junio de 2011.
- SAN de 22 de junio de 2011.
- SSAN de 29 de junio de 2011 (núm. de recurso: 55/2010; 320/2009).
- SAN de 6 de julio de 2011.
- SAN de 20 de julio de 2011.
- SSAN de 27 de julio de 2011 (núm. de recurso: 51/2010; 54/2010).
- SAN de 21 de septiembre de 2011.
- SAN de 28 de septiembre de 2011.
- SSAN de 5 de octubre de 2011 (núm. de recurso: 64/2010; 25/2010).
- SAN de 12 de octubre de 2011.
- SAN de 2 de noviembre de 2011.
- SAN de 7 de diciembre de 2011.
- SAN de 2 de octubre de 2013.

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

- SAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 7 de junio de 2012.
- SAP de Barcelona (Sección 11.ª), de 14 de septiembre de 2011.
- SAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 11 de febrero de 2010.
- SAP de Barcelona (Sección 1.ª), de 12 de mayo de 2009.
- SAP de Barcelona (Sección 19.ª), de 20 de marzo de 2009.
- SAP de Barcelona (Sección 1.ª), de 16 de marzo de 2009.
- SAP de Barcelona (Sección 17.ª) de 18 de abril de 2008 (núm. 205/2008).
- SAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 18 de abril de 2008 (núm. 207/2008).
- SAP de Barcelona (Sección 19.ª), de 16 de noviembre de 2007.
- SAP de Barcelona, de 13 de junio de 2005.

SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA/DE LO MERCANTIL

- SJPI, número 54 de Barcelona, de 1 de octubre de 2010.
- SJPI, número 7 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2008.
- SJPI, número 6 de Barcelona, de 1 de septiembre de 2008.
- SJM, número 6 de Barcelona, de 11 de febrero de 2008.
- SJPI, número 3 de Barcelona, de 3 de julio de 2007.
- SJPI, número 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007.
- SJPI, número 48 de Barcelona, de 2 de abril de 2007.
- SJPI, número 56 de Barcelona, de 23 de abril de 2007.
- SJPI, número 12 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006.

NOTAS

[1] Vid. de la autora de estas líneas, la aportación más general en materia de medicamentos y productos sanitarios, titulada «Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios: el derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios», en *RCDI*, núm. 734, 2012, págs. 3435 a 2666.

[2] Numerosas han sido ya las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª), en las que en todas ellas se desestima una pretendida reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y del laboratorio Sanofi Aventis, S. A., titular de la autorización de comercialización solicitada por las pacientes basada en la relación de casualidad existente entre la ingesta del medicamento posteriormente retirado y los daños y perjuicios provocados, absolviéndose por tanto ambos codemandados, en su caso, Administración y laboratorio. Y así, como se puede ver muchas son las sentencias promulgadas hasta la fecha que comienzan con la de fecha 23 de septiembre de 2009 (núm. de recurso: 283/2009; 238/2007; 292/2007; 235/2007; 243/2007; 311/2007; 349/2007; 323/2007); 30 de septiembre de 2009 (núm. de recurso: 218/2007 y 137/2007); 7 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 224/2007; 277/2007; 233/2007; 301/2007); 14 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 302/2007; 239/2007; 229/2007; 245/2007); 21 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 231/2007; 193/2007; 165/2007; 350/2007; 280/2007); 28 de octubre de 2009 (núm. de recurso: 275/2007; 236/2007; 312/2007; 242/2007; 270/2007); 4 de noviembre de 2009 (núm. de recurso: 274/2007; 234/2007; 248/2007); 11 de noviembre de 2009; 18 de noviembre de 2009; 25 de noviembre de 2009 (núm. de recurso: 286/2007; 190/2007 246/2007), 2 de diciembre de 2009; 9 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 247/2007; 244/2007; 241/2007); 16 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 307/2007; 288/2007); 23 de diciembre de 2009; 29 de diciembre de 2009 (núm. de recurso: 240/2009; 237/2007; 289/2007; 287/2007); 20 de enero de 2010 (núm. de recurso: 348/2007; 188/2007); 3 de febrero de 2010 (núm. de recurso: 246/2007; 71/2008); 17 de febrero de 2010; 24 de febrero de 2010; 17 de marzo de 2010 (núm. de recurso: 238/2008; 186/2007); 21 de abril de 2010 (núm. de recurso: 271/2007; 228/2007), 5 de mayo de 2010; 19 de mayo de 2010; 14 de julio de 2010; 29 de septiembre de 2010 (núm. de recurso: 243/2009; 38/2009); 2 de febrero de 2011; 16 de marzo de 2011 (núm. de recurso: 23/2010; 63/2010); 23 de marzo de 2011; 30 de marzo de 2011; 6 de abril de 2011 (núm. de recurso: 62/2010; 26/2010); 4 de mayo de 2011; 11 de mayo de 2011; 25 de mayo de 2011 (núm. de recurso: 105/2010; 27/2010); 15 de junio de 2011; 22 de junio de 2011; 29 de junio de 2011 (núm. de recurso: 55/2010; 320/2009); 6 de julio de 2011; 20 de julio de 2011; 27 de julio de 2011 (núm. de recurso: 51/2010; 54/2010); 21 de septiembre de 2011; 28 de septiembre de 2011; 5 de octubre de 2011 (núm. de recurso: 64/2010; 25/2010); 12 de octubre de 2011; 2 de noviembre de 2011; 7 de diciembre de 2011; 2 de octubre de 2013.

[3] Vid. la Nota Informativa de la AEMPS y su continuación: http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/seguridad/2005/NI_2005-11_veraliprida.htm; http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/seguridad/2005/NI_2005-15_agreal.htm

[4] En la página web de la Agencia Europea de Medicamentos puede verse la ficha del medicamento Agreal®, con los datos médicos y recomendaciones para su prescripción, qué es la veraliprida, así como toda la documentación, datos y conclusiones de la AEM sobre este medicamento, así como las recomendaciones para su retirada. http://www.ema.europa.eu/ema/index.jsp?curl=pages/medicines/human/referrals/Agreal/human_referral_000113.jsp&mid=WC0b01ac05805c516f

[5] El procedimiento de remisión se inició el 21 de septiembre de 2006. El titular de la autorización de la comercialización presentó alegaciones escritas el 4 de enero de 2007 y alegaciones verbales el 20 de junio de 2007. El Dictamen puede verse en: http://www.ema.europa.eu/docs/es_ES/document_library/Referrals_document/Agreal_31/WC500011915.pdf

[6] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

[7] Así, a modo de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de junio de 2005, en la que se desestima el recurso de apelación de la demandada, una empresa que vendía semillas a la empresa que las trasplantaba para a continuación revenderlas. La Audiencia Provincial entiende que ha habido un defecto en la información, dado que en el etiquetado del producto, concretamente, en el apartado «dosis y modo de empleo» las dosis apropiadas dieron lugar a la pérdida de los semilleros. En este caso convivían dos etiquetas con distintas dosis de utilización para la misma finalidad.

[8] Es interesante ver el punto de vista de los abogados del laboratorio farmacéutico que comercializaba este producto, sobre todo, por la consideración de que la jurisdicción civil no es competente para determinar o no la adecuación de un prospecto a la legalidad administrativa vigente, sino, como consideran ellos, para enjuiciar si un determinado daño trae causa o no de un concreto defecto del producto en cuestión —vid. ESCUDERO HERRERA, C. (2007), «Consideraciones jurídicas generales en el caso Agreal®», en *Diario La Ley,* número de 28 de diciembre—.

[9] Para SARRATO MARTÍNEZ, que analiza esta sentencia y la del Juzgado de Primera Instancia, número 21 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006, señala que en las mismas quedó debidamente acreditado que el prospecto era defectuoso al existir omisiones de información. Igualmente, recoge que es necesario actualizar el prospecto de acuerdo con los conocimientos científicos de cada momento, por lo que en este caso es evidente que el prospecto no fue actualizado. Finalmente, concluye: «a diferencia de la responsabilidad médica, la derivada de productos farmacéuticos es de carácter objetivo, con lo cual está al margen la culpabilidad de la empresa fabricante y solo exige la prueba del daño y su relación de causalidad con el uso del producto» —(2007), «La responsabilidad civil del laboratorio fabricante de medicamentos: el caso Agreal®», en *Diario La Ley*, núm. 6745, de 28 de junio—. Analiza también esta sentencia BOTANA GARCÍA, y concluye señalando que «al Tribunal lo que le interesó no fue el ilícito administrativo, sino el civil», dado que el laboratorio no vulneró la normativa administrativa sanitaria, dado que solicitó la renovación del prospecto y la aprobación de la ficha técnica —vid. (2007), «Daños causados por un medicamento. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (núm. 47) de 2 de abril de 2007». Ponente: señora FANS RODRÍGUEZ, *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros,* núm. 52, septiembre—. BOTANA GARCÍA también analiza la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala 3.ª, de 28 de octubre de 2009, en la que una demandante consumidora de este medicamento pretendía, en concepto de responsabilidad patrimonial, que se le indemnizara con 300.000 euros, por haber sufrido unos efectos secundarios no contemplados en el prospecto y que fueron debidos a su ingesta. Solicita esta responsabilidad patrimonial al considerar que existió un anormal funcionamiento de la Administración sanitaria que permitió la comercialización de ese prospecto y la autorización de ese medicamento. Finalmente, la Audiencia desestima su pretensión debido a las actuaciones correctas de la Administración, y también porque se acreditó que el daño que ella imputaba a la ingesta del medicamento, que eran episodios de depresión, ya venía sufriéndolos de forma intermitente años antes de que comenzara el tratamiento con Agreal® —vid. (2010), «Improcedencia de indemnización por los daños derivados de la ingesta de medicamento autorizado y posteriormente retirado del mercado por reacciones adversas. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala 3.ª), de 28 de octubre de 2009», en *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad civil y seguros,* núm. 78, enero—.

[10] Vid. El comentario realizado por TEJEDOR MUÑOZ a las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006 y de 2 de abril de 2007, relativas a este medicamento y sus efectos adversos —vid. (2007), «La responsabilidad por medicamentos defectuosos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre, págs. 2755-2766—.

[11] En el Fundamento de Derecho número cuarto se recogen las siguientes conclusiones de las sentencias anteriores que hace suyas el Tribunal Supremo y que nos parece interesante recoger aquí: «Sin duda, el hecho de que el prospecto resulte incompleto, no tiene en principio que ver con que las reacciones adversas no previstas en el mismo se produzcan necesariamente al consumir el medicamento. Si existiera la absoluta certeza de que, al tomar el fármaco, se sufrirían unas determinadas reacciones adversas, el problema excedería del ámbito en que se plantea la reclamación. Cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal®, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) en 20 de mayo de 2005 (efectiva el día 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de

las reacciones adversas como de la eficacia del medicamento. Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario, y es lo cierto, y así lo avalan las pruebas que valoran las sentencias, que Agreal® producía unos efectos adversos (trastornos extrapiramidales; síndrome de retirada), que no estaban incluidos en el prospecto con el cual era comercializado ni tampoco estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación y su tratamiento. Tampoco la duración del tratamiento viene especificada, puesto que solo se dice que las curas de veinte días *"pueden retomarse tras diez días de descanso, y según dictaminaron varios peritos, a partir de los estudios realizados acerca del medicamento, el tiempo límite de ingesta debiera ser de seis meses, como máximo (señor Esteban) y de tres a seis meses, durante los cuales van desapareciendo los síntomas vasomotores invalidante asociados a las manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada (señor Rabasco)"*. Finalmente, la sentencia valora otro dato de especial significación, como es el que resulta de la simple comparación entre el mismo y la propuesta de prospecto que, adecuado a la Circular 2/2000 sobre legibilidad, la demandada presentó ante la AEMPS, en fecha 19 de abril de 2002, junto con una propuesta de ficha técnica, para su aprobación, sin haber tenido respuesta alguna, hasta que, el día 24 de septiembre de 2004, se dirigió comunicación a la demandada por la AEMPS en el sentido de que se iba a proceder a reevaluar la relación beneficio-riesgo del medicamento (en prueba testifical, la AEMPS indicó que la solicitud de ficha técnica no fue finalmente resuelta al haber sido anulada la autorización de comercialización del medicamento) tras revisar la información sobre la seguridad clínica del principio activo y haber detectado, entre otras reacciones adversas, la aparición de varios casos de reacciones de retirada con Veraliprida clínicamente relevantes».

[12] Vid. El comentario que realiza Almagro Nosete de esta sentencia, en (2012), «El prospecto defectuoso del medicamento», en *Diario La Ley*, núm. 7953, de 29 de octubre.

[13] Sobre esta sentencia, véase el comentario de Sarrato Martínez (2008), «La responsabilidad por productos farmacéuticos: el "caso Agreal®". A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007, Juicio Ordinario número 467/06-5.ª, Ponente: doña Marta Montañés Delmás», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 755.

[14] Y así lo recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 12 de mayo de 2009: «Planteado el debate en esta alzada en los términos referidos en el número anterior, es de observar que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión ahora nuevamente suscitada en el rollo número 814/2007, declarando en el fallo de la sentencia entonces dictada, de fecha 16 de marzo de 2009, "que el prospecto con el que fue comercializado en España el fármaco Agreal® no informaba de la totalidad de los efectos secundarios que podían derivarse de su ingesta", por lo que ya podemos adelantar que no otra será la conclusión de esta sentencia. En consecuencia, basta con remitirnos a lo argumentado en aquella sentencia para confirmar la resolución apelada en la medida en que las pruebas practicadas en uno y otro proceso, en lo que se refiere a la suficiencia del prospecto, son las mismas, y, por tanto, no otra puede ser la respuesta de la Sala».

[15] En el Antecedente de Hecho número cuatro de la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, que cita la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 12 de mayo de 2009, que a su vez remite y cita la sentencia dictada por esa misma sala de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de marzo de 2009.

[16] En este sentido, cita las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2008; 27 de mayo de 2009; 29 de mayo de 2008; 20 de noviembre de 2008; 4 de marzo de 2010 y 8 de abril de 2011.

[17] Cita los Autos del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2002 y 21 de diciembre de 2004.

[18] Continúa señalando el Tribunal Supremo en esta sentencia: «En consecuencia, la cuantía no alcanza la exigida por el artículo 477.2.2.ª LEC para acceder al recurso de casación, lo que supone, en aplicación de la Disposición Final 16.ª, 1 LEC, la imposibilidad de

formular recurso extraordinario por infracción procesal, y la concurrencia de la causa de no-admisión prevista en el artículo 473.2.1.º, en relación con la Disposición Final 16.ª, 1, regla 2.ª, LEC, que se convierte en este momento procesal en causa de desestimación (SSTS de 13 de febrero de 2009, RC núm. 2/2001, de 31 de enero de 2011, RIP núm. 1916/2007), y no obsta que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión pronunciada inicialmente por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (STS de 18 de febrero de 2011, RIPC núm. 2005/2006)».

[19] Critica RAMOS GONZÁLEZ tanto esta sentencia de la Sección 11.ª de Barcelona de 2011, cuanto la sentencia de la Sección 17.ª, de 7 de junio de 2012, en las que se condena al laboratorio al pago de 3.000 € a las demandantes en concepto de daño moral autónomo por la falta de información del medicamento, a pesar de no haber acreditado suficientemente la relación de causalidad entre la ingesta y los daños psicológicos o neurológicos provocados por el consumo del fármaco. En su opinión, «la principal crítica que merecen los sentencias de la AP de Barcelona citadas es que presumen la realidad del daño moral en todos los en que la paciente ha acreditado un consumo suficiente del medicamento, incluso cuando, según la prueba practicada, existía, por razones cronológicas o clínicas, prueba negativa de la relación de causalidad entre el consumo y los daños alegados» —(2013), «Consentimiento informado y defecto de información en el caso Agreal®», en *Addenda-Noticias Jurídico Económicas* (UPF), invierno, pág. 16—.

[20] Sostiene el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico número 4 de esta sentencia, de 18 de junio de 2013: «No es por tanto viable la respuesta a un recurso carente de indicación de la norma sustantiva infringida, ni menos aún reconducir el debate casacional, retomando lo expuesto en recursos anteriores, a un contexto "del débil contra el fuerte", anclado en "tópicos" construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor que, por el contrario, se tiene en cuenta para impedir recursos como el planteado. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia o de un recurso de apelación, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa, alguna inaplicable por razón del momento en que tuvieron lugar los hechos, como el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la Defensa de consumidores y usuarios. Otras ni siquiera se mencionan, como la que sirve de argumento de condena, lo que impide entrar con detalle en sistema de responsabilidad y en los presupuestos derivados de la normativa europea sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos. Esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no fuera porque el fondo del asunto se refiere a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar pues difícilmente pueden encajarse los hechos que la sentencia declara probados en la normativa que cita desordenadamente en los motivos y cuyo fin último, parece olvidar, es la protección de la salud y el respeto de los derechos de los pacientes».

[21] El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico número 6, de esta sentencia de 18 de junio de 2013, mantiene: «El motivo se desestima por razones obvias, pues junto a una simple cuestión de hecho, y no de valoración jurídica, se plantea si es o no resarcible el daño moral al amparo de la Ley 22/1994 cuyo ámbito de protección —art. 10— comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños materiales causados en las cosas con la franquicia para este último caso de 65.000 pesetas. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general, señalando en el artículo 15 que las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. Es decir, el artículo 10 (en la actualidad los arts. 128 —que mantiene la referencia a los daños morales— y 129 —en el que han desaparecido— del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), integra los daños morales como objeto de una posible reclamación. En cualquier caso, el daño moral que se indemniza se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños».

[22] La Ley 29/2006 recoge las Directivas europeas que afectan a esta materia del sector farmacéutico, siendo por tanto necesario incorporar los dictados europeos a nuestra legislación interna. Y así, en concreto, en la Ley de 2006 se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE, por la que se establece un Código Comunitario sobre medicamentos veterinarios. Además, también se asegura la armonización de nuestra normativa con el Reglamento (CE), núm. 726/2004, por el que se establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos. También se regulan los productos sanitarios, pero ahora nos interesa conocer el significado de medicamento y cuando un medicamento puede ser calificado de producto defectuoso.

[23] Sobre responsabilidad civil farmacéutica, que engloba medicamentos y productos sanitarios que causan daños, su regulación legislativa y análisis de jurisprudencia en esta materia, vid. también nuestros trabajos, Donado Vara, «Responsabilidad civil…», en *RCDI*, núm. 734, 2012, págs. 3435-3666, así como (2011), «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en Collantes González (dir.), Yáñez Vivero y Trigo García (coords.), *Derecho de daños: Una perspectiva contemporánea,* Lima, Montivensa (págs. 199-216), y también (2010), «Medicamentos, parafarmacia y productos para personas mayores en situación de dependencia: cuestiones sobre responsabilidad civil», en Lasarte Álvarez, Moretón Sanz (dirs.), López Peláez, Pous de la Flor (coords.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores,* Madrid, Colex, 2010 (págs. 235-270).

[24] Varios artículos de esta norma han sido modificados por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

[25] En principio habrá que acudir a los artículos 2 y 3 de la norma, y así se dispone en ellos: Artículo 2: «Ámbito de aplicación. Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Y en su artículo 3: «Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». En los Libros Tercero y Cuarto se recoge la «Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos» y «Viajes combinados».

[26] Con estas normas, como acertadamente sostiene Rodríguez Llamas, «el elemento determinante de la responsabilidad deja de ser el comportamiento del fabricante como tal, centrándose sobre la cualidad defectuosa del producto» —(1997), *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Pamplona, Aranzadi, pág. 161—.

[27] Las materias primas agrarias, ganaderas y de la caza y pesca estarán excluidas del ámbito de aplicación si no están sometidas a un proceso de transformación inicial. Los productos artesanales también están incluidos, a pesar de no estar sujetos a una producción mecanizada o en serie. Igualmente la sangre y los hemoderivados utilizados con fines terapéuticos son calificados de medicamentos, por lo cual, son productos y les afecta esta norma.

[28] A diferencia del criterio general del Código Civil que en su artículo 334 establece la norma inversa, esto es, que será inmueble «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto». Para una mejor comprensión del Derecho del consumo puede consultarse la obra de mi maestro, Lasarte Álvarez, C. (2013), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, Dykinson, 5.ª ed.

[29] Estamos de acuerdo con Rogel Vide cuando no entiende cómo en esta Ley, en su artículo 5, el perjudicado tenía que probar —*probatio diabólica*— según sus palabras, tanto el defecto, el daño y la relación de causalidad existente entre ambos. Tampoco entiende

que según el artículo 6.1*.e)* se establezca como causa de exoneración de la responsabilidad la prueba de que «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación de un producto no permitía apreciar la existencia del defecto», porque en sus palabras, «una cosa es no poder apreciar la existencia dicha y otra, paladina, que el defecto existe». El artículo 9 de esta ley también debería prescindirse de lo allí mantenido, dado que «la posibilidad de que, en presencia de culpa de la víctima, se suprima la responsabilidad del fabricante o importador del producto defectuoso —posibilidad desafortunada, más allá de la compensación de culpas— es de origen anglosajón y se corresponden con la doctrina llamada *contributory negligence»,* doctrina abandonada en 1945, allí donde nació, en su opinión. Su afirmación de que si el fabricante, después de producido el daño, pone en el mercado un producto de la misma índole pero perfeccionado «no hay mejor prueba de lo defectuoso del producto anterior, en el propio sentir de quien lo fabrica», por lo que no estará de acuerdo con el artículo 3.3 de esta Ley. Igualmente, el artículo 3.1 de la Ley se inspira en la tesis inglesa del *consumer expectation*, tesis criticada y abandonada en su lugar de origen, por lo que habría que prescindir de referirse a las expectativas del consumidor («difíciles de identificar, si las hubiere», considera el profesor Rogel Vide), cuando se trata de determinar si un producto es o no defectuoso —vid. (2008), «Culpa y responsabilidad civil extracontractual (Apuntes para un debate inconcluso)», en J. Gómez Gálligo (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias,* vol. 2, págs. 1808 y 1809—. Igualmente, vid. del mismo autor, entre otros, trabajos publicados sobre esta materia de responsabilidad extracontractual: (1999), «Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, págs. 595 a 612; (2008), «Culpa y responsabilidad civil extracontractual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, págs. 111 a 132, y (2012), «Daños determinantes de responsabilidad médica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, págs. 29 a 46.

[30] Así lo establece Calvo Antón, quien considera que en la determinación de si un producto ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar habrá que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el producto y en su uso o consumo. En concreto, la presentación del producto, su información, el precio (a mayor precio se esperará mayor seguridad), lugar y forma de venta… En conclusión, todas las circunstancias que puedan concurrir en la formación de «la expectativa de fiabilidad son relevantes para determinar esa defectuosidad del producto consistente en no ofrecer la seguridad que cabría legítimamente esperar» —(1994), «La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, pág. 38—. Igualmente, vid. Ramos González, S. (2005), «Responsabilidad civil por medicamento: el defecto del diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.», en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, núm. 2.

[31] Un producto estará fabricado de un modo defectuoso si, como entendió Salvador Coderch, se aleja de su diseño pretendido, aun cuando se haya aplicado a su producción y fabricación un grado máximo de precauciones —vid. Salvador Coderch, P.; Piñeiro Salguero J., y Rubí Puig, A. (2002), «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho *(Law enforcement)*», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. IV, 53—. Asimismo, sobre la prueba de la relación de causalidad en un caso de un fallo de un marcapasos, vid. Ruiz Jiménez, J. (2008), «El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, marzo.

[32] En el artículo 15.3 de la Ley 29/2006, de Garantías y Uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se dispone sobre el prospecto que: «se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en

caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica».

[33] Sobre el etiquetado, establece la Ley 29/2006, de Garantías y Uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 15.4: «en el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen».

[34] Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se refiere en varios apartados al envase o embalaje de los medicamentos. Y así, en primer lugar, en el artículo 15.4, a continuación del contenido del etiquetado, dispone: «En cada embalaje figurarán codificados los datos del Código Nacional del Medicamento, el lote y unidad que permitan su identificación de forma individualizada por medios mecánicos, electrónicos e informáticos, en la forma que se determine reglamentariamente. En el embalaje deberá incluirse un espacio en blanco a rellenar por el farmacéutico donde este podrá describir la posología, duración del tratamiento y frecuencia de tomas». A continuación, en el apartado 5 de este artículo 15, recoge en relación con el envase: «A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación». Y en el apartado 6, dice: «Los medicamentos se elaborarán y presentarán de forma que se garantice la prevención razonable de accidentes, especialmente en relación con la infancia y personas con discapacidad. Los envases llevarán, en su caso, algún dispositivo de precinto que garantice al usuario que el medicamento mantiene la composición, calidad y cantidad del producto envasado por el laboratorio. Asimismo, los embalajes incluirán el símbolo autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a efectos de facilitar la aplicación y desarrollo del sistema de recogida de residuos de medicamentos y favorecer la protección del medio ambiente».

[35] Establece la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 15.2 que «la ficha técnica o resumen de las características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización».

1.7. Concursal Civil

La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti-desahucios

The tacit repeal of Royal Decree Law 27/2012 of 15 November, on urgent measures to increase the protection of mortgagors, by Chapter I (Suspension of evictions) of the Anti-eviction Law

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha derogado tácitamente el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, por el que se reguló la suspensión de los lanzamientos para deudores especialmente vulnerables. Pero su Capítulo I recoge tal medida, ampliando su ámbito de aplicación subjetivo, y modificando su ámbito de aplicación temporal. Además declara expresamente que la ejecución ordinaria posterior por la deuda pendiente tras la ejecución hipotecaria, no se suspenderá a pesar de la paralización del lanzamiento. Por otro lado, no establece diferencias entre deudores hipotecarios, a la hora de determinar los intereses moratorios a satisfacer por estos, por la deuda pendiente tras la ejecución hipotecaria. Finalmente, la norma prevé la creación de un fondo social de viviendas para deudores lanzados como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, por impago del préstamo hipotecario, siempre que se trate de personas que se encuentren en las circunstancias de vulnerabilidad social previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013, y que no pudieron beneficiarse de las medidas del Real Decreto-ley 27/2012, bien por haber sido lanzadas de las viviendas antes de su entrada en vigor o bien por tratarse de familias excluidas del ámbito de aplicación del mismo, pero que sin embargo sí cumplen los nuevos requisitos determinantes del ámbito personal de aplicación del capítulo I de la Ley 1/2013. También para el caso de deudores que se encuentren en otras circunstancias de vulnerabilidad social, cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto.

ABSTRACT: Law 1/2013 of 14 May has tacitly repealed Royal Decree Law 27/2012 of 15 November, which regulated the suspension of evictions for particularly-vulnerable mortgagors. But at Chapter I it envisages just such a measure, extending its subjective scope and amending the timeframe of application. Furthermore, it expressly declares that subsequent enforcement under ordinary circumstances for the outstanding debt following mortgage foreclosure shall not be suspended despite the eviction being halted. Meanwhile, it does not establish differences between mortgagors when it comes to determining the default interest they are to pay for the outstanding debt following mortgage foreclosure. Finally, the law envisages the creation of a social housing pool for mortgagors who have been evicted as a result of mortgage foreclosures arising from failure to repay the mortgage debt, provided that these persons are deemed to be in a situation of social vulnerability as envis-

aged at article 1 of Law 1/2013, and that they were not able to take advantage of the measures under Royal Decree Law 27/2012, either because they were evicted from their homes prior to its entry into force, or because they were families excluded from the scope of application of the said law, but who now do meet the new requirements concerning the personal scope of application of Chapter I of Law 1/2013. Also in the case of mortgagors who find themselves in other situations of social vulnerability, where the exceptional circumstances of the case justify this and are duly established.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria, suspensión de los lanzamientos, discapacitados, fondo social de viviendas.

KEY WORDS: Mortgage foreclosure, suspension of evictions, disabled persons, social housing pool.

SUMARIO: I. LA TÁCITA DEROGACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE Y EL CAPÍTULO I DE LA LEY ANTI-DESAHUCIOS, REGULADOR DE LA SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS.—II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL CAPÍTULO I DE LA LEY ANTI-DESAHUCIOS Y PRECEPTOS CONCORDANTES: 1. Ámbito de aplicación temporal. 2. Ámbito de aplicación personal. 3. Declaración expresa de la no suspensión de la ejecución ordinaria posterior e intereses moratorios reclamables en esta para el caso de deudor especialmente vulnerable. 4. El fondo social de viviendas.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA TÁCITA DEROGACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, Y EL CAPÍTULO I DE LA LEY ANTI-DESAHUCIOS, REGULADOR DE LA SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que entró en vigor el 15 de mayo de 2013 (Disp. Final 4.ª)[1], no prevé expresamente la derogación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, relativo a la suspensión de los lanzamientos en los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, en que se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actuase por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encontrasen en supuestos de especial vulnerabilidad y en determinadas circunstancias económicas. Pero hay que pensar que deroga tácitamente dicho Real Decreto-ley en cuanto establece una nueva regulación incompatible con la de aquel Real Decreto-ley.

En efecto, dicha norma preveía la suspensión de los lanzamientos durante dos años a contar desde su entrada en vigor, por lo tanto, de 16 de noviembre de 2012 a 16 de noviembre de 2014. Siendo aplicable la norma a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado antes del 16 de noviembre de 2012, y en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento (retroactividad de la norma prevista por su Disposición Transitoria Única), aunque también podrían lucrarse de tal beneficio los deudores hipotecarios afectados por ejecuciones hipotecarias iniciadas a partir del 16 de noviembre de 2012.

El artículo 1 de la Ley 1/2013, prevé que «hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley [15 de mayo de 2013], no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo». Estableciendo a su vez, la Disposición Transitoria primera que «esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma *en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento*». Tales procesos pueden ser anteriores o posteriores al 16 de noviembre de 2012, por lo que implícitamente hay que entender que la anterior regulación de la suspensión de los lanzamientos queda sustituida (y por lo tanto, derogada) por el Capítulo I de la Ley Antidesahucios (arts. 1 y 2). Si bien, los lanzamientos ya suspendidos con arreglo a lo previsto en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, se rigen por lo dispuesto en el mismo. Así en cuanto al periodo de suspensión[2].

II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL CAPÍTULO I DE LA LEY ANTIDESAHUCIOS Y PRECEPTOS CONCORDANTES

La Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 explica cómo el Capítulo I de la Ley se dedica a la regulación de la «suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida con carácter *excepcional y temporal*, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a *determinados colectivos*. En estos casos, la Ley, *sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria,* impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una *situación de especial vulnerabilidad* [art. 1.2 en relación con el art. 1.4.*b)*]. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos. De un lado, *los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tiene un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales o, finalmente, las víctimas de violencia de género.*

Asimismo, en las familias que se acojan a esta suspensión, *los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples*[3]. *Este límite se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes. Además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda [art. 1.3 en relación con el art. 1.4.*a) *de la Ley 1/2013].*

La alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatro años.

Finalmente, la inclusión en el ámbito de aplicación pasa por el cumplimiento de otros requisitos, entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria

resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este periodo de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este periodo, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual.

Para estos deudores especialmente vulnerables se prevé además que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más interés de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2 por 100 sobre la deuda pendiente».

En relación con el Real Decreto-ley 27/2012, el nuevo Capítulo I de la Ley 1/2013, presenta las siguientes novedades:

1. Ámbito de aplicación temporal

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 1/2013, podría entenderse que solo hasta el 15 de mayo de 2015 (incluido), estarán suspendidos los lanzamientos de los deudores hipotecarios, de su vivienda habitual adquirida por su acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria, pudiendo aquellos reiniciarse a partir del 16 de mayo de 2015, para los deudores hipotecarios beneficiados por la medida de suspensión (si no desalojasen voluntariamente la vivienda el 15 de mayo de 2015).

Pero hay que tener en cuenta que las circunstancias tanto personales como económicas de la familia, pueden verse alteradas a lo largo del procedimiento de ejecución, por lo que si bien el artículo 2 de la Ley 1/2013, señala que la concurrencia de las circunstancias a que se refiere en su artículo 1, se acreditará por el deudor en *cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes del lanzamiento,* realmente *el momento procesal oportuno a que hay que atender para entender concurrentes dichas circunstancias es el momento de la adquisición por el acreedor hipotecario —testimonio expedido por el secretario judicial, comprensivo del decreto de adjudicación al acreedor (art. 674 LEC)—, pues es en tal momento cuando surge para el adquirente el derecho a obtener la posesión judicial y el lanzamiento de los ocupantes del inmueble (art. 675 LEC).* En consecuencia, entiendo que es en este momento y no en otro, en el que el juez (o el notario) encargado del procedimiento, deberá formular una declaración de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*», dando audiencia al acreedor, el cual podrá solicitar el desalojo si considera que los ocupantes no tienen título suficiente (legal) para permanecer en el inmueble (esto es, no son familia especialmente vulnerable). *En este caso, el deudor debería tener presentada su documentación antes de expedirse el testimonio del decreto de adjudicación*.

Entiendo que el juez o notario deben pronunciar esa resolución *declarativa* de la situación de familia especialmente vulnerable, pues se desprende del espíritu de la norma que ella es *conditio iuris* para la aplicación de la medida legal de suspensión del lanzamiento. Es evidente que al juez o notario le corresponderá verificar y comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1 de la Ley y, por lo tanto, sobre la base del cumplimiento de tales requisitos, declarar el *status* de familia especialmente vulnerable, o bien denegar tal declaración y, en

consecuencia, el beneficio de la suspensión del lanzamiento (que es una excepción al derecho concedido al adquirente en la ejecución en el art. 675 LEC).

Si el desalojo ya era inmediato, a la entrada en vigor de la norma, pues la familia no cumplía los requisitos previstos en el Real Decreto-ley 27/2012, y el adjudicatario había hecho uso del artículo 675.2.2.º LEC, habiéndose formulado petición de lanzamiento, *pero con la nueva redacción del artículo 1 de la Ley, la familia si cumple los requisitos a que se condiciona la suspensión del lanzamiento,* deberá suspenderse la vista prevista en el artículo 675.3 el tiempo suficiente para que el deudor —que haya presentado declaración responsable en el sentido del art. 2.*d)*— acredite su situación de especial vulnerabilidad. El Tribunal, por medio de auto, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes no comparecieren sin justa causa.

Si ya había recaído auto que resolvía sobre el lanzamiento, y con la nueva redacción del artículo 1 de la Ley 1/2013, la familia cumple con los requisitos legales para obtener la suspensión del lanzamiento, la ley obligaría a suspender su ejecución, en la medida en que el deudor formule tal solicitud, y presente al mismo tiempo una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de la norma, requisitos que acreditará diligentemente en el plazo más breve posible.

Vemos, pues, que las situaciones contempladas por la Ley son diversas, y que de computarse el plazo de suspensión de los lanzamientos del modo primeramente indicado (dos años *desde la entrada en vigor*), *prácticamente ningún deudor hipotecario se beneficiaria de una suspensión del lanzamiento durante dos años*, pudiendo suspenderse el lanzamiento *simplemente durante meses*, lo que no permitiría la recuperación económica del deudor (fin de la norma expresado en su Exposición de Motivos). Por ello pienso que lo más razonable es entender que el plazo de suspensión del lanzamiento es *de dos años a contar desde la fecha del testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto aprobatorio de la adjudicación*, *pues es en esa fecha cuando el deudor pierde la propiedad y queda sujeto al lanzamiento,* aunque las circunstancias del artículo 1 y la solicitud se verifiquen con posterioridad, por razón de lo avanzado del procedimiento al entrar en vigor la norma o por devenir después la familia en situación de vulnerabilidad.

Verificada la declaración judicial de «*status de familia en situación de especial vulnerabilidad*», parece que debería articularse de algún modo la inscripción, en sentido amplio, de la misma en el Registro de la Propiedad, *junto con la fecha de inicio y fin del plazo de suspensión del lanzamiento, pues ello vendría exigido por el principio de especialidad*. Además ello garantizaría el perjuicio a todo tercero adquirente (incluso un tercero hipotecario) a que tiene derecho el ejecutado, en la medida en que las entidades crediticias pueden enajenar la finca de su propiedad, pues no están sujetas a ninguna prohibición legal o judicial de disponer. La posibilidad de inscripción de tal declaración judicial depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho concedido *ex lege* al ejecutado.

Por lo tanto, y en conclusión, habría que entender que los desahucios podrían comenzar, para las familias en situación de especial vulnerabilidad sujetas a la Ley 1/2013 solo *a partir del 16 de mayo de 2015, y siempre que hubiesen transcurrido dos años de ocupación a título gratuito del inmueble, desde la fecha de expedición del testimonio del decreto de adjudicación*.

La norma no resuelve si la suspensión puede decretarse de oficio por el juez. Parece que no, siendo precisa la solicitud de parte, pero simplemente presentando un escrito y adjuntando la documentación necesaria, sin necesidad de previa personación mediante abogado y procurador. Si el juez denegase la solicitud me-

diante auto, sería de aplicación el artículo 562 LEC, relativo a las impugnaciones de infracciones legales durante el curso de la ejecución, que permite recurrir en reposición o mediante la interposición de un escrito dirigido al Tribunal. La resolución del juez que conoce de la ejecución no tendría efecto de cosa juzgada por lo que la cuestión podría volver a plantearse en un ulterior proceso declarativo[4].

2. Ámbito de aplicación personal

La Ley 1/2013 ha ampliado, en relación con lo previsto en el Real Decreto-ley 27/2012, el ámbito de aplicación personal de la medida de suspensión de los lanzamientos. Si bien no modifica los supuestos de especial vulnerabilidad que deben concurrir en la unidad familiar[5] (art. 1.2 en relación con el art. 1.4), sí que modifica una de las circunstancias económicas que además deben concurrir para la aplicación de la suspensión de los lanzamientos. Concretamente, la relativa a los ingresos de la unidad familiar.

Establece el artículo 1.3.*a)* que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no podrá superar el límite de tres veces el IPREM, salvo en dos supuestos, lo que constituye la novedad introducida.

Dicho límite será de *cuatro veces* el IPREM en los supuestos previstos en las letras *d)* y *f)* del artículo 1.2, esto es, cuando se trate de «unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral» —art. 1.2.*d)*— o bien cuando se trate de «unidad familiar con la que convivan en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral» —art. 1.2.*f)*—.

En el primer caso, se trata de que alguno de los integrantes de la unidad familiar tenga *declarada* o una situación de discapacidad superior al 33 por 100 o una situación de dependencia o una situación de enfermedad, que *en todo caso*, le incapacite acreditadamente de *forma permanente* para realizar *una actividad laboral, lo que parece referirse a cualquier o toda actividad laboral en términos absolutos (esto es, la suya y otra cualquiera). Si se diera esta situación de vulnerabilidad, los ingresos de la unidad familiar pueden alcanzar hasta cuatro veces el IPREM.*

En el segundo caso, se trata de que con la unidad familiar convivan, en la misma vivienda, una o más personas unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge (no con la pareja de hecho inscrita) por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad (no siendo necesario tener reconocido un 33 por 100 de grado de minusvalía, pues la ley no lo exige), dependencia, o enfermedad grave que les incapacite *acreditadamente* de forma *temporal o permanente* para realizar *una actividad laboral (o sea, toda actividad laboral, pues no indica «su» actividad laboral)*. En este caso, igualmente, los ingresos de la unidad familiar pueden ser de hasta cuatro veces el IPREM.

El segundo supuesto en que se exceptúa la regla de ingresos no superiores a tres veces el IPREM es el caso de que «el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100 [parece que en los

tres casos], o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona [o sea, al ejecutado] o a su cuidador, para realizar una [toda] actividad laboral». En este caso, los ingresos de la unidad familiar pueden ser de hasta cinco veces el IPREM. Parece, igualmente, que la situación de especial vulnerabilidad viene dada por las condiciones concurrentes en el propio ejecutado, por lo que bastarían dichas condiciones para cumplir lo previsto en el artículo 1.2 (situación de especial vulnerabilidad) y 1.3.*a)* (requisito económico de ingresos), sin necesidad de que concurriera *además* alguna de las circunstancias del artículo 1.2 o de que el ejecutado tuviera una unidad familiar en los términos del artículo 4.*b)*.

Lo expuesto debe ser puesto en relación con el artículo 1.3.*b)* y *c)* y con el artículo 1.4.*a)*. El artículo 1.3.*b)* exige para que proceda la suspensión del lanzamiento que «en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda», lo que el artículo 1.4.*a)* precisa en el sentido de haberse producido un incremento de la carga hipotecaria sobre la renta familiar. En concreto, el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar ha debido multiplicarse por al menos 1,5. Lo cual se acredita mediante presentación de certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto del Patrimonio, expedido por la AEAT, *con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios*. Por su parte, el artículo 1.3.*c)* exige que «la cuota hipotecaria *resulte* superior al 50 por 100 de los ingresos netos que *perciba* el conjunto de miembros de la unidad familiar»[6]. La utilización de los verbos «resultar» y «percibir», en presente de subjuntivo parece indicar que la medición de la cuota hipotecaria en relación con los ingresos netos debe hacerse a fecha de presentación de la solicitud de suspensión de lanzamiento, quedando únicamente por dilucidar si siempre debe hacerse el cálculo en relación con el límite de tres veces el IPREM, o bien de cuatro o de cinco en los especiales supuestos en que se permite unos ingresos mayores. A mi juicio, la respuesta debe ser la primeramente dada, pues lo contrario podría frustrar el objetivo de la ley de conceder una especial protección a las familias con discapacitados o a estos mismos —art. 1.3.*a) in fine*—, al endurecer el requisito del artículo 1.3.*c)* (la cuota hipotecaria debería ser proporcionalmente mayor), lo que quizás no tenga mucho sentido, salvo que se piense que en tales casos, las dificultades intrínsecas a la condición de discapacitado del deudor o de alguno de los miembros de la unidad familiar o de los parientes del deudor o su cónyuge hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, habrán motivado la compra de una vivienda de características especiales, o la realización de obras (financiadas por la hipoteca) de adaptación de la vivienda a la minusvalía, *habrán motivado que el crédito hipotecario fuera mayor, y por ende, la cuota de amortización. Pero esta interpretación quizás no tenga mucho sentido pues la ley en el artículo 2.*b) *exige simplemente acreditar el «certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores», lo que evidencia que piensa en que las circunstancias del artículo 1.2.*d) *y* f), *así como la prevista en el artículo 1.3.*a) in fine, *pueden haberse producido en fecha posterior a la constitución del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda.*

3. Declaración expresa de la no suspensión de la ejecución ordinaria posterior e intereses moratorios reclamables en esta para el caso de deudor especialmente vulnerable

El Real Decreto-ley 27/2012 no indicaba de forma expresa que el procedimiento de ejecución ordinaria posterior, por la deuda remanente no satisfecha con la adjudicación de la vivienda habitual al acreedor o persona que actuase por su cuenta, no se suspendería, pese a suspenderse el lanzamiento del deudor y de su familia de la vivienda. A pesar de la falta de expresión de tal extremo en la norma, tal cosa podía deducirse del mero hecho de que la suspensión del lanzamiento era una medida de carácter excepcional y temporal, por lo que la excepcionalidad no podía extenderse a una suspensión paralela del procedimiento de ejecución ordinaria posterior no indicada expresamente por la ley. Para evitar cualquier duda al respecto, el legislador ha señalado ahora en el artículo 7.5 de la Ley 1/2013, por el cual se da nueva redacción al artículo 579 de la LEC, que la ejecución por la cantidad que reste tras la ejecución hipotecaria *no se suspenderá*.

A este respecto indica el artículo 579 LEC, en su nueva redacción:

«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 ejecutante quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago. Quedando liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 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…».

Aparte de la mención a la no suspensión de la ejecución ordinaria posterior en la nueva redacción dada al artículo 579 LEC, la Exposición de Motivos, como hemos destacado antes, hace una mención a los intereses moratorios que la deuda remanente, para los deudores especialmente vulnerables, puede devengar, señalándose que no podrá ser superior al interés resultante *de sumar a los intereses remuneratorios pactados un 2 por 100 sobre la deuda pendiente*. Curiosamente, esta previsión de la Exposición de Motivos de la Ley no se recoge en el articulado, lo que hace pensar en una idea abandonada posteriormente por el legislador. No obstante, pienso que la solución adoptada finalmente es más correcta, en

cuanto no establece diferenciaciones en el pago de los intereses de demora para deudores especialmente vulnerables y que no reúnen tal nota de vulnerabilidad.

De manera que, en cuanto a esta cuestión, habría que señalar que la Ley 1/2013 modifica el artículo 114 LH (art. 3.2), introduciendo un tercer párrafo en el que se indica que los intereses de demora de préstamos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda, *no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal (capital) pendiente de pago*. Dichos intereses no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto del artículo 579.2.*a)* LEC, esto es, *cuando queda deuda remanente en la ejecución hipotecaria, en cuyo caso se prevé el devengo de un interés moratorio legal equivalente al interés legal del dinero, hasta el momento de pago en cinco o diez años*. Esta norma se aplica incluso a las hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, siempre que se trate de intereses moratorios que se devenguen tras el 15 de mayo de 2013, o que devengados a dicha fecha no hubiesen sido satisfechos. Se establece, pues, una retroactividad de grado medio de la norma. En los procedimientos de ejecución iniciados y no concluidos a la fecha de entrada en vigor de la Ley, el secretario judicial dará al ejecutante un plazo de diez días para recalcular la cantidad por la que se hubiese despachado ejecución.

La fórmula más beneficiosa para la entidad financiera es recalcular el tipo de interés moratorio según el límite de tres veces el interés legal del dinero. Pero puede pensarse, en una interpretación más favorable al deudor, que de acuerdo con la STJUE, de 14 de junio de 2012, debe eliminarse la cláusula de interés moratorio si excede de tres veces el interés legal del dinero y no integrar el contrato. No procedería la integración ni mediante la aplicación del artículo 1108 del Código Civil (interés legal del dinero); ni mediante la aplicación del interés de mora procesal (art. 576 LEC: interés legal del dinero incrementado en dos puntos, pues estos intereses solo procederían en los procesos declarativos, una vez que hay sentencia, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de un título no judicial, pues en esta se carece de una norma como la del art. 816.2 *in fine*, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del art. 576.1 LEC); ni entender que se siguen devengando los intereses remuneratorios, ya que dar por vencido el préstamo supone su resolución y la pérdida del beneficio del plazo por el acreedor.

Parecería, pues, que en aplicación de la Directiva 93/13 (art. 6.1) y de la STJUE, de 14 de junio de 2012, no cabría integrar el contrato de ninguna forma. Esta interpretación sería la más favorable al deudor.

La cuestión es tan controvertida, que el titular del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Santander ha planteado por medio de sentencia de 19 de noviembre de 2013, una cuestión prejudicial al TJUE (vid.: Diario La Ley, Sección «Hoy es noticia», 2013, núm. 8202). En dicha cuestión se pregunta al TJUE si el procedimiento de recálculo del interés moratorio no supone un obstáculo para la protección del consumidor, y si no debería eliminarse la cláusula y no integrar el contrato en aplicación de la Directiva 93/13[7].

Si se admite esta interpretación *pro debitore,* ejecutada la hipoteca, tras la Ley 1/2013, parece que se produciría una novación *ex lege* de la deuda pendiente, que ya no queda sujeta al clausulado del contrato de préstamo, sino a las disposiciones de la LEC, artículo 579.2, en cuanto a la deuda remanente, a la cual (que no podrá consistir en intereses de demora) se le aplicaría el interés legal del dinero. Este interés legal del dinero es un interés de mora procesal, pues el

artículo 576 LEC señala que el interés de la mora procesal será igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto, o *por disposición especial de la ley*, correspondiéndose el interés del artículo 579.2.*a)* con este último.

De no concurrir los requisitos de pago del artículo 579.2.*a),* el acreedor podrá reclamar la totalidad de lo adeudado según las normas contractuales y legales que resulten de aplicación. Como la cláusula contractual de interés moratorio ha quedado eliminada, *deberá aplicarse la norma legal del artículo 576.1 LEC: interés legal incrementado en dos puntos, pues ya se cuenta con un título judicial como es el decreto de adjudicación y la certificación de la deuda pendiente expedida por el Tribunal, acreditativa del precio de remate en la ejecución hipotecaria y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas.*

Para las futuras hipotecas que se ajusten al artículo 114.3 LH, desde su otorgamiento, los intereses de demora solo podrían devengarse durante la ejecución hipotecaria al tipo máximo de tres veces el interés legal del dinero. Concluida la ejecución hipotecaria, se aplicaría el artículo 579.2.*a)* LEC para la deuda remanente que podría estar constituida exclusivamente por intereses moratorios (art. 654.3 LEC). Es decir, devengará el interés legal del dinero, si se cumplen con los requisitos de pago en cinco o diez años. Si no se cumplen, habría que entender que el capital no satisfecho en la ejecución hipotecaria podría devengar el interés moratorio pactado hasta su satisfacción, pero que los intereses de demora pendientes, solo podrían devengar el interés legal señalado en el artículo 1109 del Código Civil, o el contractualmente pactado con dicho límite (art. 114.3 LH, en relación con los arts. 1108 y 1109 CC), pues de lo contrario, si los intereses de demora pendientes pudiesen devengar el interés moratorio señalado para el capital, no se obtendría ningún efecto beneficioso de la nueva norma de imputación de pagos.

4. El fondo social de viviendas

En la Disposición Adicional Única del Real Decreto-ley 27/2012, se encomendaba al Gobierno que promoviera con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que *hubieran sido desalojadas de su vivienda habitual* por el impago de un préstamo hipotecario, cuando concurriesen en ellas las circunstancias previstas en el artículo 1 del Real Decreto-ley. Este fondo social de viviendas tendría por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que percibiesen.

Ahora la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2013 dispone al respecto: «Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a *aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban.*

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, se *podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las*

previstas en el artículo 1 de esta Ley. Antes de dicho periodo, únicamente podrán efectuarse adjudicaciones a dichas personas cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto».

Existe pues la posibilidad de:

— Permanecer en la vivienda habitual, por suspensión del lanzamiento, en los términos del artículo 1 de la Ley 1/2013, a título gratuito, en virtud de un derecho de habitación legal o de un comodato forzoso[8], durante un periodo de dos años a contar desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación.
— Permanecer en la vivienda habitual entregada en dación en pago, por efecto de la aplicación del Código de Buenas Prácticas, a título de arrendatario, durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Aplicándose lo previsto en el artículo 14 del Real Decreto-ley 6/2012 y teniendo la consideración de sector preferente para el acceso a las ayudas al alquiler del nuevo Plan Estatal de Vivienda[9].
— Acceder a una vivienda en alquiler del fondo social de viviendas, pagando una renta asumible en función de los ingresos, siempre que se haya sido desalojado de la vivienda habitual como consecuencia del impago del préstamo hipotecario, y se trate de personas que se encuentren en las circunstancias de vulnerabilidad social previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013 [y que no pudieron beneficiarse de las medidas del Real Decreto-ley 27/2012, por haber sido lanzadas de las viviendas antes de su entrada en vigor o por tratarse de familias excluidas del ámbito de aplicación del mismo, pero que sin embargo si cumplen los nuevos requisitos determinantes del ámbito personal de aplicación del Capítulo I de la Ley 1/2013] o bien de personas que se encuentren en otras circunstancias de vulnerabilidad social, *cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justificasen y así se pusiese de manifiesto*[10].
— Ser beneficiario de ayudas a los inquilinos en los términos del nuevo Plan Estatal de Vivienda 2013-2016, en el caso de personas objeto de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, *después del 1 de enero de 2012* (y a las que no pudo aplicarse ni el Real Decreto-ley 6/2012 ni el Real Decreto-ley 27/2012), siempre que presente la solicitud de ayuda en los seis meses posteriores al lanzamiento, teniendo la consideración de colectivo con derecho a protección preferente.
— Ser beneficiarios de ayudas a los inquilinos en los términos del nuevo Plan Estatal de Vivienda 2013-2016, en el caso de personas objeto de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, *con anterioridad al 1 de enero de 2012*, teniendo la consideración de colectivo con derecho a protección preferente (arg. *ex* art. 2.1 del Real Decreto-ley 6/2012, en relación con su art. 13). Esta interpretación obedece a la idea de evitación de discriminaciones entre desahuciados.

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas *(BOE* de 27 de junio de 2013) ha dado nueva redacción al párrafo primero de la Disposición Adicional primera de la Ley 1/2013, de manera que dicha Disposición queda redactada en los siguientes términos:

«Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas, propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario *cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 1 de esta Ley*».

Se trata de una mejora técnica para aclarar que los beneficiarios del fondo son personas desalojadas de su vivienda habitual por impago de un préstamo hipotecario, en las que concurren las circunstancias de especial vulnerabilidad y económicas previstas en el artículo 1 de la Ley 1/2013.

III. CONCLUSIONES

1. La Ley 1/2013 (Capítulo I) deroga tácitamente el Real Decreto-ley 27/2012, sustituyéndolo por la regulación contenida en dicho Capítulo I, aplicable retroactivamente a los procedimientos de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial que estuviesen en curso a la entrada en vigor de la Ley (15 de mayo de 2013).

2. La nueva regulación establece un nuevo ámbito de aplicación temporal de la medida de suspensión de los lanzamientos, en cuanto estos solo podrán verificarse a partir del 16 de mayo de 2015, siempre y cuando hubieran transcurrido dos años desde la expedición del testimonio del decreto de adjudicación por el que adquirió el acreedor hipotecario la vivienda habitual, objeto del procedimiento de ejecución hipotecario.

3. Aquellos lanzamientos suspendidos en virtud del Real Decreto-ley 27/2012, se rigen en cuanto al ámbito de aplicación temporal de la medida por dicha norma derogada.

4. La nueva regulación amplía el ámbito de aplicación personal, o sea, el número de familias beneficiarias de la medida, al aumentar el importe de los ingresos que esta puede percibir a cuatro veces el IPREM, cuando un miembro de la familia sea discapacitado, o conviva con ella un pariente consanguíneo o afín hasta el tercer grado, y hasta cinco veces el IPREM cuando se trate de un ejecutado —art. 1.3.*a) in fine* de la Ley— con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente al ejecutado o a su cuidador para realizar una actividad laboral.

5. En los casos anteriores, a la hora de calcular si la cuota hipotecaria es o no superior al 50 por 100 de los ingresos netos de que perciba la familia, parece que debería ponerse en relación no con los ingresos efectivamente percibidos *superiores* a tres veces el IPREM, sino con esta cantidad del triple del IPREM, para no impedir el efecto beneficioso que la norma tiene para las familias con algún miembro discapacitado o para los deudores ejecutados en los que concurren las condiciones del artículo 1.3.*a) in fine* de la Ley.

6. La Ley 1/2013 prevé expresamente la no suspensión de la ejecución ordinaria posterior por la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria, en caso de suspensión del lanzamiento para la familia ejecutada, así como que los intereses moratorios a satisfacer por estos deudores, no sean diversos de los que satisfacen las familias que son objeto de lanzamiento.

7. Aparte de la posibilidad de permanecer en la vivienda ejecutada, por suspensión del lanzamiento, durante un periodo de dos años, en virtud de un derecho legal de habitación o de un comodato forzoso, existen otras vías previstas por el ordenamiento jurídico para que los deudores ejecutados y sus familias satisfagan sus necesidades de vivienda.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 13 de septiembre de 2013.
- ATS de 3 de junio de 2013.
- ATS de 6 de noviembre de 2013.
- SJI, núm. 2 de Santander, de 19 de noviembre de 2013.
- AJPI, núm. 7 de Collado Villalba, de 5 de septiembre de 2013.
- AJPI, núm. 7 de Avilés, de 14 de noviembre de 2013.

V. BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M.ª J. (2013): «Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas», en *Diario La Ley*, núm. 8031.

— (2013): «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», en *Diario La Ley,* núm. 8087.

— (2013): «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», en *Diario La Ley*, núm. 8127.

— (2013): «La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos», en *Diario La Ley*, núm. 8181.

Alcalá Díaz, M.ª A. (2012): *La protección del consumidor en el mercado hipotecario: cambio de perspectiva en un sistema financiero en crisis*, Madrid, Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM. [En línea] http://eprints.ucm.es, 13 de junio de 2012.

Balluguera Gómez, C. (2013): «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE, de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8078.

Carrasco Perera, Á. y González Carrasdo, C. (2013): «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las "cláusulas suelo" es inconstitucional», en *Diario La Ley*, núm. 8159.

Cordero Lobato, E. (2013): «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *Diario La Ley*, núm. 8088 y 8098.

Diario La Ley, Sección «Corresponsalía Autonómica», 2013, núm. 8091.

DIARIO LA LEY, SECCIÓN «CORRESPONSALÍA AUTONÓMICA», 2013, núm. 8125.
DIARIO LA LEY, SECCIÓN «HOY ES NOTICIA», 2013, núm. 8202.
FERNÁNDEZ RUIZ, E. (2013): «Concepto y regulación de los intereses procesales», en *Diario La Ley*, núm. 8154.
FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª (2013): *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario,* Barcelona, Bosch.
GIMENO SENDRA, V. (2013): «Las cláusulas abusivas (1)», en *Diario La Ley,* núm. 8116.
HOLGADO MADRUGA, F. (2013): «La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *Diario La Ley*, núm. 8122.
JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1): «El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿un derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 736, págs. 1230-1258.
— (2013) (2): «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo "anti desahucios"», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, págs. 3522-3565.
MARTÍN PASTOR, J. (2013): «La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *Diario La Ley,* núm. 8085.
MIRALBELL GUERIN, L. M.ª (2013): «El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Diario La Ley*, núm. 8214.
MORAL MORO, M.ª J.: «Análisis de las últimas reformas en la regulación de la adjudicación de los bienes embargados o hipotecados al acreedor en subasta», en *Diario La Ley*, núm. 8166.
PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2013): «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», en *Diario La Ley,* núm. 8154.
PLAZA PENADÉS, J. (2013): «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Diario La Ley*, núm. 8097.
RAMÍREZ GARCÍA, E. (2013): «Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho Comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013», en *Diario La Ley*, núm. 8148.
RUIZ-RICO RUIZ, J. M y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. (2012/2013): «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *Diario La Ley,* núm. 7977 y 7994.
— (2013): «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», en *Diario La Ley*, núm. 8139.
SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013): «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *Diario La Ley,* núm. 8092.
VILAPLANA RUIZ, J. (2013): «*Trilema* del trilero hipotecario», en *Diario La Ley*, núm. 8217.

NOTAS

[1] Y que no deja de originar abundante literatura jurídica (vid., epígrafe V).
[2] Vid. JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1), págs. 1237-1239.

[3] La Disposición Adicional octogésima de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 *(BOE* de 26 de diciembre de 2013), dispone la congelación del IPREM:

«Octogésima. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2014. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) tendrá las siguientes cuantías durante 2014: *a)* El IPREM diario, 17,75 euros. *b)* El IPREM mensual, 532,51 euros. *c)* El IPREM anual, 6.390,13 euros. *d)* En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.455,14 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.390,13 euros».

Vid., también, el Real Decreto 1046/2013, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2014 *(BOE* de 30 de diciembre de 2013) y http://www.iprem.com.es/

[4] Ruiz-Rico Ruiz, J. M y De Lucchi López-Tapia (2012/2013).

[5] Vid., sobre este punto, Jiménez París, T. A. (2013) (1), págs. 1240-1242.

[6] Lo que se acredita, de acuerdo con el artículo 2.*a)* de la Ley mediante presentación de las últimas tres nóminas percibidas, certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo, certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales, y en el caso del trabajador por cuenta propia, mediante aportación del certificado expedido por la AEAT o, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

[7] En esta cuestión, el juez español pregunta también acerca del modo de proceder si la cláusula de vencimiento anticipado es nula (vencimiento anticipado por impago de una cuota mensual del préstamo), pero el profesional espera al impago de tres meses para aplicar el vencimiento anticipado. ¿Debe admitirse el vencimiento anticipado, o procederse como si tal cláusula no existiera en el contrato? El Auto de 5 de septiembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Collado Villalba, de 5 de septiembre de 2013, resolviendo un incidente extraordinario de oposición por existencia de cláusulas abusivas en la hipoteca, interpuesto por la parte ejecutada al amparo de la Disposición Transitoria cuarta, apartado 2.º, de la Ley 1/2013, acuerda sobreseer la ejecución hipotecaria (art. 561.1.3.ª LEC), por contener el título ejecutivo diversas cláusulas abusivas, entre ellas, «la que establece el vencimiento anticipado unilateral por parte de la Caja [ejecutante] por motivos como el impago de una sola cuota, pretendiendo de esta manera la Caja atribuir a dicha cláusula la naturaleza de condición resolutoria recogida en el artículo 1114 del Código Civil, lo cual no resulta ajustado a derecho, ya que los requisitos que deben concurrir para que un incumplimiento pueda dar lugar a una resolución contractual deben ser más exigentes» (sobre el *ámbito de la calificación registral respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado de la deuda con garantía hipotecaria,* vid. STS, de 13 de septiembre de 2013).

El Auto también considera que otra cláusula abusiva que contiene la escritura pública es la cláusula suelo «en virtud de la cual el tipo de interés tiene un tope de bajada que en ningún caso podrá descender el primer año del 5,50 por 100». E indica: «Con respecto a las cláusulas suelo, es de destacar la sentencia número 241/13, de 9 de mayo, de nuestro Tribunal Supremo [que] dispone que deben anularse las cláusulas suelo que no cumplan los requisitos de claridad y transparencia, de manera que existiendo en el caso que nos ocupa falta de transparencia de la cláusula impugnada al concurrir en ella los rasgos descritos por el Tribunal Supremo como abusivos, procede anular la cláusula suelo recogida en la escritura objeto del presente pleito» (vid. también el Auto de aclaración de la STS, de 9 de mayo de 2013, de fecha 3 de junio de 2013, así como el Auto de 6 de noviembre de 2013, por el que el Tribunal Supremo desestima el incidente de nulidad de

actuaciones promovido por entidades financieras contra la STS de 9 de mayo de 2013, así como DIARIO LA LEY, Sección Corresponsalía Autonómica, núm. 8125, de 12 de julio de 2013, donde se da noticia de la primera sentencia que obliga a un resarcimiento íntegro del dinero cobrado por el banco a su cliente sobre la base de una cláusula suelo nula. Si bien la sentencia del Tribunal Supremo no estableció el carácter retroactivo de la nulidad, para la demanda colectiva presentada, si lo hizo ahora en una demanda individual la magistrada Eva María Martínez Gallego, titular del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Ourense. En su sentencia la magistrada destaca que la cláusula suelo no fue previamente negociada por el banco con su cliente. Pero también considera abusivos el suelo del 3,25 por 100 y el techo del 9 por 100 que fijaba dicho contrato, cuando la media del Euribor estaba en 2,28 por 100. La defensa alegó que dicho marco aportaba estabilidad al mercado financiero, algo beneficioso para la entidad y para el consumidor. En cambio la sentencia considera la existencia del abuso denunciado «por no contener el contrato ninguna contrapartida al riesgo que asume el comprador». De modo que el Tribunal Supremo tendrá que volver sobre este asunto para decidir sobre la retroactividad aceptada.

Por otro lado, existen planteadas dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 695.4 LEC, en la redacción que le ha dado la Ley 1/2013. En efecto, siguiendo la doctrina del TJUE sentada en sus Resoluciones de 27 de junio de 2000, 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012, 21 de febrero de 2013 y 14 de marzo de 2013, la Ley 1/2013 permite de oficio, en el momento de analizar la admisibilidad de la demanda ejecutiva o a instancia de parte, mediante la promoción del incidente de oposición, que el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (escritura de constitución de hipoteca) que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible y, como consecuencia, decretar la improcedencia o sobreseimiento de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las consideradas abusivas (nuevos arts. 552, 557 y 695 LEC, en relación con el art. 681.1, 564 y 698, y modificados posteriormente por la Ley 8/2013, de 26 de junio, Disposición Final 4.ª, para la ampliación de los plazos a disposición de las partes). Detallando más, el control se verifica:

— De oficio, al analizar la admisibilidad de la demanda ejecutiva. Si el juez aprecia alguna cláusula como abusiva oye a las partes y acuerda: la improcedencia de la ejecución (el auto es apelable por el acreedor) o el despacho de la ejecución sin aplicación de la cláusula abusiva.
— A instancia de parte (art. 695 LEC). Según el artículo 659.2 LEC el secretario judicial suspende la ejecución y convoca a las partes a una comparecencia. Si se estima que hay cláusulas abusivas, se procede al sobreseimiento (si la cláusula fundamenta la ejecución) o bien se acuerda que procede la continuación con inaplicación de la cláusula abusiva, si esta determinaba la cantidad exigible.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento o inaplicación de una cláusula abusiva cabe recurso de apelación. Pero, «fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicte» (art. 695.4 LEC). *Esto es, el deudor no puede recurrir si la oposición termina con un auto desestimatorio. Por ello el titular del Juzgado número 7 de Avilés ha planteado por medio de dos autos de 14 de noviembre de 2013, dos cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución, cuestiones pendientes de resolución*.

Hay que señalar que existe también un recurso de inconstitucionalidad, presentado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, que fue admitido a trámite por el TC, contra la Ley 1/2013. La admisión a trámite del recurso se publicó en el *BOE* de 7 de octubre de 2013.

[8] Vid. sobre este punto, Jiménez París, T. A. (2013) (1), págs. 1243-1255.

[9] Por Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, se ha aprobado el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, reglamento que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE,* esto es, el 11 de abril de 2013 y que considera a las personas afectadas por desahucios (las del art. 13 del Real Decreto-ley 6/2012) y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias (las del art. 14 del Real Decreto-ley citado), *sector preferente para el acceso a*

las ayudas a los inquilinos. A efectos de la aplicación del artículo 14 del Real Decreto-ley 6/2012, el equivalente al artículo 4.1 del Real Decreto 2066/2008 es el artículo 6 del Real Decreto 233/2013.

[10] Recientemente, el Consejo General del Poder Judicial, la Junta de Galicia y la Federación Gallega de Municipios y Provincias rubricaron en Santiago de Compostela un protocolo para que cuando un juez apreciase un caso de desahucio que pusiese en situación de desamparo a la familia afectada, activase dicho protocolo por medio de un simple aviso a los servicios sociales de la Junta de Galicia o del Ayuntamiento donde residiese la familia objeto del desahucio, la cual podría acceder a una vivienda cedida gratuitamente o alquilada a un bajo precio. Para cumplir con la finalidad del protocolo firmado, la Junta de Galicia ha comprometido 500 viviendas, siempre que las familias cumplan los requisitos fijados. *Diario La Ley,* Sección Corresponsalía Autonómica, 2013, núm. 8091.

2. DERECHO MERCANTIL

La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera

The Consequence of Violation of the Prohibition Against Lending Financial Assistance

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 se califica la infracción de la normativa de asistencia financiera como contrato prohibido a la luz de la interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en consonancia con el parecer de la mayoría doctrinal, aunque la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012, parece contradecir a la anterior, lo que hace deseable el establecimiento de un criterio claro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la consecuencia jurídica aplicable a la prohibición de la asistencia financiera prohibida.

ABSTRACT: The Supreme Court's ruling of 2 July 2012 classifies agreements violating financial assistance legislation as prohibited contracts in the light of the interpretation of article 6.3 of the Civil Code. Majority legal opinion feels the same, although the Supreme Court's later ruling of 9 December 2012 seems to contradict this view. A clear criterion in Supreme Court case-law about the legal consequences applicable in cases of prohibited financial assistance would be a desirable thing.

PALABRAS CLAVE: Asistencia financiera. Nulidad.

KEY WORDS: Financial assistance. Nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NULIDAD DE LA ASISTENCIA FINANCIERA.—III. UN EXCURSO CONCURSALISTA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012 *(RJ* 2012/1012), se trata el problema consistente en la determinación de la infracción de un negocio de asistencia financiera, concluyendo que la misma ha de ser la nulidad de las garantías prestadas por la sociedad en vulneración de dicha prohibición legal.

Pues bien, la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012, considera que la asistencia financiera prestada por la sociedad, o sea, las pren-

das sobre activos de la propia sociedad otorgadas en garantía para que terceros adquirieran acciones de la propia sociedad pignorante, deben considerarse nulas al tratarse de un contrato prohibido y serles de aplicación por tanto lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, argumentando al efecto lo siguiente:

«*2.1. La nulidad de los actos de asistencia financiera.*

55. El artículo 6.3 del Código Civil dispone que "[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", lo que da pie a sostener que la sanción administrativa prevista en el artículo 89 del Texto Refundido de la Ley de *Sociedades Anónimas establece para los actos infractores de la norma imperativa un efecto distinto a la nulidad.*

56. Ahora bien, los actos que superan los límites que a la libertad autonormativa señala el artículo 1255 del Código Civil —"[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"—, a tenor de lo que dispone el artículo 6.3 del Código Civil, como regla deben calificarse de nulos de pleno derecho, sin que la sanción administrativa a los administradores de las infractoras suponga excepción alguna al régimen previsto en el artículo 6.3 del Código Civil —en este sentido, sentencia 79/2012, de 1 de marzo (RJ *2012/5295), bien que referida a un supuesto de adquisición por la sociedad limitada de sus propias participaciones—*».

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013/201), el mismo ponente de la sentencia anterior (Excmo. Señor Gimeno-Bayón), parece razonar de forma diferente en cuanto a la consecuencia del negocio efectuado en prohibición de la asistencia financiera establecida en nuestra legislación de sociedades. Aunque en realidad el Tribunal Supremo lo que viene a establecer en esta sentencia de 9 de diciembre de 2012 es que quien participa en el negocio de asistencia financiera carece de legitimación activa para la impugnación del mismo, afirmando que las consecuencias de la infracción de una norma imperativa son ajenas al ámbito del recurso extraordinario de infracción procesal; pero en el tema que nos atañe, deja entrever la posibilidad de que las garantías otorgadas por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones (asistencia financiera) no sea nula, ya que en realidad la nulidad solo se ha de predicar a la adquisición de las participaciones en vulneración de la normativa reguladora de la autocartera, cuando razona lo siguiente:

«*Lo expuesto es determinante de que desestimemos el motivo, ya que: la sentencia desestima la demanda por razones de fondo, al entender que la concreta posición de la demandante no le permite impugnar en perjuicio de terceros la validez de unos actos en los que la propia parte intervino. La motivación de la sentencia permite identificar de forma clara cuál es la razón por la que confirma la sentencia recurrida. La determinación de las consecuencias de la infracción de una concreta norma imperativa excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal. El artículo 40.ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (RCL *1995/953) no se refiere a los efectos de la prestación de garantías por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones con vulneración de lo dispuesto en el artículo 40.5 de la propia norma, sino a la adquisición de las mismas con infracción de lo dispuesto en el artículo 40, pero en su apartado 1. La referencia a los obstáculos que a la estimación de oficio pudiera ofrecer la Ley Concursal* (RCL *2003/1748) —la sentencia se refiere a la caducidad de las acciones de reintegración y no cuestiona la legitimación de la demandante por vía del art. 712*

de la Ley Concursal— no es la ratio decidendi *de la sentencia recurrida, sino un* obiter dicta *(dicho de paso) como lo evidencia la fórmula utilizada, "Además, en este concreto supuesto...", sin que sean admisible recursos contra razonamientos que no son determinantes del fallo [sentencias de 30 de octubre de 2002, 454/2007 de 3 de mayo* (RJ *2007/4331), 230/2008, de 24 de marzo* (RJ *2008/4056), 374/2009 de 5 de junio* (RJ *2009/3382)* y *258/2010, de 28 de abril* (RJ *2010/3552)]*».

Es decir, entre ambas sentencias dictadas por el mismo ponente, parece existir una clara contradicción en relación con la aplicación o no de la nulidad, *ex* artículo 6.3 del Código Civil, al negocio de asistencia financiera consistente en el otorgamiento de garantías por parte de la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones o acciones.

Ello supone, que el posterior *obiter dicta* contradictorio nos deje huérfanos de un claro criterio jurisprudencial sobre la materia tratada, a saber, cuál es la infracción aplicable al negocio de asistencia financiera, la cual en nuestra opinión, según expondremos a continuación, ha de ser la de la nulidad de pleno derecho en función de la aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, ya que los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital no expresan cuál es la infracción que sobre el negocio de asistencia financiera supone la vulneración de dichas normas imperativas. Igualmente la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (arts. 223-22 y 233-31) tampoco se hace eco de esta cuestión, obviando cuál es la consecuencia jurídica sobre el negocio jurídico al incurrir en dicha prohibición.

En realidad, la cuestión relativa a la aplicación de la norma del artículo 6.3 del Código Civil a cuestiones societarias, no ha dejado de ser una cuestión que en nuestra opinión haya merecido un correcto tratamiento por parte del Tribunal Supremo.

Como ya tuvimos ocasión de analizar[1], la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/102193), de la que también fue ponente el Excmo. Señor Gimeno-Bayón, denegó un recurso de casación en un supuesto de adquisición derivativa de participaciones sociales por falta de previo acuerdo social de reducción de capital, declarando la nulidad de pleno derecho del negocio adquisitivo por haber sido contraído el mismo mediante la existencia de causa ilícita, por oponerse la causa del referido contrato a la normativa de adquisición derivativa de participaciones sociales prevista en el artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por lo tanto, el fallo casacional de la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/102193), descansó principalmente sobre la afirmación consistente en que «*el contrato tiene causa ilícita por oponerse a las leyes*», lo que supone el otorgamiento de una respuesta jurisprudencial desde la mera aplicación de la literalidad del artículo 1275 del Código Civil, cuando prevé lo siguiente: «*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral*», sin realizar una interpretación del artículo 6.3 del Código Civil en relación con lo previsto con el artículo 140.2 de la Ley de Sociedades Capital cuando expresamente sanciona la contravención del régimen de adquisición derivativa de participaciones sociales de la siguiente forma: «*Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho*»; lo que implica —en nuestra opinión— la falta de realización de un juicio de valor (en términos causales) de la conducta efectivamente llevada a cabo por las partes contractuales, así como la inexistencia de ofrecimiento de

una correcta respuesta al efecto de la nulidad que podría predicarse en el presente caso, en contra de la sanción de nulidad negocial absoluta que sí predica el Tribunal Supremo.

Mostrado nuestro rechazo a que dicho negocio de adquisición de participaciones sociales en contravención de normativa societaria reguladora de la autocartera fuera un supuesto de negocio nulo por ilícito causal *(ex* art. 1275 del CC) debido a la inexistencia de desvalor en la conducta de las partes o inexistencia de un interés público a proteger que otorgare al negocio la calificación de nulo por ser ilícita la causa, resulta nuestra opinión que dicha adquisición derivativa merecería la calificación de nulo por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, ahora bien, siendo solo nula la adquisición y no el negocio jurídico adquisitivo.

Sin embargo, a juicio de CARRASCO PERERA[2] y a pesar de la redacción del artículo 140.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que expresamente prevé que «*Las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho*», la sanción de nulidad no es la apropiada al caso, en función de la interpretación que ha de realizarse a juicio de este autor de lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, al pronunciarse del siguiente tenor: «*j)* En consecuencia, la nulidad como remedio resulta ser improcedente para una hipótesis de adquisición de participaciones propias que ha sido consentida por todos los socios, y donde no queda otro interés digno de tutela que el de los acreedores sociales. Incluso si se pretendiese (cosa que rechazo) que la sociedad como tal pueda ser titular de un interés digno de tutela distinto del de la suma unánime de sus socios, este interés quedaría servido por medio de soluciones específicas ya aportadas por la normativa de sociedades, como es la suspensión de los derechos de voto (art. 40.3 LSRL) o la obligación de enajenar, que, como probaba de modo suficiente el artículo 76 LSA (art. 147 LSC), puede ser no solo una consecuencia apropiada en caso de autocartera permitida, sino también una sanción procedente en el supuesto de adquisición *contra legem*.

k) Las razones antedichas no excluyen que la sanción de nulidad civil pueda ser procedente en su caso, si los acreedores de la sociedad adquirente en autocartera contestasen la validez del negocio de adquisición. Pero el juicio de nulidad no es, como los de estado civil, un juicio universal, ni cursa libre de los límites subjetivos de la cosa juzgada. Serán los acreedores quienes tendrán que demandar esta nulidad, si les interesa, no los socios de la sociedad adquirente, que no ostentan legitimación procesal por sustitución en defensa de intereses de terceros. Menos aún es la acción de nulidad una acción pública a merced de quien quiera convertirse en paladín de los intereses abstractos imaginados por el legislador. En consecuencia, el juez de nuestra contienda debería haber declarado la validez y exigibilidad de la compraventa, sin que ello comprometiera las estrategias procesales futuras de los acreedores sociales (o individuales, del socio vendedor). Y todavía así, sostengo que esa nulidad no sería la del artículo 140.2 LSC, sino la nulidad civil que tuviera origen en la simulación negocial (de existir) o en la causa ilícita de haberse construido un contrato con daño de tercero (de ser el caso).

Raro sería que procediera una nulidad fundada en el artículo 140.2 LSC en favor de un acreedor que no puede acreditar que el contrato se ha producido para dañar sus intereses y que dispone en la persona del socio vendedor de un patrimonio de responsabilidad adicional».

II. LA NULIDAD DE LA ASISTENCIA FINANCIERA

Para una correcta comprensión de la propia asistencia financiera, podemos introducir los siguientes elementos intervinientes en la misma[3]:

— Asistente: Una sociedad asistente que presta asistencia financiera al sujeto que adquiere las acciones a través de dicha asistencia.
— Tercero beneficiario: Un tercero asistido que recibe la asistencia financiera para la adquisición de las acciones de la sociedad asistente o las de la sociedad dominante de esta.
— Negocio de asistencia financiera: Un negocio de asistencia financiera consistente en la concesión de préstamos, anticipos de fondos, prestación de garantías o en cualquier tipo de actuación que implique la concesión de asistencia financiera a favor del tercero asistido.
— Causa: La existencia de una causa ilícita común a la partes de prestación de asistencia financiera prohibida para adquisición de acciones, que anime la realización del acto o negocio asistencial *(animus negotii)*.

La prohibición de la asistencia financiera tradicionalmente ha estado fundamentada en el control de la actividad de los administradores para evitar que terceros afines a su gestión puedan hacerse con el control de la sociedad, impedir que la sociedad que realiza la prestación de asistencia financiera pueda incurrir en insolvencia, ya que asegura con sus propios activos la devolución de un crédito solicitado por un tercero para la adquisición de sus propias acciones[4], y por último, esta prohibición de asistencia financiera ha tenido como fin evitar especulaciones con valores cotizados estimulando la adquisición de acciones cotizadas mediante la prestación de asistencia financiera con el objeto de incrementar su valor bursátil y así convertirse incluso en una medida anti-OPA[5,6]. En este sentido, el *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 9 de enero de 2007* (AC *2007/1160),* que resuelve la pieza de medidas cautelares en el asunto de la OPA que Gas Natural formuló sobre Endesa, entendió que el acuerdo con el anterior artículo 81 *LSA* (RCL *1989/2737 y* RCL *1990/206)* (vigente art. 150 de la LSC) requiere que «*La asistencia financiera se preste específicamente para la adquisición de acciones, como motivo determinante de la operación. Si la finalidad financiera no existe* o no *es esencial, y prevalece otra, ya no puede afirmarse que se incurra en la prohibición*»[7].

Concretamente y en cuanto a la nulidad o no de la misma, en el ámbito de los PECL, los contratos que vulneren normas imperativas se encuentran regulados en el artículo 15:102 al disponer lo siguiente: *(i) Cuando un contrato vulnere una norma imperativa aplicable conforme al artículo 1:103 de los presentes Principios, los efectos de dicha infracción sobre el contrato serán los que hubiese previsto expresamente, en su caso, dicha norma imperativa. (2) En los casos de normas imperativas que no hubiesen previsto expresamente los efectos de su infracción respecto de un contrato, este podrá declararse plenamente eficaz, parcialmente eficaz, ineficaz o someterse a modificación. (3) Cualquier decisión que se adopte conforme al apartado (2) deberá constituir una respuesta adecuada y proporcionada a la infracción, a la vista de todas las circunstancias relevantes, entre las que se incluyen:* a) *la finalidad de la norma infringida;* b) *las personas a quienes trate de proteger dicha norma;* c) *toda sanción que quepa imponer conforme a la norma vulnerada;* d) *la gravedad de la infracción;* e) *la intencionalidad de la infracción; y* f) *la mayor o menor relación entre la infracción y el contrato*».

Por lo tanto, el sistema de los PECL es similar a nuestro artículo 6.3 del Código Civil, artículo 294 del Código Civil portugués, artículo 174 del Código Civil griego y 134 del BGB alemán, al disponerse que los actos contrarios a una prohibición legal sean nulos salvo que de la propia ley quepa deducir la intención contraria del legislador.

Aún después de afirmarse que efectivamente los criterios a los que ha de estarse y que son citados en el artículo 15:102 —en defecto, de previsión normativa del efecto de la contravención de la prohibición incurrida— resulta interesante mostrar el ejemplo societario que LANDO y BEALE[8] (prohibición de asistencia financiera) utilizan para ilustrar la finalidad u objeto de la norma vulnerada y las personas a quienes trata de proteger la norma: «Se trata de un factor muy próximo al de la finalidad de la norma mencionada en el apartado (i) anterior. Por ejemplo, si la norma en cuestión únicamente prohíbe que una de las partes celebre negocios de un determinado tipo, ello no significa que la otra parte pueda alegar el hecho de la ilicitud para evitar que el contrato surta sus efectos. (…) Ejemplo 4: En contra de la legislación de sociedades, una compañía acuerda facilitar ayudas financieras a sus accionistas para permitirles la adquisición de un mayor número de acciones de la propia sociedad. El objeto de la legislación es proteger a los accionistas y a los acreedores de la sociedad. El acuerdo podrá considerarse válido si todos los accionistas de la compañía se constituyen como adquirentes y ninguno de los acreedores resulta negativamente afectado por el negocio».

O sea, LANDO y BEALE entienden que el negocio de asistencia financiera que contravenga la prohibición de asistencia financiera sí será nulo por vulneración de norma imperativa en los casos en que no haya sido estipulado por todos los accionistas de la sociedad o hubiera algún acreedor afectado.

Tradicionalmente nuestra doctrina mercantilista ha calificado generalmente de nulos por ser contrarios al artículo 6.3 del Código Civil los negocios de prestación de asistencia financiera. De esta forma, URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA[9] trataban el problema: «La misma sanción de nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil es la procedente también para los negocios de garantía o de prestación de asistencia financiera realizados contraviniendo las prohibiciones de la Ley. No obstante, en aquellos supuestos en que la infracción consista en la aceptación en garantía de acciones o participaciones de sociedades de grupo que no sea la dominante o en la prestación de asistencia financiera para la adquisición de esas mismas acciones o participaciones, tal vez fuera razonable admitir una mera anulabilidad del correspondiente negocio. Esta diferente valoración de las consecuencias de la infracción, susceptible de ser amparada en las reticencias jurisprudenciales y doctrinales frente al automatismo en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, permitiría, en efecto, atemperar el exceso legislativo en la extensión de la prohibición a esos supuestos —a la que ya nos hemos referido— con la debida atención a la finalidad de protección de la cobertura patrimonial del capital que subyace en la propia norma prohibitiva».

Por su parte, GARCÍA-CRUCES[10] —con apoyo en la doctrina mayoritaria— razona la consecuencia jurídica de la nulidad del siguiente modo: «El artículo 81 LSA no establece cuál es la sanción que tiene anudada la infracción de la prohibición que allí se sanciona. Ante tal circunstancia, parece que el legislador ha confiado la determinación de tal sanción a las normas generales que rigen en nuestro Derecho. Así lo ha entendido nuestra doctrina (vid., *ad ex.,* PAZ-ARES, *Negocios sobre las propias acciones,* pág. 603; VÁZQUEZ CUETO, *Régimen jurídico de la autocartera,* págs. 496-497; FLORES DOÑA, *Asistencia financiera para la adquisición de*

acciones propias, pág. 1417), quien ha advertido de la procedencia de la sanción de nulidad por aplicación de cuanto dispone el artículo 6.3 del Código Civil. Tal consecuencia debe completarse con otras dos pues, junto con la posible exigencia de responsabilidad a los administradores al amparo de cuanto disponen los artículos 133 y siguientes de la LSA, los mismos podrán verse sancionados por el régimen de multas y sanciones pecuniarias que previene el artículo 89 LSA».

FERNÁNDEZ DEL POZO[11] también aprecia la nulidad, razonando que: «No parece que quepan dudas sobre el encuadramiento sistemático de la nulidad que acarrea la infracción de una norma imperativa como es la recogida en el artículo 81 LSA: la sanción es la nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 del Código Civil y no la de los actos o acuerdos contrarios a la ley de los artículos 115.1 y 143 LSA o la ineficacia que pueda traer causa de la violación del artículo 1259 del Código Civil o del artículo 1290 y sigs. del Código Civil. Esta solución es congruente con la seguida por otros ordenamientos más explícitos: así resulta del artículo 71.*a)* 1 de la AKtG o del artículo 322.3 del Código das Sociedades portugués y es común opinión de nuestra doctrina. Y todo ello sin perjuicio de la eventual sanción administrativa a imponer a los administradores (art. 89 LSA), y la posibilidad de serles exigible la responsabilidad solidaria que les corresponde por los daños y perjuicios causados a la sociedad *ex* artículo 133 LSA. Es problema gravísimo que la aplicación de la teoría de la nulidad del negocio de asistencia financiera entrañe riesgos de incertidumbre jurídica sobre la eventual invalidez del negocio de adquisición y de ciertos negocios conexos o vinculados al de financiación».

Concretamente y más allá de los otros negocios que pueden ser considerados prestación de asistencia financiera como resultado de la interpretación que ha de hacerse de los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital, en las sentencias del Tribunal Supremo, de 2 de julio y 9 de diciembre de 2012, se está analizando el concreto otorgamiento de garantías que efectúa la sociedad objeto de adquisición para asegurar el pago del préstamo que la sociedad adquirente hubiera recibido de un tercero.

Ya en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2576) se apreció la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, declarando la nulidad de la hipoteca (negocio de asistencia financiera) al razonar lo siguiente: «*Entiende el registrador, y así ha de confirmarse, que tal negocio de garantía es nulo por cuanto al contravenir una prohibición legal queda incurso en la sanción prevista para tales supuestos por el artículo 6.3 del Código Civil, la nulidad absoluta. Frente a tal conclusión no cabe aceptar el argumento del recurrente en el sentido de que tan radical sanción tiene una excepción en el mismo precepto para el caso de que la norma prohibitiva infringida haya establecido un efecto distinto, que en este caso sería la sanción pecuniaria prevista en el artículo 42 de la misma Ley reguladora del tipo social. Esta sanción, establecida en términos generales para toda infracción de las prohibiciones contenidas en la misma sección de la Ley relativa a la adquisición de las propias participaciones, es de carácter jurídico-administrativo y ha de entenderse complementaria, independiente y compatible por tanto con las restantes sanciones de carácter jurídico-privado que la propia Ley establece. Lo contrario sería tanto como entender que la responsabilidad prevista por la propia Ley en su artículo 39.2 para el caso de infringir la prohibición de adquisición originaria de participaciones, o la obligación de amortizar las adquiridas derivativamente en los casos que la impone el artículo 40.2 o la de enajenar las participaciones o acciones de la sociedad dominante prevista en el artículo 40.3, al igual que la de reducir el*

porcentaje de participaciones recíprocas que fuera obligatoria por la remisión de los artículos 41 al 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, quedarían sin efecto a la vista de ese especial régimen sancionador que establece el citado artículo 42. Incluso en el supuesto en que el legislador ha previsto la nulidad radical del negocio de adquisición a que alude el recurrente, el del artículo 76.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no cabe entender que esa ineficacia absoluta excluya las sanciones, también de tipo administrativo, que con el mismo carácter general establece el artículo 89 de dicha Ley».

En nuestra opinión, la doctrina de esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2576), no es contradictoria con la expresada en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 9 de enero de 1998 *(RJ* 1998/270), ya que esta última versa sobre un supuesto de reducción de capital mediante amortización de acciones propias[12].

La doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de diciembre de 2000, fue inicialmente criticada por Álvarez Arjona[13] sobre la base de la interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que realizaron las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 1944 y 17 de octubre 1987.

Los argumentos de Álvarez Arjona (vid., *op. cit.*, 5,41) para salvar el fin de protección de la norma prohibitiva de la asistencia financiera en las sociedades de capital fueron, en resumen, los siguientes:

(i) En relación con la integridad del capital social, afirma que «…no vemos claro cómo en un caso como el presente puede verse afectada la integridad del capital social más allá de lo permitido por la ley. Volviendo a ejemplos ilustrativos, no resultaría prohibido que un comprador suscriba y desembolse en su integridad acciones de una sociedad, y posteriormente esta sociedad le done sus bienes. Sorprende lo sencillo que resultaría salvar la transacción. Y lo cierto es que esta donación sería aún más reprobable que muchos de los casos de asistencia financiera prohibida por el artículo 40.5 LSRL, dado que cuando una sociedad grava un bien suyo para facilitar la adquisición de sus participaciones, aun pudiendo hipotéticamente afectar el valor del bien, este permanece en el balance, mientras que en el caso de la donación, el daño es mayor. Una interpretación del ordenamiento jurídico que penaliza más la primera que la segunda operación no tiene mucho sentido. En realidad, es evidente que en ambos casos podría haber responsabilidad de los administradores si es que su actividad es negligente, pero no sabemos qué añade la nulidad de la garantía o del negocio de adquisición en un caso sobre otro, excepto inseguridad jurídica».

(ii) Respecto de la protección de las minorías sociales frente a actos de poder de los administradores sociales, razona que: «…Y es aquí donde salen a relucir las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico para la infracción de la prohibición: la responsabilidad de los administradores, caso de que hubiesen actuado negligentemente o en contra de la legalidad, y las sanciones administrativas reguladas en el artículo 42 LSRL, que expresamente sanciona la infracción de la prohibición con multa, que se impondrá a los administradores de la sociedad infractora, por importe de hasta el valor nominal de las participaciones adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad».

Por tanto, la conclusión de Álvarez Arjona (vid., *op. cit.,* 542 y 543) es que «la infracción de lo dispuesto en los artículos 40.5 LSRL y 81 LSA no debe dar lugar a la sanción de nulidad. La falta de previsión legal de una sanción más limitada, como sería la supresión del derecho de voto de las participaciones o acciones adquiridas o la obligación de crear una reserva indisponible equivalente a las que existen para la autocartera y que el legislador parece haber olvidado incluir en la asistencia financiera), no puede suponer que ese vacío se debe cubrir con la pena más severa, la nulidad. Opinamos conforme a la doctrina más autorizada —Ángel Carrasco Perera, en sus comentarios al artículo 6.3 del Código Civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Revista de Derecho Privado,* tomo I, vol. 1.º, y Miguel Pasquau Liaño, *Jurisprudencia Civil Comentada,* tomo I, Comares—, que la nulidad es el último remedio y la regla jurisprudencial es la subsidiariedad de la nulidad. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, pudiendo resolverse la situación sin acudir a la nulidad y en una interpretación comprensiva y teleológica de la norma, corresponde buscar las sanciones en lo dispuesto por la propia ley: la responsabilidad de los administradores, caso de que hubiesen actuado negligentemente, y las sanciones administrativas reguladas en el artículo 42 LSRL. Especialmente ello debe ser así en el caso —no damos por supuesto que deba ser precisamente el de la Resolución ahora comentada— en que el banco financiador, que recibe la garantía de parte de la sociedad, es ajeno al propósito negocial, y no participa en el acuerdo de asistencia financiera, ignorando cuál será el destino de los fondos prestados».

Asimismo, y con análoga argumentación, Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo[14] en cuanto a la protección del capital social, acreedores y minoritarios sociales, estiman contraria la sanción de nulidad al negocio de asistencia financiera razonando adicionalmente lo siguiente: «Por lo demás, esta "integridad" no es un objetivo trascendente de política legislativa, sino una técnica de protección de acreedores sociales. Hay que preguntarse si tales acreedores saldrán mejor parados con la sanción de nulidad (¡con una obligación de restitución recíproca entre los dos sujetos "compinchazos" y sin control del acreedor dominante!) que con cualquier otro procedimiento conocido en el Derecho común. Es seguro que estos acreedores preferirían acudir a la socorrida responsabilidad de los administradores del artículo 135 LSA. Y si no les basta, el mismo coste procesal de la nulidad tendrían que arrastrar, y con mayores posibilidades de éxito, si interpusieron la correspondiente acción pauliana del artículo 1111 Código Civil. Por lo que se refiere a los socios de minoría afectados por la operación de asistencia, cualquier ventaja que pudiera suponerles un régimen de nulidad es superada en eficacia y efectos desincentivadores por la acción de impugnación del correspondiente acuerdo social o del consejo, si procede, o por la acción individual de responsabilidad. La cuestión es evidente de suyo: el contravalor del acto prohibido no pasa de nuevo a la sociedad (es decir, a una estructura controlada por la propia mayoría que infringió la norma), sino al socio minoritario que la norma prohibitiva trataba de proteger. En consecuencia, no se adivina la necesidad de una protección suplementaria que tuviera que ser proveída por el régimen de la nulidad del artículo 6.3 del Código Civil».

Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo[15] analizan también la clásica operación de asistencia financiera en la que interviene una entidad financiadora del siguiente modo: «*(iii) El prestamista es un* outsider*, y la sociedad asistente presta garantía por la financiación que este ha realizado al comprador de las acciones de la sociedad.* Para evitar casos marginales, y centrándonos en operaciones de compras de empresas, suponemos que el *outsider* es una entidad profesional

de financiación, que actúa conforme a criterios de honorabilidad y prudencia profesional. Además de la operación de asistencia (que es un contrato de garantía), nos encontramos ahora con un préstamo entre el *outsider* y el comprador y una compra entre este y el vendedor de las acciones. De la operación de venta ya hemos hablado. Nos referimos a las otras dos. La hipoteca, supongamos que es nula. Consecuencia: el banco tiene un crédito contra el comprador, pero carece de garantía. La gracia del asunto es que puede ser muy normal que ni el banco sepa ni le importe a qué destino se orienta el crédito. O puede muy bien ocurrir que sea la propia sociedad la que haya pedido al banco que financie la operación correspondiente. Una de dos: o dejamos desprotegido a un tercero de buena fe, que sin duda intentará, y conseguirá, «machacar» a la sociedad por la vía del artículo 135 LSA (¡los administradores pagarán su responsabilidad con fondos de la sociedad, sin duda!); o bien le concedemos, sin más, una excepción de dolo frente a la sociedad, impidiendo que pueda obtener toda la ventaja del negocio una parte del juego, la propia sociedad, que tenía igualmente metida sus manos en el cieno de la causa torpe. Nos queda el préstamo. Sostener que, para salvaguardia de los intereses del financiador, la nulidad de la asistencia prestada en forma de garantía arrastra la nulidad del préstamo es desconocer totalmente qué intereses puede obtener este financiador. Pues es cierto que el financiador no sufre daño si el crédito concedido no ha sido aún dispuesto, pero no se ve qué ventaja va a obtener de una declaración de nulidad que obliga a devolver (¡y además al interés legal!), y sin garantías, el dinero que recibió el comprador. Tanto si el préstamo es válido como si resulta nulo, la situación del financiador es de un sacrificio injustificado por ninguna consideración de tipo societario».

A nuestro juicio, la intencionalidad de las partes se revela como elemento de especial trascendencia para predicar la nulidad del negocio por ilicitud causal. Es precisamente esa intención o causa concreta la que no aparece —como suele ser habitual— expresada en los supuestos de asistencia financiera. De los hechos, resulta evidente la inexistencia de culminar cualquier tipo de daño, según hemos expuesto, aunque por las mismas razones de ocultación de la intencionalidad de las partes y en virtud de la presunción de causa lícita que nos impone el artículo 1277 del Código Civil[16], creamos que generalmente no existen suficientes elementos en el presente caso de otorgamiento de garantía pignoraticia para tildar las operaciones de asistencia financiera como un negocio incurso en ilícito causal.

Sobre las relaciones entre los debatidos preceptos, es decir, entre el artículo 1275 del Código Civil (ilícito causal) y el artículo 6.3 del Código Civil (negocio prohibido)[17] resulta pues de sumo interés la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 *(RJ* 2008/5666)[18], donde se concluye la existencia de una independencia entre el ilícito causal y la norma prohibitiva. Si bien es cierto que el recurso se planteó sobre el artículo 1275 del Código Civil y no sobre el artículo 6.3 del Código Civil, *sedes materiae* tradicional de las nulidades por infracción de normativa administrativa[19].

En cuanto a la posibilidad de configurar la cuestión como contrato en daño de tercero, al menos podría admitirse en sede teórica la posibilidad de que la asistencia financiera fuera operada con el ánimo conjunto de las partes intervinientes de provocar un daño consciente a los titulares del fin protegido con la norma prohibitiva que estamos tratando, aunque iguales reparos a los realizados con anterioridad pudieran realizarse sobre la apreciación o no del ilícito causal en este tipo de situaciones negociales, amén de que la responsabilidad contractual o extracontractual caso de inexistir un ilícito causal que legitimare la nulidad del negocio de asistencia financiera, según fuere el caso, entendemos que podría no

agotar la posible satisfacción del interesado que ha visto vulnerado sus legítimos derechos como consecuencia del negocio de asistencia financiera[20].

Como hemos visto, la nulidad de las prendas que se declara en la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012, se efectúa por la vulneración de la prohibición de la asistencia financiera que prevé la Ley de Sociedades de Capital y ante ausencia de infracción en la propia normativa societaria, es el artículo 6.3 del Código Civil el recurso al que acude el Tribunal Supremo a tales efectos.

Es cierto, que pese a que la doctrina mercantilista se encuentra proclive generalmente a admitir la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en estos casos, cierto sector doctrinal —como hemos expuesto— no lo considera así, en función de las interpretaciones que ha realizado el Tribunal Supremo acerca de los requisitos que han de examinarse y verificarse antes de proceder a la declaración de la nulidad de un negocio prohibido.

De esta forma, CARRASCO[21] distinguió hasta seis modelos propuestos por nuestro Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil:

«Primer modelo. Es el propuesto por la sentencia de 19 de octubre de 1944. Según este modelo, "el artículo (6, 3.°) se limita a afirmar un principio de gran generalidad, lo que restringe mucho su aplicación práctica (...); no ha de ser interpretado con criterio rígido... sino flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de nulidad (...), y más cuando el conflicto recae sobre una materia de gran complejidad, que no puede quedar resuelto por la nuda y aislada aplicación del artículo 4 del Código Civil".

Segundo modelo. Se construye a partir de la sentencia de 28 de enero de 1958. El Tribunal Supremo repite aquí los criterios elaborados en 1944, pero añade una nueva regla de exclusión de aplicación del artículo 4 del Código Civil. Esta norma no se aplicará "cuando haya una legislación especial en la materia".

Tercer modelo. Lo inaugura la sentencia de 27 de febrero de 1964. Después de repetir rutinariamente la doctrina de 1944, el Tribunal Supremo añade ahora que los actos nulos tienen que clasificarse en tres categorías: aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante; aquellos que, siendo contrarios a la ley, esta dispone, con todo, su validez; y, por fin, actos que contrarían un precepto legal, sin que este diga expresamente nada sobre su validez o nulidad. En este último caso, "el juzgador ha de extremar aquí su prudencia, en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando la índole y finalidad del precepto y la naturaleza y los móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos (...) y será válido el acto si la levedad del caso así lo aconseja (...) y habrá que sancionar con nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público, encontrándose infeccionados de lo que el Código Civil llama causa torpe".

Cuarto modelo. En la sentencia de 26 de mayo de 1964, el Tribunal Supremo ofrece un criterio de aplicación del artículo 6, 3.° del Código Civil, tal que reduce la norma al mínimo de su significación posible, hasta el punto de hacerla un precepto inútil. "El artículo 4 del Código Civil no es, de por sí, bastante para fundar en el mismo una declaración de nulidad".

Quinto modelo. Lo elabora la sentencia de 10 de noviembre de 1964 y es confirmado por otras posteriores. Hace suyos los criterios anteriormente expuestos,

pero especifica ahora un criterio nuevo, a partir del cual el Tribunal habrá de decidir en favor de la nulidad: a cuando se trate de acto constitutivo de estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos, y falte alguno esencial en el evento de que se trata.

Sexto modelo. La sentencia de 17 de octubre de 1987 no discrimina ninguno de los criterios de decisión suministrados por el propio Tribunal Supremo desde 1944. Ofrece todos al lector, prueba manifiesta de que ninguno de ellos tiene la suficiente capacidad para suministrar una decisión generalizable en base a reglas. La novedad de esta sentencia es que el propio Tribunal declara que la doctrina existente "se completa" con la nulidad parcial de los contratos en los que solo algún pacto resulte contrario a la ley, y "siempre que conste, además, que se habría concertado aún sin la parte nula"».

Más recientemente y con carácter general, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 *(RJ* 2010/2677), tras la nueva doctrina de las nulidades por infracción de normas administrativas que sentó la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008/56871), resume la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad del negocio jurídico, del siguiente tenor:

«*La sentencia de 9 de octubre de 2007, con cita de otras, ha declarado que "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la* sentencia de 25 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006/6577) (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 *(RJ* 2002/5224) y 27 de febrero de 2004 *(RJ* 2004/1316), *declara en relación con el artículo 6.3, de un lado, que el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público"*»[22].

O sea, la crítica a la aplicación que efectúa la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012, del artículo 6.3 del Código Civil, podría venir principalmente por la falta de apreciación del carácter residual de la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, así como por los casos en que el propio Tribunal Supremo ya analizó este tipo de negocios adquisitivos de acciones de una conocida entidad de crédito, en los que negó la nulidad de los negocios de compraventa correspondientes —sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2001 *(RJ* 2001/3436) y de 6 de junio de 2002 *(RJ* 2002/4874) y la STS de 17 de febrero de 2006 *(RJ* 2006/2930)— donde la licitud de dichas operaciones fueron tenidas en cuenta en base a la ausencia de vicio del consentimiento por parte de los clientes de la entidad de crédito que procedieron a la compra de dichas acciones, pese a los efectos que en la cotización del valor se hubiera perseguido o conseguido con estas operaciones[23]. Otra crítica pudiera venir dada por la inutilidad aparente del reconocimiento de la nulidad, en cuanto el fin de protección de los accionistas que la asistencia financiera también persigue sería inexistente si efectivamente se negara la legitimación activa a los mismos —vid. STS de 9 de diciembre de 2012 *(JUR* 2012/102193)—, que niega la legitimación activa del socio que ha intervenido en la operación de asistencia financiera; vid. asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 5 y 21 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997/7933 y *RJ* 1997/8095).

Sin embargo, para la aplicación de la nulidad de unas garantías pignoraticias prestadas como asistencia financiera prohibida, sí que puede considerarse que existen otras razones para considerar que el acto es especial o gravemente contrario a la Ley, y proceder según la consecuencia jurídica del artículo 6.3 del Código Civil, ante falta de previsión específica al efecto en nuestra legislación de sociedades.

III. UN EXCURSO CONCURSALISTA

No puede obviarse que cuando se esté llevando a cabo el otorgamiento de las referidas garantías otorgadas como asistencia financiera prohibida, evidentemente, se está dotando de un privilegio legal anudado a la correspondiente garantía, como las analizadas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012, que en determinadas situaciones pudiera incluso no ser objeto de una acción de reintegración concursal si no se cumpliera con los requisitos que establece el artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal, que establece, salvo prueba en contrario, que el perjuicio patrimonial se presume para los casos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas; es decir, que aunque existiera un perjuicio para los correspondientes acreedores sociales producido por el sobreendeudamiento de las sociedades mercantiles que lleven a las mismas a situaciones concursales en los casos de adquisiciones apalancadas de empresas, pudiera no existir la posibilidad de ejercicio de una acción de reintegración concursal, lo que implica que deba ser indudablemente considerado como otro de los fines de protección de la norma de la prohibición de la asistencia financiera, evitar situaciones concursales.

En realidad, la proliferación de situaciones concursales que estamos viviendo desde hace unos años, ha hecho que sin duda, operaciones de auténtica asistencia financiera que se venían efectuando sin un mayor control de las mismas (incluso por la entidad de crédito que efectuaba la financiación para la operación de adquisición por un tercero de una sociedad en la que esta otorgaba en garantía de dicha financiación activos incurriendo en asistencia financiera, cuestión que sin duda en la gran mayoría de las ocasiones era conocida por el financiador, quien según el contenido propio de los contratos de financiación, conoce el destino de los fondos facilitados en las operaciones de adquisiciones de empresas) se vean ahora sometidas a la «espada de Damocles» de las acciones que pueda ejercitar la correspondiente administración concursal[24]. Y ello a pesar de las posibles consecuencias que pudiera tener el otorgamiento de garantías consideradas como asistencia financiera prohibida para el negocio de financiación si se considerasen nulas dichas garantías, lo cual es analizado por la doctrina (excediendo del fin del presente análisis) negando generalmente la propagación de dicha ineficacia al contrato de financiación[25].

Posiblemente, una aproximación a la opinión vertida sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil a las asistencias financieras prohibidas, pudiera venir dado por el caso previsto en el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, regulador de las conocidas «fusiones apalancadas». Álvarez Royo-Villanova[26] introduce la cuestión describiendo gráficamente esta operación de la siguiente forma: «La llamada fusión apalancada consiste en que primero una sociedad se endeuda para adquirir el control de otra sociedad (es decir, una compra apalancada, más conocida por las siglas en inglés como LBO). Después de la compra, la adquirente absorbe a la adquirida —llamada *target* o sociedad

objetivo— (fusión hacia delante), o es absorbida por esta (fusión inversa). La sociedad adquirente puede ser una sociedad ya existente, pero es a menudo una sociedad creada al efecto. El resultado de la fusión apalancada es que la sociedad que ha sido comprada acaba soportando el pago de la financiación: la compra la paga la sociedad comprada, y no el comprador».

La Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en su artículo 35 titulado «*fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirida*», establece lo siguiente:

«*Artículo 35. Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas: 1.ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos. 2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir. 3.ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera. En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión*».

Es decir, tal y como se afirma, el propio procedimiento de fusión y las cautelas que ha exigido el legislador para estas fusiones especiales del artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, han de suponer la admisibilidad de la fusión apalancada por el control que se está realizando de la misma, por establecer un derecho de información reforzado para los socios con vistas al ejercicio de sus derechos de voto y para los acreedores en orden al ejercicio de su derecho de oposición[27] ya que se exige una justificación de la adquisición del control de la operación de fusión y el plan de futuro[28].

Ahora bien, admitiéndose la fusión apalancada en el sistema previsto en el artículo 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales, aún ha de analizarse en la misma si ha habido o no un problema de asistencia financiera prohibida. En este sentido, Sánchez Calero y Fernández Torres opinan que: «A modo de conclusión, el régimen actual no prejuzga si las operaciones de fusión apalancada constituyen o no asistencia financiera, debiendo proceder a un examen caso por caso.

Para valorar la operación será indicativo el informe de los expertos independientes, pero este no puede considerarse determinante ya que quienes deberán resolver la cuestión son, en último término, los Tribunales. El resultado del informe del experto es revisable en sede judicial con ayuda de un perito en caso de que se impugne el rechazo a la operación. Por otro lado, la existencia de la asistencia financiera entraña la nulidad de la operación siendo, por tanto, impugnable dentro del plazo legal»[29, 30].

O sea, en nuestra opinión ni siquiera en el procedimiento de las fusiones apalancadas donde puede observarse un mayor mecanismo de protección a los

socios y acreedores de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión, se elimina el trato de disfavor con que el legislador observa el apalancamiento o financiación en el ámbito de las procesos de adquisición de empresas. Es decir, la operación de fusión apalancada, pese a ese mecanismo protector, también supone que estas operaciones hayan de analizarse previa y adecuadamente para evitar un sobreendeudamiento de la empresa en cuestión, lo que sin duda, es producido en la mayoría de las ocasiones mediante el otorgamiento de garantías que implican una asistencia financiera prohibida que conllevan que se termine irremediablemente en un proceso concursal, lo que implica que el fin de protección de la norma prohibitiva de la asistencia financiera haya de colmarse mediante la nulidad de la asistencia financiera prohibida, ya que los mecanismos resarcitorios o dirimentes de responsabilidad (v.gr., acciones de responsabilidad contra administradores) que pudieran ejercitarse, en la práctica, se han visto como mecanismos insuficientes para prevenir este tipo de operaciones financieras prohibidas, con el lógico perjuicio a los diferentes agentes del mercado.

La discusión, más allá de caer en un conceptualismo ineficaz, sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil (de acuerdo con el fin y espíritu de la norma, así como en función de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, *ex* art. 3.1 del Código Civil) a los supuestos de asistencia financiera, como es el analizado en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2013, ha de resolverse pues a favor de la nulidad del negocio de asistencia financiera otorgado, so pena en caso contrario de mantener la validez de determinados negocios jurídicos que han originado consecuencias graves en el tráfico jurídico económico, como son, las insolvencias o procesos concursales en que se han visto inmersas numerosas sociedades que han garantizado con sus propios activos la adquisición de las mismas, o bien, de favorecer intereses predeterminados por encima de las adecuadas consecuencias de los mismos; siendo por otro lado, deseable que nuestro Tribunal Supremo sentara un criterio determinante sobre las consecuencias de la infracción de la prohibición de la asistencia financiera en nuestro derecho general de sociedades con el objeto de evitar interpretaciones parciales de la correcta consecuencia jurídica aplicable en cuestión.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Arjona (2001): *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* octubre-diciembre.

Álvarez Royo-Villanueva (2011): «Fusión apalancada y asistencia financiera: el artículo 35 de la Ley de Medidas Estructurales», en *Revista El Notario del Siglo XXI,* 36.

Amorós Guardiola (1990): *Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa. Centenario del Código Civil,* Tomo I.

Carrasco Perera: *Comentarios al Código Civil.* Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.º: Artículos 1 a 7 del Código Civil. Título preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas.

Carrasco Perera (2012): «Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 39.

Carrasco Perera/Erláiz Cotelo/Rentería Tazo (2004): *Fusiones y adquisiciones de empresas* (Álvarez Arjona y Carrasco Perera, dir.). Thomson-Aranzadi.

CARRASCO-LYCZKOWSKA: «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 80.

DÍEZ-PICAZO (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato,* 6.ª ed., Thomson-Civitas.

FERNÁNDEZ DEL POZO (1994): «Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera: Artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)», en *Revista de Derecho de Sociedades,* año II, núm. 3.

FLORES DOÑA: «Los negocios de Banesto sobre sus acciones a examen judicial (STS de 28 de mayo de 2001 y sus precedentes de instancias)», en *Revista de Derecho de Sociedades* (18).

GARCÍA-CRUCES González (2009): *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas,* coordinado por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid.

INFANTE RUIZ, OLIVA BLÁZQUEZ: «Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo», en *Indret,* 2009.www.indret.com.

LANDO-BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo.* Edición de Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Parte III.

MINGOT AZNAR (2007): «La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de enero de 2007», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 28.

MORALES MORENO (2011): *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Estudios,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

PALOMERO BENACERRAF y SANZ BAYÓN (2013): «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3/2013, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona.

PAZ ARES-PERDICES HUETOS (2003): *Las compras apalancadas: Significado y problemas para su admisión. Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles,* dir.: URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, tomo IV, vol. 2.º B, Thomson Civitas.

REDONDO TRIGO: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 723, enero de 2011.

— (2012): «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732.

SABORIDO SÁNCHEZ (2005): *La causa ilícita: delimitación y efectos,* Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁNCHEZ-CALERO y FERNÁNDEZ TORRES: *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del art. 35 LME),* Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (2006), en URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil I,* 2.ª ed., Thomson Civitas.

VAQUERIZO (2003): *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias,* 1.ª ed., Civitas, Madrid.

VÁZQUEZ DE CASTRO (2003): *La ilicitud contractual: supuestos y efectos,* Tirant lo Blanch, Valencia.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997/7933).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1997 *(RJ* 1997/8095).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2001 *(RJ* 2001/3436).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2002 *(RJ* 2002/4874).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 2006 *(RJ* 2006/2930).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2008 *(RJ* 2008/5666).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008/56871).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2010 *(RJ* 2010/2677).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/102193).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2012 *(RJ* 2012/1012).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013/201).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 9 de enero de 2007 *(AC* 2007/1160).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 9 de enero de 1998 *(RJ* 1998/270).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2000 *(RJ* 2001/2576).

NOTAS

[1] Redondo Trigo, «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 732, 2012, págs. 243-2471.

[2] Carrasco Perera, «Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 39, 2012, págs. 339-355.

[3] Vaquerizo, *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias,* 1.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, págs. 121 y sigs.

[4] Sobre las cuestiones concursales de la figura, vid. Sánchez-Calero y Fernández Torres, *Fusiones apalancadas, asistencia y concurso (Oportunidad y acierto del art. 35 LME),* Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil (2011/38) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, págs. 36-49.

[5] Sobre una panorámica doctrinal de la figura, vid. Paz Ares-Perdices Huetos, «Las compras apalancadas: Significado y problemas para su admisión», en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles,* dir.: Uría, Menéndez, Olivencia, tomo IV, vol. 2.º B, Thomson Civitas, 2003, pág. 462.

En relación con el origen de la prohibición, vid. Flores Doña, *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 2002, págs. 50 y sigs.

[6] Vid. la exposición que sobre la finalidad de la prohibición de asistencia financiera —con abundantes citas doctrinales— realizan Palomero Benacerraf y Sanz Bayón, en «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 3/2013, parte Estudio. Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona. 2013.

[7] Vid. Mingot Aznar, «La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas. A propósito del Auto de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de enero de 2007», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 28, 2007, págs. 371-379.

[8] Vid. Lando-Beale, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»*. Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2003. Parte III, págs. 317 y 318.

[9] URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil, I,* 2.ª ed., Thomson Civitas, 2006, pág. 1212.

[10] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*», coord. por I. ARROYO y J. M. EMBID IRUJO, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 12.

[11] FERNÁNDEZ DEL POZO, «Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera: Artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)», en *Revista de Derecho de Sociedades,* año II; núm. 3; 1994, págs. 175 y 176.

[12] Sin embargo, CARRASCO PERERA/ERLÁIZ COTELO/RENTERÍA TAZO, en *Fusiones y adquisiciones de empresas* (ÁLVAREZ ARJONA y CARRASCO PERERA, dir.), Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 624, entienden que sí existe contradicción entre ambas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al decir que: «Cabe observar que la doctrina de la Resolución es contraria a la de la otra RDGRN de 9-1-1998 *(RJ* 1998/270)».

[13] ÁLVAREZ ARJONA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* octubre-diciembre de 2001, págs. 529 y sigs.

[14] Vid., *op. cit.,* págs. 624 y 625.

[15] Vid., *op. cit.,* págs. 624 y 625.

[16] Respecto del primer aspecto del que trata el artículo 1277 del Código Civil —existencia de causa—, vid. AMORÓS GUARDIOLA, «Los antecedentes del Código Civil respecto a la presunción de la existencia de la causa», en *Centenario del Código Civil*, Tomo I, 1990, págs. 102 y sigs.

[17] Sobre la causa en relación con el tema, vid. INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo», en *Indret,* 2009.www.indret.com; VÁZQUEZ DE CASTRO, *La ilicitud contractual: supuestos y efectos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. MORALES MORENO, *Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos,* Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, págs. 457-475.

[18] CARRASCO-LYCZKOWSKA, «Sentencia de 17 de julio de 2008. Arrendamiento de Servicios. Resolución unilateral injustificada e indemnización. Infracción de norma administrativa de compatibilidad. Causa ilícita», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 80.

[19] Sobre la posibilidad de nulidad por infracción de norma administrativa, resulta conveniente tener presente la revisión doctrinal efectuada por nuestro Alto Tribunal a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2008 *(RJ* 2008/5687). Vid., a este respecto, REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 723, enero de 2011, págs. 625-655.

[20] En relación con las consecuencias jurídicas del contrato en daño de tercero, vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato,* 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 552, quien considera que: «Cabe en primer lugar, pensar que en todos aquellos casos en que ambos contratantes se conciertan para ocasionar un daño al tercero, el contrato tiene causa ilícita y que, por consiguiente, esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo. La nulidad puede ser solicitada por el tercero perjudicado, quien de esta manera puede poner fin a la lesión que mediante el contrato se le produce. En todos aquellos casos en que no exista un concierto de las partes para ocasionar un daño, sino que el daño haya sido buscado solo por una de ellas y resulte desconocido por la otra, de manera que no puede decirse que la causa del contrato es ilícita, y también en todos aquellos casos en que, aun cuando la causa es ilícita la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que el tercero que sufre el daño dispone de una acción de resarcimiento o de indemnización frente al culpable. Esta acción está sometida a las reglas generales de la responsabilidad aquiliana».

[21] CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil,* Editorial Edersa, 1992. Tomo I, vol. 1.º: Artículos 1 a 7 del Código Civil. Título preliminar. De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas.

[22] Para una exposición más completa de la doctrina jurisprudencial de las nulidades y una crítica a la misma, vid. CARRASCO, «Contra la nulidad de negocios de autocartera de participaciones sociales en la STS de 1 de marzo de 2012», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 39, 2012, págs. 339-355.

[23] Vid. con extensión sobre el tema, FLORES DOÑA, «Los negocios de Banesto sobre sus acciones a examen judicial (STS de 28 de mayo de 2001 y sus precedentes de instancias)», en *Revista de Derecho de Sociedades* (18), págs. 255-275.

[24] ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, «Fusión apalancada y asistencia financiera: el artículo 35 de la Ley de Medidas Estructurales», en *Revista El Notario del Siglo XXI,* 36 (2011), describe la situación concursal producida por las operaciones apalancadas de la siguiente forma: «Pero fijémonos en lo que ha ocurrido en los últimos años, en los que se han utilizado de una manera intensa las compras y fusiones apalancadas. En España hemos visto como pequeñas empresas compraban, a crédito, otras mucho más grandes. Otras sociedades han comprado, a crédito, participaciones mayoritarias en las primeras sociedades españolas. Sociedades de capital riesgo han comprado empresas cotizadas con una mínima inversión propia, que han conseguido recuperar en poco tiempo a través de ventas de activos en la sociedad objetivo —es decir, capital riesgo sin capital, ni riesgo—. Este frenesí no se ha limitado a España, por supuesto: el volumen mundial de las operaciones de LBO entre 2006 y 2007 fue de 1,4 billones de dólares, lo que representa un tercio del importe total de los LBOS desde que se conoce la figura. De los diez LBOS más grandes de la historia, nueve se hicieron en esos dos años, con un apalancamiento medio del 75 por 100. Y esto pudo funcionar durante un tiempo en beneficio, al parecer, de todos. Pero llegó el segundo semestre de 2007 y de repente se acabó la fiesta. De repente se secó el mercado de crédito, bajaron los beneficios y el valor de los activos, y las deudas se dejaron de pagar. Numerosas empresas resultantes de esas flamantes fusiones apalancadas están hoy en sonados concursos de acreedores, y otras muchas realizan radicales reestructuraciones y desinversiones. Todo ello con un enorme coste para el empleo y la economía en general. El fenómeno no es nuevo: los años 87-88 fueron escenario de un frenesí de LBOS semejante. Estudios económicos muestran que un tercio de esas compras terminaron en concurso o reestructuraciones antes de 1991, y que casi todas las restantes *target* perdieron cuota de mercado y valor de marca como consecuencia del recorte de gastos y las desinversiones que tuvieron que hacer para pagar la deuda. La broma de que las siglas LBO no corresponden a *Leveraged Buy Out* sino a *Large Bankruptcy Opportunity* (gran oportunidad de quiebra), no es de la última crisis, sino un chiste ya viejo».

[25] Vid., por todos, GARCÍA CRUCES *(op. cit.)* y FERNÁNDEZ DEL POZO *(op. cit.)*. Asimismo, vid. *Dictamen de la Abogacía del Estado,* de 26 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/124985).

[26] ÁLVAREZ- ROYO VILLANOVA (vid., *op. cit.).*

[27] ROYO VILLANOVA opina que: «Hay presumir un mínimo de coherencia al legislador, por lo que al establecer requisitos especiales implícitamente admite la licitud de la fusión apalancada, al tiempo que reconoce su potencial riesgo y exige mayor control».

[28] Vid. SÁNCHEZ CALERO y FERNÁNDEZ TORRES…, *op. cit.,* pág. 26.

[29] *Ibidem*, pág. 24.

[30] SÁNCHEZ CALERO y FERNÁNDEZ TORRES (*op. cit.,* págs. 48 y 49), en torno a la responsabilidad de las entidades de crédito en operaciones apalancadas, se plantean lo siguiente: «En Derecho español se trata de un tema que presenta perfiles propios ya que, ni la LC 2003, ni la reforma operada por el Real Decreto 3/2009 al ocuparse de los acuerdos preconcursales de refinanciación precisa si en esos casos está o no excluida una eventual responsabilidad de la banca en el agravamiento de la crisis. No se han determinado las condiciones en que, eventualmente, contraería responsabilidad la banca por la concesión de crédito abusiva. La ausencia de regulación normativa expresa, limita la posibilidad de que pueda exigir responsabilidad al amparo del régimen general de responsabilidad por daño contractual (art. 1911 CC) o extracontractual (art. 1902 CC). En el marco del Derecho concursal podría plantearse la responsabilidad de las entidades financieras en el agravamiento de la crisis sobre la base de considerar, a dichas entidades como administradoras de hecho, o como cómplices en el agravamiento de la insolvencia en caso de concurso culpable (art. 166 LC), pudiendo resultar obligadas a satisfacer a los acreedores en la parte que no perciban en la liquidación (art. 172.3 LC).

La aplicación de un régimen de responsabilidad a las entidades financieras en conexión con los LBOs y los procesos de refinanciación de deuda que suelen preceder a la declaración del concurso adquiriría una nueva dimensión. La experiencia francesa enseña que la

etapa de bonanza económica llevó a las entidades a financiar y refinanciar operaciones de adquisición de empresas en condiciones poco razonables. Las entidades financieras están obligadas a actuar prudentemente y financiar o refinanciar operaciones viables que no crean una apariencia de solvencia, incrementando desproporcionadamente el pasivo y exigiendo a cambio unas garantías excesivas que, llegado el concurso, podrían disminuir las expectativas de cobro del resto de los acreedores. A falta de una recuperación que permita superar las dificultades actuales, es previsible que se exploren las vías apuntadas para determinar la responsabilidad de esas entidades, como forma de tutela hacia los intereses perjudicados por el concurso».

3. URBANISMO

La inscripción de sentencia judicial firme frente a titulares registrales no emplazados y la posición de la Dirección General y del Tribunal Supremo

Registration of Final Judicial Decisions Vis-à-Vis Holders of Registered Title Not Summonsed to the Proceedings and the Position of the Directorate-General and the Supreme Court

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

RESUMEN: Cuando se trata de la inscripción de resoluciones judiciales firmes, frente a la doctrina registral que declara la suficiencia de la práctica de anotación preventiva para vincular a terceros titulares de derechos reales que no lo fueran al inicio del proceso, el Tribunal Supremo ha matizado, en su sentencia de 16 de abril de 2013, que la verificación del cumplimiento del principio de contradicción procesal corresponde al ámbito jurisdiccional, de tal modo que corresponderá a este, caso por caso, la decisión sobre el posible conocimiento por parte de los terceros de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción.

ABSTRACT: Registration doctrine dictates that, when a final judicial decision is given concerning a property, the addition of a caveat to the property's record in the property registration system provides sufficient binding notice for third parties who own in-rem rights in the property but were not parties to the legal proceedings from the start. The Supreme Court has spoken to the contrary. Its ruling of 16 April 2013 states that verification of compliance with the right to be heard is the task of the courts, so it would fall to the courts to decide, case by case, what knowledge third parties may have of the existence of the court proceedings in which the decision was given that caused for the new registration entry to be made.

PALABRAS CLAVE: Inscripción, sentencia, tercero, emplazamiento, proceso, anotación preventiva, recurso contencioso-administrativo, indefensión.

KEY WORDS: Registration, ruling, third party, summons, process, caveat, appeal for judicial review, defencelessness.

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIA.—II. LOS HECHOS MÁS RELEVANTES.—III. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA PERSONACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 49.1 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN.—IV. LA POSICIÓN DE LA RESOLUCIÓN.—V. LA MATIZACIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2013.—VI. CONSECUENCIAS EN EL ORDEN REGISTRAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2013.—VII. CONCLUSIONES.

I. LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIA

El presente comentario versa sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013 en la que se debate «*la posibilidad de practicar la inscripción de una sentencia judicial dictada en un procedimiento contencioso-administrativo sobre nulidad de un proyecto de reparcelación urbanística ya inscrita*» cuando «*en el momento de la presentación no se acredita que hayan sido citados o emplazados todos los titulares registrales de las fincas de resultado afectadas por tal declaración de nulidad*».

A su vez, la Resolución comentada tiene así relevancia en la medida en que su doctrina queda contrastada a partir de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 en relación con una anterior Resolución de 1 de marzo de 2013.

Tal sentencia cobra así una singular importancia desde el momento en que advierte que la doctrina de la Dirección General sobre la materia «*ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de la decisión jurisdiccional*».

En suma, la Resolución atiende en última instancia a los términos de la sentencia citada del Tribunal Supremo para determinar a quién corresponde definir el alcance de la ejecución de una sentencia que lleva consigo la inscripción de su pronunciamiento estimatorio y en qué medida los posibles obstáculos registrales tales como la ausencia de anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo son susceptibles de erigirse en verdaderos obstáculos para acceder a la referida inscripción.

II. LOS HECHOS MÁS RELEVANTES

Los hechos más relevantes, en efecto, son los siguientes:

1. Aprobado un Proyecto de Actuación con Proyecto de Reparcelación por parte del Ayuntamiento de Valladolid e impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, se dicta sentencia en primera instancia por la que se declara su nulidad en relación con la superficie de una finca aportada y la consiguiente adjudicación de la finca de resultado ajustada a la citada superficie.
2. En el desarrollo del proceso se dio cumplimiento al mandato consignado en el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción según el cual, con motivo de la remisión del expediente administrativo en orden a la formalización de la demanda, han de ser emplazados cuantos del mismo resultaran con la condición de interesados a fin de proceder a su personación en el plazo de nueve días al efecto concedido por dicho artículo, siempre que así lo consideraran, personación que fue realizada por una sola de las emplazadas, en particular por una Junta de Compensación.
3. Apelada la sentencia dictada por el Juzgado, se solicitó por el recurrente inicial, ahora apelante, que se revocara de tal manera que el pronunciamiento de nulidad se extendiera al Proyecto de Reparcelación, conclu-

yendo la apelación mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 21 de noviembre de 2012 por la que, además de mantener la nulidad del Proyecto de Actuación en cuanto a la superficie de la finca señalada, se declaró igualmente la nulidad del Proyecto de Reparcelación en él contenido.

4. Llegados a este punto, con motivo de la presentación de testimonio de dicha sentencia en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 3 se deniega la práctica de la cancelación de las inscripciones causadas por el Proyecto de Reparcelación anulado por falta del requisito del tracto sucesivo, ya que en diversas de las fincas adjudicadas se realizaron actos de aportación a otra entidad, de constitución de hipoteca y sobre las que recaen anotaciones preventivas de embargo a favor de entidades financieras, en todos los casos sin que dichas entidades hubieran intervenido en el procedimiento judicial.
5. Frente a ello, el recurrente sostiene que, toda vez que el Ayuntamiento realizó los emplazamientos en forma según lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede la revocación de la calificación registral, pues todos pudieron personarse y ejercitar los derechos que les convinieran.

En consecuencia, el debate queda inicialmente planteado en los términos señalados, esto es, en considerar la suficiencia del emplazamiento realizado al amparo del artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción, lo cual requiere, según se hace a continuación, comprobar su desenvolvimiento y, a la vista del mismo, tomar también conocimiento de sus limitaciones como fórmula para garantizar en todo caso la ausencia de indefensión.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA PERSONACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 49.1 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN

Dispone el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción que «*la resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común*».

De este modo, la Ley de la Jurisdicción establece un primer valladar para evitar el riesgo de indefensión para eventuales interesados que pudieran existir en el expediente, valladar extendido por el Tribunal Constitucional por cuanto también ha trasladado a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo el deber de practicar el citado emplazamiento cuando la existencia del interesado pudiera resultar de los escritos presentados por las partes en el desarrollo del proceso o, igualmente, cuando así resultara del expediente administrativo y no se hubiera realizado en la vía administrativa.

La indefensión, por lo tanto, queda así evitada cuando se cumple la exigencia legal respecto de los interesados existentes en el expediente, entendiendo que la condición de interesado es en todo caso la resultante del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al considerar como tales a los que promovieran el procedimiento como titulares de derechos o de intere-

ses legítimos, los que, no habiendo iniciado el procedimiento, pudieran resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte y, en fin, aquellos cuyos intereses legítimos pudieran resultar afectados por la resolución y se personaran en él antes de que recayera resolución definitiva.

A su vez, producido el emplazamiento y no atendido en plazo se tendrán por precluidos los trámites que hubieran tenido lugar desde la fecha en que debió haber tenido lugar la personación o, en caso de no llegar a producirse la personación, la resolución final que se dicte será oponible al interesado renuente a la personación. Del mismo modo, la falta de diligencia bien de la Administración al remitir el expediente bien del juzgador al conocer de la existencia de interesados no emplazados, lleva consigo la consumación de un supuesto de indefensión que habilitaría al que lo padeciera para el ejercicio del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, a su amparo, a la retroacción de las actuaciones al momento en que hubo de producirse el emplazamiento.

Ha de destacarse que la personación siempre tiene lugar por este medio en concepto de demandado en defensa de la legalidad del acto recurrido, no siendo por lo tanto admisible la personación en concepto de coadyuvante del recurrente en contra del acto recurrido. Es decir, no cabe que por la vía de emplazamiento de eventuales interesados en el procedimiento, estos asuman la posición de recurrentes combatiendo la legalidad del acto sino que necesariamente han de mantener una posición de defensa del mismo, situación por cierto no siempre respetada en la realidad sobre todo en el caso de procedimientos administrativos de carácter bifásico como es el caso de los de elaboración de instrumentos de planeamiento general en los que la disparidad de criterios entre las Administraciones intervinientes lleva en ocasiones a la anomalía de que no directamente la autora del acto sino la que participó en primer lugar en el procedimiento administrativo se persone como demandada para luego, en el proceso judicial, adoptar la postura contradictoria de atacar la legalidad del acto. Así puede contemplarse en la sentencia de 19 de marzo de 2010 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual, constatada la contradicción existente entre los términos de la personación como parte demandada y la pretensión sostenida por la Administración en contra de la legalidad del acto, concluye con que «*los derechos e intereses legítimos de los demandados han de ser los contrarios a los del demandante y su posición procesal ha de ser la de sostener la conformidad a derecho de la disposición o acto recurridos*».

Debe decirse también, como parece claro, que la indefensión se evita en relación con aquel al que se dirige el emplazamiento y si bien es cierto que el artículo 31.3 dispone que «*cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento*», la condición de interesado para mantenerse respecto del nuevo titular del derecho o del interés legítimo requerirá en todo caso de su puesta en conocimiento de la Administración, pues en otro caso esta quedaría al margen de un acto que celebrado en el ámbito del derecho privado quedaría inevitablemente *extramuros* de su conocimiento.

Por consecuencia, siendo relevante la medida contemplada en el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción en orden a evitar la indefensión, su práctica no lleva consigo la *perpetuatio legitimationis* de la Administración contra cualquiera que fuera el tercero que sucediera al interesado inicial, por lo que no sería un efecto consustancial de la medida la oponibilidad frente a terceros de los efectos de una

sentencia eventualmente estimatoria, objetivo para el cual el ordenamiento prevé otras instituciones como también pone de relieve la propia Resolución comentada.

A estos efectos, aunque es cierto, como ha destacado la doctrina[1], que la jurisprudencia constitucional «*ha sido decisiva para imponer ese régimen de emplazamientos personales, que en la redacción inicial de la LJ de 1956 no se preveían, y ello en virtud de la interdicción de la indefensión judicial en ningún caso que prescribe el artículo 24 de la Constitución*», también lo es que no siempre es suficiente el referido emplazamiento para garantizar el ejercicio del derecho de defensa cuando la posición jurídica del interesado inicial es susceptible de transmisión y esta, en efecto, llega a tener lugar, situación en la cual solo la constancia de la litigiosidad en un registro público es susceptible de garantizar su conocimiento por un tercero y, en consecuencia, la eventual oponibilidad del resultado del proceso frente al mismo.

En este sentido, parece primordial tomar clara conciencia de si, en razón de la naturaleza de la pretensión y del acto recurrido, para evitar la indefensión es suficiente con realizar el emplazamiento en los términos del artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción o si por el contrario se trata de una medida que aun garantizándolo en primera instancia queda sin embargo limitada en determinadas situaciones procesales características del ámbito urbanístico por la aparición de terceros adquirentes[2].

IV. LA POSICIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Después de efectuar una breve referencia al principio de subrogación legal, la Resolución sitúa como aspecto central de su pronunciamiento el del «*grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de un proyecto de reparcelación por resolución judicial*».

A tal fin, partiendo del artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando dispone respecto de la ejecución de las sentencias firmes que «*si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el secretario judicial dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los Registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto impugnado*», se detiene sucesivamente en que para practicar la inscripción de una sentencia judicial firme cuando hubiera terceros titulares de derechos no inscritos al tiempo de la iniciación del proceso, se hace necesaria la toma previa de anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo en cuestión.

Tal es la medida cautelar de carácter registral en virtud de la cual los terceros posteriores a la anotación quedan vinculados por el resultado de una sentencia eventualmente favorable con efectos reales o, según hemos mantenido en otra ocasión, con efectos de mera publicidad[3], de tal manera que frente al emplazamiento del interesado en el procedimiento se da un paso más en el sentido de que la legitimación frente al demandado no se agota con la realidad presente de los interesados en el expediente al tiempo de iniciarse el proceso sino, también, con la eventual realidad futura deducida del tráfico jurídico inmobiliario cuando aparecen en el Registro nuevos terceros titulares de derechos reales.

Así, a la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes extensiva también a los Registradores de la Propiedad, la Resolución advierte que respecto de tales resoluciones, el registrador tiene la obligación de calificar determinados extremos, en particular examinar «*si en el procedimiento han sido emplazados*

aquellos a quien el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión», citando a tal fin la Resolución de 15 de julio de 2012 y las exigencias del principio de tracto sucesivo, las cuales «*deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares de derechos reales y cargas de las fincas*». Solo si la sentencia hubiese sido anotada en el Registro, «*tal anotación habría publicado la existencia del procedimiento y, por tanto, evitado la indefensión producida*».

De ahí que cuando la Resolución contempla la previsión del artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de las virtualidades propias de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo califique aquel como «*mecanismo manifiestamente insuficiente cuando esa condición (la de interesado en el expediente) sea en parte extraña al mismo*», y afirme tajantemente que «*respecto de los titulares futuros, la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 51.1.*f) *del Texto Refundido de la Ley del Suelo*». Por ello, sigue diciendo la Resolución, la ausencia de la anotación en el caso examinado constituye una «*omisión que da lugar, por aparición sobrevenida de varios titulares, al obstáculo registral ahora examinado, siendo insuficiente desde el punto de vista del requisito del tracto sucesivo los emplazamientos que se hicieron a los titulares registrales que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial*»[4].

V. LA MATIZACIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2013

En efecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de abril de 2013 (*RJ* 2013/5241), se ha ocupado de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2013 coincidente con la aquí comentada en cuanto se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad de resoluciones judiciales firmes frente a terceros titulares registrales que carecieran de tal condición al inicio del proceso y en ausencia de anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo.

Así, comentando tal Resolución de 1 de marzo de 2013, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de abril de 2013, lo siguiente:

«*Esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues, tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción.*

Será, pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria; pero, lo que no es aceptable en el marco constitucional y legal antes descrito, es que —insistimos, en

un supuesto de ejecución judicial como en el que nos encontramos— la simple oposición registral —con remisión a los distintos mecanismos de impugnación de la calificación—, se conviertan automáticamente en una causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues los expresados mecanismos de impugnación registral han de quedar reservados para los supuestos en los que la pretensión registral no cuenta con el indicado origen jurisdiccional.

Solo, pues, en tal situación —esto es, analizando de forma particularizada cada caso concreto— podrá comprobarse por el órgano jurisdiccional la posible concurrencia de las causas de imposibilidad de ejecución de sentencia contempladas en el artículo 105 de la LRJCA, pues se trata, esta, de una indelegable decisión jurisdiccional que necesariamente ha de ser motivada en cada caso concreto».

A la vista de la anterior sentencia cabe, pues, extraer las siguientes consideraciones:

1. Cuando la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, corresponde *al ámbito de la decisión jurisdiccional* el pronunciamiento sobre el cumplimiento del principio de contradicción procesal y sobre la citación de terceros registrales al procedimiento en que se ha dictado la resolución objeto de ejecución.
2. En un supuesto de ejecución judicial no cabe en el orden constitucional que *la simple oposición registral* sea, por sí sola, causa de imposibilidad de ejecución de una sentencia.
3. Los mecanismos de impugnación registral quedan reservados «*para los supuestos en los que la pretensión registral no cuenta con un origen jurisdiccional*».
4. Por lo tanto, solo caso por caso y siempre por el órgano jurisdiccional, dada su condición de indelegable decisión jurisdiccional, cabrá comprobar la concurrencia de las causas de imposibilidad de ejecución de sentencia previstas en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El proceder descrito es, en consecuencia, manifestación de la evolución producida desde la regulación contenida en el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 al señalar que «*la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso*» y que, como también recordara la doctrina[5], «*hacía de las sentencias meras admoniciones morales para que las Administraciones ejecutaran las sentencias que les concernían y contra cuya resistencia resultaba sumamente difícil, y a veces imposible, luchar*». Frente a ello, el artículo 24 de la Constitución proclamó el derecho de todas las personas a «*obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*», y el artículo 117.3 concretó que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*».

A partir de lo anterior y una doctrina del Tribunal Constitucional de la que es relevante testimonio la de 7 de junio de 1984, la ejecución de las sentencias queda enmarcada por el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción en los siguientes términos:

«*1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdic-*

cional y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera instancia.

2. *Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen.*
3. *Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto*».

VI. CONSECUENCIAS EN EL ORDEN REGISTRAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2013

La propia Resolución comentada, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 concluye afirmando que salvo el caso de que los titulares registrales al tiempo de la ejecución de la sentencia consintieran de modo expreso la cancelación, ha de ser el órgano jurisdiccional «*quien deba apreciar en cada caso concreto si (…) han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula y si concurren o no circunstancias que deban ser dignas de protección*».

Concluye afirmando la Resolución que no constando que los titulares registrales accedieran al conocimiento de la existencia del proceso ni por haberse practicado anotación preventiva ni por haberse realizado frente a ellos los emplazamientos del artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción, «*no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa (…) sin que el Tribunal competente, en trámites de ejecución de sentencia, haya declarado (…) que la sentencia resulta oponible a tales titulares con las consecuencias registrales de ello derivadas*». Por ello, termina diciendo la sentencia, si el órgano jurisdiccional fuera favorable a la ejecución de la sentencia «*el obstáculo del tracto registral quedaría superado*».

De este modo, la Resolución admite la inscripción de la sentencia cuando así lo decide el Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme respectiva, aun en la hipótesis de que no hubiera mediado anotación o no se hubiera producido el emplazamiento en el proceso de quienes a su inicio reunieran la condición de titulares registrales y la mantuvieran al tiempo de la pretensión de inscripción.

De ahí, justamente, la relevancia de la Resolución comentada que, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 reconoce que la última palabra en orden a la inscripción de sentencias judiciales firmes no corresponde al Registro sino, por el contrario, al órgano jurisdiccional que la hubiera dictado, siendo de su exclusiva competencia la decisión sobre la concurrencia de un supuesto de imposibilidad de su cumplimiento.

VII. CONCLUSIONES

I. La inscripción de resoluciones judiciales firmes en el Registro de la Propiedad tiene como condicionante la inexistencia de indefensión en relación con el titular registral.

II. A tal fin, la consecución de tal objetivo se alcanza parcialmente mediante el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción, de tal modo que quienes aparecieran en el expediente administrativo

como interesados sean directamente emplazados a los efectos de que, si así lo consideraran, pudieran formalizar la correspondiente personación en el proceso en concepto de parte demandada.

III. No obstante, es lo cierto que el cumplimiento del anterior requisito es, por sí mismo, insuficiente para garantizar, en todo caso, la ausencia de indefensión, toda vez que en los procesos sobre bienes inmuebles propios del urbanismo la aparición de terceros adquirentes no informados por el Registro de la existencia de un proceso en marcha les dejaría, en principio, al margen de sus consecuencias, siendo la medida idónea para facilitar tal conocimiento la práctica de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo.

IV. En todo caso, cuando se trata de la inscripción de resoluciones judiciales firmes se está en presencia de una decisión que de modo inequívoco corresponde ser tomada, caso por caso, por el órgano jurisdiccional competente en relación con su ejecución, de tal modo que la decisión final sobre la ejecución le corresponde hasta el punto de que si fuera favorable a ella el obstáculo del tracto registral quedaría superado.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 5 de agosto de 2013.
- RDGRN de 1 de marzo de 2013.
- STS de 16 de abril de 2013.
- STSJM de 19 de marzo de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002): *Curso de Derecho Administrativo, II,* Madrid, Civitas.

Laso Baeza, V. (2013): «La inscripción en el Registro de la Propiedad de sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, págs. 3596-3608.

Laso Martínez, J. L. (1993): «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, págs. 71-93.

— (2003): «Modificación de títulos de equidistribución inscritos. Operaciones jurídicas complementarias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 676, págs. 1337-1346.

— (2008): «Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, págs. 1422-1429.

NOTAS

[1] García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002), *Curso de Derecho Administrativo, II,* Madrid, Civitas.

[2] Laso Martínez, J. L. (2003), «Modificación de títulos de equidistribución inscritos. Operaciones jurídicas complementarias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 676, págs. 1337-1346.

[3] Laso Baeza, V. (2013), «La inscripción en el Registro de la Propiedad de sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, págs. 3596-3608.

[4] Laso Martínez, J. L. (2008), «Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 707, págs. 1422-1429. Del mismo autor (1993), «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 77, págs. 71-93.

[5] *Op. cit.,* García de Enterría, E. y Fernández, T..., pág. 656.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 12-12-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2013, de 29-11-2013, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

— Resolución de 21-1-2014. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 17/2013, de 27 de diciembre, por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014.

— Resolución de 22-1-2014. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

— Resolución de 22-1-2014. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF), y otras medidas urgentes en el orden económico.

— Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 92 y 93.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 6/2013. 14-11-2013. Creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

— Ley Orgánica 7/2013. 28-11-2013. Reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9-6-1982, del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

— Ley Orgánica 8/2013. 9-12-2013. Mejora de la calidad educativa.

— Ley Orgánica 9/2013. 20-12-2013. Control de la deuda comercial en el sector público.

— Corrección de errores. Ley Orgánica 9/2013. 20-12-2013. Control de la deuda comercial en el sector público.

— Ley 18/2013. 12-11-2013. Regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural.

— Ley 19/2013. 9-12-2013. Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

— Ley 20/2013. 9-12-2013. Garantía de la unidad de mercado.

— Ley 21/2013. 9-12-2013. Evaluación ambiental.

— Ley 22/2013. 23-12-2013. Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

— Ley 23/2013. 23-12-2013. Reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

— Ley 24/2013. 26-12-2013. Sector Eléctrico.

— Ley 25/2013. 27-12-2013. Impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

— Ley 26/2013. 27-12-2013. Cajas de Ahorro y fundaciones bancarias.

— Ley 27/2013. 27-12-2013. Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

— Real Decreto-ley 14/2013. 29-11-2013. Medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la UE en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

— Real Decreto-ley 15/2013. 13-12-2013. Reestructuración de la entidad pública empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico.

— Real Decreto-ley 16/2013. 20-12-2013. Medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

— Real Decreto-ley 17/2013. 27-12-2013. Determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014.

— Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas.

— Real Decreto 930/2013. 29-11-2013. Nombra Vocales del Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Congreso de los Diputados.

— Real Decreto 931/2013. 29-11-2013. Nombran Vocales del Consejo General del Poder Judicial a propuesta del Senado.

— Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Argentina para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Buenos Aires el 11 de marzo de 2013.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 844/2013. 31-10-2013. Modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20-4-2011.

— Orden 2.088/2013. 4-11-2013. Hace públicas las características principales del segundo tramo de la tercera fase del mecanismo de pago a proveedores, aprobado mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10-10-2013.

— Orden 2.089/2013. 7-11-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 18-7-2013 sobre las características de las operaciones de préstamo a suscribir con las Comunidades Autónomas previstas en la segunda fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

— Orden 2.090/2013. 7-11-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 18-7-2013 sobre las características de las operaciones de préstamo a suscribir con Entidades Locales en la segunda fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores.

— Orden 2.407/2013. 23-12-2013. Publica las características de las operaciones de préstamo a suscribir con entidades locales previstas en la tercera fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, aprobadas mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 7-11-2013.

— Orden 2.408/2013. 23-12-2013. Publica las características de las operaciones de préstamo a suscribir con las Comunidades Autónomas previstas en la tercera fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, aprobadas mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 7-11-2013.

— Orden 2.443/2013. 27-12-2013. Determina los activos y pasivos de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias que pasan a ser titularidad de la entidad pública empresarial ADIF-Alta Velocidad.

— Orden 26/2014. 16-01-214. Modifica el anexo II del Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil.

— Resolución de 4-11-2013. Publica el anexo del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Ministerio del Interior sobre coordinación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en materia de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

— Corrección de errores. Real Decreto 701/2013. 20-9-2013. Racionalización del sector público.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 892/2013. 15-11-2013. Regula el Registro Público Concursal.

— Real Decreto 932/2013. 29-11-2013. Regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

— Real Decreto 980/2013. 13-12-2013. Desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6-7-2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

— Real Decreto 1009/2013. 20-12-2013. Se transforma el Juzgado de Instrucción número 5 de Benidorm en Juzgado de Primera Instancia número 4 y por el que se modifica la denominación del Juzgado de Primera Instancia número 4 en Juzgado de Primera Instancia número 5 de Benidorm.

— Orden 2.203/2013. 19-11-2013. Nombra al Tribunal Calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 15-7-2013.

— Orden 2.342/2013. 3-12-2013. Modifica la composición del Tribunal Calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 15-7-2013.

— Orden 2.538/2013. 27-12-2013. Modifica la Orden JUS/615/2012, de 1 de marzo, en cuanto al cómputo anual de trabajo efectivo y se aprueba el calendario laboral para el personal de la Administración de Justicia, radicado en el ámbito gestionado por el Ministerio de Justicia.

— Orden 18/2014. 11-1-2014. Modifica la Orden JUS/797/2012, de 29 de marzo, en cuanto al cómputo anual de trabajo efectivo y se aprueba el calendario laboral para el Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales.

— Orden 35/2014. 20-1-2014. Se fijan los aranceles para el cálculo de los honorarios registrales por la emisión y gestión del código identificador de entidad.

— Orden 76/2014. 28-01-2014. Modifica la Orden JUS/3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales.

— Resolución de 17-10-2013. Jubilación de don José Manuel Medrano Cuesta, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, número XIX.

— Resolución de 21-10-2013. Jubilación de don Antonio Jesús Rivera Molina, Registrador de la Propiedad de Málaga, número 7.

— Resolución de 21-10-2013. Jubilación voluntaria del notario excedente, don Fernando Jiménez Peral.

— Resolución de 28-10-2013. Jubilación de don Manuel Garaizábal Fontenla, Registrador de la Propiedad de Mataró, número 1.

— Resolución de 31-10-2013. Se eleva a definitiva la lista provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 15-7-2013, se corrigen errores y se señala lugar y fecha de sorteo.

— Resolución de 4-11-2013. Jubilación del notario de Murcia, don Carlos Peñafiel de Río.

— Resolución de 4-11-2013. Jubilación del notario de Vélez-Málaga, don José Luis García Villar.

— Resolución de 4-11-2013. Aprueba la lista definitiva de admitidos en las pruebas de aptitud de acceso al ejercicio de la profesión de abogado en España por parte de ciudadanos de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y se determina la fecha de celebración de dichas pruebas.

— Resolución de 13-11-2013. Modifica la de 10 de enero de 2008, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas administrativas del Ministerio de Justicia.

— Resolución de 21-11-2013. Jubilación voluntaria del notario de Madrid, don Antonio Crespo Monerri.

— Resolución de 26-11-2013. Se convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 26-11-2013. Se convoca la provisión en concurso ordinario, número 289 de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 28-11-2013. Jubilación del notario excedente, don Vicente Santana Aparicio.

— Resolución de 29-11-2013. Jubilación voluntaria del notario de Altea, don Salvador Pastor Pérez.

— Resolución de 2-12-2013. Jubilación voluntaria de la notaria de Oviedo, doña María de las Nieves Díaz García.

— Resolución de 3-12-2013. Jubilación del notario de Mejorada del Campo, don Luis Novoa Botas.

— Resolución de 3-12-2013. Jubilación del notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Cortizo Nieto.

— Resolución de 4-12-2013. Jubilación del notario de Donostia/San Sebastián, don Miguel Pablo Gutiérrez y García de los Ríos.

— Resolución de 9-12-2013. Jubilación del notario excedente, don Francisco Fernández de Arévalo y Delgado.

— Resolución de 17-12-2013. Jubilación del notario de Zaragoza, don José Salvador Gómez Pascual.

— Resolución de 17-12-2013. Modifica la de 19-12-2012, por la que se suprimen determinadas ayudas socio-sanitarias y complementarias y se modifican sus requisitos y cuantías.

— Resolución de 23-12-2013. Jubilación del notario de Vigo, don Francisco Fernández Íñigo.

— Resolución de 2-1-2014. Jubilación del notario de A Coruña, don Rafael Enrique Souto Álvarez.

— Resolución de 8-1-2014. Se deroga la Circular reguladora del régimen de la prestación sanitaria de la Mutualidad General Judicial.

— Resolución de 13-1-2014. Se corrigen errores en la de 31 de octubre de 2013, por la que se eleva a definitiva la lista provisional de admitidos y excluidos a las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Acuerdo 12-12-2013, del Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, por el que se señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

— Instrucción 21-10-2013. DGRN y DG de Relaciones con la Administración de Justica por la que se derogan otras anteriores.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Orden 2515/2013. 26-12-2013. Desarrolla el artículo 86.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

— Orden 65/2014. 14-1-2014. Regula la Comisión de Valoración Técnico-Profesional de las Oficinas Económicas y Comerciales en el Exterior.

— Resolución de 15-10-2013. Publica las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España.

— Resolución de 15-10-2013. Somete a información pública la Norma Técnica de Auditoría sobre «Relación entre auditores».

— Resolución de 15-10-2013. Somete a información pública la Norma Técnica de Auditoría sobre «Auditoría de un solo estado financiero», resultado de la adaptación de la Norma Internacional de Auditoría 805, para su aplicación en España.

— Resolución de 31-10-2013. Actualiza el Anexo de la Resolución de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen

común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 16-12-2013. Actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa I.C.O.-CC.AA. 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 20-12-2013. Publica la modificación de la Norma de Control de Calidad Interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.

— Resolución de 20-12-2013. Publica la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

— Resolución de 30-12-2013. Publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2014.

— Resolución de 2-1-2014. Publica el tipo de interés máximo a utilizar en los planes y fondos de pensiones respecto a las contingencias en que esté definida la prestación y para las que se garantice exclusivamente un tipo de interés mínimo o determinado en la capitalización de las aportaciones, de aplicación al ejercicio 2014.

— Resolución de 8-1-2014. Actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4 de marzo de 2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 10-1-2014. Publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

— Corrección de errores. Real Decreto 1017/2013, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Programa anual 2014 del Plan Estadístico Nacional 2013-2016.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 933/2013. 29-11-2013. Modifica el Estatuto del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por Real Decreto 188/2013, de 15-3-2013.

— Real Decreto 960/2013. 5-12-2013. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004; el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30-7-2004; el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos

de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007, y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29-7-2005.

— Corrección de errores. Real Decreto 960/2013. 5-12-2013. Modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio; el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

— Real Decreto 1041/2013. 27-12-2013. Modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7-7-1995, y se introducen otras disposiciones en relación con los Impuestos Especiales de fabricación y el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica.

— Real Decreto 1042/2013. 27-12-2013. Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, y por el que se modifican el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4-8-1993, el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004, el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007, y el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29-12-1992.

— Corrección de errores. Real Decreto 1042/2013. 27-12-2013. Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, y por el que se modifican el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

— Real Decreto 1043/2013. 27-12-2013. Revalorización y complementos de pensiones de clases pasivas para el año 2014.

— Real Decreto 1044/2013. 27-12-2013. Aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad.

— Real Decreto 2/2014, de 10 de enero. Modifica el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, aprobado por Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre.

— Corrección de errores. Real Decreto 2/2014, de 10 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, aprobado por Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre.

— Real Decreto 18/2014, de 17 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE).

— Orden 2.027/2013. 30-10-2013. Modifica Orden EHA/1.049/2008, de 10-4-2008, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.

— Orden 2.028/2013. 30-10-2013. Regula el funcionamiento de la Junta de Contratación Centralizada y la composición y funciones de la Comisión Permanente.

— Orden 2.194/2013. 22-11-2013. Regula los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria.

— Orden 2.206/2013. 26-11-2013. Desarrolla para el año 2014 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 2.214/2013. 20-11-2013. Modifica la Orden EHA/1.721/2011, de 16-6-2011, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS en régimen de consolidación fiscal, estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y la Orden HAP/2.055/2012, de 28-9-2012, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 2.215/2013. 26-11-2013. Modifica la Orden EHA/3.786/2008, de 29-12-2008, por la que se aprueba el modelo 303 del IVA, Autoliquidación; la Orden EHA/1.274/2007, de 26-4-2007, por la que se aprueban los modelos 036 de Declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores y 037 Declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores; la Orden EHA/3.787/2008, de 29-12-2008, por la que se aprueba el modelo 340 de declaración informativa regulada en el artículo 36 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, así como otra normativa tributaria.

— Orden 2.308/2013. 5-12-2013. Establece la relación de municipios a los que resultarán de aplicación los coeficientes de actualización de los valores catastrales que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

— Orden 2.367/2013. 11-12-2013. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Corrección de errores. Orden 2.367/2013. 11-12-2013. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D. e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 2.368/2013. 13-12-2013. Aprueba el modelo 270, «Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta. Gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas» y se determinan el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación.

— Orden 2.369/2013. 13-12-2013. Modifica la Orden 15-12-1999, por la que se aprueba el modelo 187, en pesetas y en euros, de declaración informativa de acciones o participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF, del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones o participaciones; y la Orden HAC/171/2004, de 30-1-2004, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas, y se modifican, asimismo, otras normas tributarias.

— Orden 2.444/2013. 17-12-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se prorroga el plazo de vigencia de los reales decretos de delimitación de las zonas de promoción económica de la Comunidad Autónoma de Galicia, Andalucía, Principado de Asturias, Comunidad Autónoma de Cantabria, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Comunitat Valenciana, Aragón, Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, Canarias, Comunidad Autónoma de Extremadura, Comunidad de Castilla y León, Ciudad de Ceuta y Ciudad de Melilla, a los efectos de solicitar las ayudas de incentivos regionales.

— Orden 2.455/2013. 27-12-2013. Aprueba el modelo 165, «Declaración informativa de certificaciones individuales emitidas a los socios o partícipes de entidades de nueva o reciente creación» y se determinan el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación, y se modifica la Orden de 27-7-2001, por la que se aprueban los modelos 043, 044, 045, 181, 182, 190, 311, 371, 345, 480, 650, 652 y 651, en euros, así como el modelo 777, documento de ingreso o devolución en el caso de declaraciones-liquidaciones extemporáneas y complementarias, y por la que se establece la obligación de utilizar necesariamente los modelos en euros a partir del 1-1-2002.

— Orden 2.456/2013. 27-12-2013. Modifica la Orden EHA/3.947/2006, de 21-12-2006; la Orden EHA/3.482/2007, de 2-11-2007, y la Orden HAP/1.229/2013, de 1-7-2013.

— Orden 7/2014. 8-1-2014. Regula el Registro de funcionarios habilitados para la identificación y autenticación de ciudadanos en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes.

— Orden 19/2014. 13-01-2014. Modifica la Orden 1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.

— Resolución de 21-10-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con el Real Decreto-ley 9/2013, de 12-7-2013, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

— Resolución de 21-10-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en relación con la Ley 10/2012, de 20-12-2012, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013.

— Resolución de 21-10-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat Valenciana en relación con la Ley 10/2012, de 21-12-2012, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y de Organización de la Generalitat.

— Resolución de 21-10-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con la Ley 4/2012, de 28-12-2012, de Medidas Financieras y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Resolución de 24-10-2013. Publica la rehabilitación de los NIF.

— Resolución de 24-10-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 11-11-2013. Publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto Legislativo 1/2013, de 29-1-2013, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20-3-2012, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley del Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico.

— Resolución de 11-11-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 3/2013, de 17-7-2013, de modificación de la Ley 6/2006, de 12-4-2006, balear de caza y pesca fluvial, y modificada por la Ley 6/2007, de 27-12-2007, de medidas tributarias y económico-administrativas.

— Resolución de 14-11-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con la Ley 5/2013. 12-4-2013, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Resolución de 15-11-2013. Actualiza y dispone la publicación del Sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales en la Administración General del Estado.

— Resolución de 27-11-2013. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2014, a efectos de cómputos de plazos.

— Resolución de 5-12-2013. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 17-12-2013. Modifica la de 3 de enero de 2011, por la que se aprueba el modelo 145, de comunicación de datos del perceptor de rentas del trabajo a su pagador o de la variación de los datos previamente comunicados.

— Resolución de 23-12-2013. Establece el régimen para el disfrute de un día adicional de asuntos particulares introducido por la Ley Orgánica 9/2013, de 20-12-2013, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público y se adapta la Resolución de 28-12-2012 de esta Secretaría de Estado.

— Resolución de 10-1-2014. Publica el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe, en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra, el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

— Resolución de 20-1-2014. Se establecen los códigos que definen la clasificación económica.

— Corrección de errores. Real Decreto 696/2013. 20-9-2013. Modifica el Real Decreto 256/2012, de 27-1-2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

— Resolución de 8-11-2013. Se crea la sede electrónica del organismo.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 2-10-2013. Modifica el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV.

— Circular 7/2013. 25-9-2013. Regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-11-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del

diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 4-11-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 19-11-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 29-11-2013. Modificación de la de 11-12-1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España.

— Resolución de 2-12-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 2-12-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 18-12-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 2-1-2014. Se publican los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 2-1-2014. Se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 17-1-2014. Publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Circular 5/2013. 30-10-2013. Modifica la Circular 4/2004, de 22-12-2004, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24-5-2013, sobre la Central de Información de Riesgos.

— Corrección de errores. Circular 5/2013. 30-10-2013. Modifica la Circular 4/2004, de 22-12-2004, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24-5-2013, sobre la Central de Información de Riesgos.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 908/2013. 22-11-2013. Establece las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

— Real Decreto 1045/2013. 27-12-2013. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014.

— Real Decreto 1046/2013. 27-12-2013. Fija el salario mínimo interprofesional para 2014.

— Real Decreto 3/2014. 10-1-2014. Se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

— Orden 2.445/2013. 23-12-2013. Prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5-1-2012, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012.

— Orden 2518/2013. 26-12-2013. Se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

— Corrección de errores. Orden 2518/2013. 26-12-2013. Se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

— Orden 78/2014. 20-1-2014. Se crea la Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado para la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

— Resolución de 8-11-2013. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2014.

— Resolución de 23-1-2014. Autoriza la ampliación del plazo de ingreso de la cotización correspondiente a los nuevos conceptos e importes computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social.

— Corrección de errores. Orden 1.892/2013. 8-10-2013. Regula el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— Corrección de errores. Orden 1.897/2013. 10-10-2013. Desarrolla el Real Decreto 34/2008, de 18-1-2008, por el que se regulan los certificados de profesionalidad y los Reales Decretos por los que se establecen certificados de profesionalidad dictados en su aplicación.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 10-1-2014. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Armenia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Lesotho al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) adoptadas por la Asamblea de la Unión Internacional de cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 43.ª reunión (25.ª sesión extraordinaria), adoptadas en Ginebra el 9-10-2012.

— Corrección de erratas. Modificaciones Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) adoptadas por la Asamblea de la Unión Internacional de cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 43.ª reunión (25.ª sesión extraordinaria), adoptadas en Ginebra el 9-10-2012.

— Corrección de errores. Del canje de cartas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas por el que se reconoce la extensión del régimen de privilegios e inmunidades previsto en el Acuerdo Sede hecho en Madrid el 28 de enero de 2009 al Centro Internacional de Cálculos Electrónicos, hecho en Nueva York y Madrid el 28 de febrero y 8 de julio de 2013.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 2.159/2013. 31-10-2013. Regula el sistema de código seguro de verificación de documentos electrónicos del Ministerio de Fomento.

— Corrección de errores. Orden 1.635/2013. 10-9-2013. Actualiza el Documento Básico DB-HE «Ahorro de Energía», del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17-3-2006.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Resolución de 24-10-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20-9-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 24-10-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20-9-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 24-10-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20-9-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 869/2013. 8-11-2013. Modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23-12-2005, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

— Orden 2.229/2013. 25-11-2013. Modifica los Anexos I, V, VI y VII del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8-5-2009 y la Orden INT/2.323/2011, de 29-7-2011, por la que se regula la formación para el acceso progresivo al permiso de conducción de la clase A.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 1015/2013. 20-12-2013. Modifica los Anexos I, II y V de la Ley 42/2007, de 13-12-2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

— Orden 2.230/2013. 25-11-2013. Regula el procedimiento de comunicación entre las administraciones autonómicas, estatal y comunitaria de la información oficial de los espacios protegidos Red Natura 2000.

— Orden 2.231/2013. 25-11-2013. Regula el procedimiento de comunicación a la Comisión Europea de las medidas compensatorias en materia de conservación de la Red Natura 2000 adoptadas en relación con planes, programas y proyectos, y de consulta previa a su adopción, previstas en la Ley 42/2007, de 13-12-2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

— Orden 2.272/2013. 27-11-2013. Crea la Comisión permanente para situaciones de adversidad climática o medioambiental.

— Corrección de errores. Real Decreto 670/2013. 6-9-2013. Modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11-4-1986, en materia de registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Real Decreto 1047/2013. 27-12-2013. Establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.

— Real Decreto 1048/2013. 27-12-2013. Establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.

— Real Decreto 962/2013. 5-12-2013. Se crea y regula el Consejo Estatal de la pequeña y la mediana empresa.

— Real Decreto 35/2014. 24-1-2014. Regula la concesión directa de subvenciones del «Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-5)».

— Orden 2.442/2013. 26-12-2013. Establece las retribuciones del segundo periodo de 2013 para las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y se establecen otras medidas en relación con la retribución de las actividades de transporte y distribución de años anteriores.

— Resolución de 26-12-2013. Aprueba el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24-8-2007, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico para el año 2014.

— Resolución de 26-12-2013. Aprueba el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24-8-2007, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, para el año 2014.

— Resolución de 30-12-2013. Fija las cantidades de carbón, el volumen máximo de producción y los precios de retribución de la energía, para el año 2014, a aplicar en el proceso de restricciones por garantía de suministro.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Real Decreto Legislativo 1/2013. 29-11-2013. Aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

— Real Decreto 870/2013. 8-11-2013. Regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica.

— Real Decreto 1050/2013. 27-12-2013. Regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Real Decreto 1051/2013. 27-12-2013. Regula las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Orden 2.076/2013. 28-10-2013. Crea la sede electrónica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

— Orden 2.371/2013. 17-12-2013. Regula el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 1011/2013. 20-12-2013. Desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa.

— Real Decreto 33/2014. 24-1-2014. Se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 166/2013. 7-10-2013. Conflicto positivo de competencia 567-2010. Preceptos reglamentarios estatales relativos al procedimiento de incorporación al censo de la flota pesquera operativa de los datos relativos a la flota pesquera de Galicia que faena exclusivamente en las aguas interiores de esta Comunidad Autónoma y la determinación de los buques que pueden ejercer la actividad pesquera en las aguas interiores de Galicia, que vulneran las competencias autonómicas.

— Sentencia 167/2013. 7-10-2013. Recurso de amparo 614-2010. Resoluciones judiciales que no ponderan suficientemente el interés del menor en seguir manteniendo su primer apellido materno, por el que era conocido en los ámbitos familiar, social o escolar.

— Corrección de errores. Sentencia 167/2013. 7-10-2013. Publicada en el suplemento al *BOE,* número 267, de 7-11-2013.

— Sentencia 168/2013. 7-10-2013. Recurso de amparo 4.458-2010. Resoluciones judiciales que no incurren en irrazonabilidad al computar, como tiempo efectivamente cumplido con repercusión sobre el límite máximo de cumplimiento efectivo establecido, un solo tiempo material de privación cautelar de libertad.

— Sentencia 169/2013. 7-10-2013. Recurso de amparo 1.088-2011. Estimación de un recurso de suplicación fundada en un motivo que entra en contradicción con los argumentos empleados por el recurrente y con las consideraciones fácticas, no controvertidas, de la sentencia de instancia.

— Sentencia 170/2013. 7-10-2013. Recurso de amparo 2.907-2011. Intervención empresarial de comunicaciones electrónicas fundada en la facultad supervisora implícita en la prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico.

— Sentencia 171/2013. 7-10-2013. Recurso de amparo 6.147-2011. Cacheo integral practicado sin hacer mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaran su necesidad.

— Sentencia 172/2013. 10-10-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.008-2011. Nulidad del precepto legal autonómico relativo a la asociación de mu-

nicipios para la prestación del servicio de policía local al no haber asumido la Comunidad Autónoma de La Rioja competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público.

— Sentencia 173/2013. 10-10-2013. Recurso de amparo 3.773-2011. Resoluciones judiciales que, con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, razonan acerca de la improcedencia de aplicar la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

— Sentencia 174/2013. 10-10-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.596-2011. Constitucionalidad de los preceptos legales relativos a los planes de movilidad sostenible; pérdida de objeto de la impugnación respecto de los preceptos relativos a las actuaciones de renovación y rehabilitación urbanas y a la ocupación de superficies para instalación de servicios comunes.

— Sentencia 175/2013. 10-10-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.474-2012. Constitucionalidad de los preceptos legales que determinan las cuantías de los fondos de compensación interterritorial, establecen la compensación por la supresión del impuesto general sobre el tráfico de empresas y fijan el importe de la inversión estatal en Canarias.

— Sentencia 176/2013. 21-10-2013. Recurso de amparo 1.783-2010. Difusión de imágenes de naturaleza estrictamente privada no amparada por la concurrencia de un interés público constitucionalmente prevalente.

— Sentencia 177/2013. 21-10-2013. Recurso de amparo 5.558-2012. Sentencia no fundada en Derecho porque inaplica una ley autonómica vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

— Sentencia 178/2013. 21-10-2013. Recurso de amparo 6.214-2012. Falta de agotamiento de la vía judicial previa al haberse simultaneado el recurso de amparo con recurso de suplicación.

— Sentencia 179/2013. 21-10-2013. Conflicto positivo de competencia 190-2013. Preceptos de la convocatoria estatal de ayudas que vulneran competencias de la Generalitat de Cataluña.

— Sentencia 180/2013. 23-10-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.033-2004. Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las funciones del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por su origen racial o étnico, régimen de pago de ayudas de la UE en materia agrícola, evaluación ambiental estratégica, declaración de suelos contaminados, demarcaciones hidrográficas y conversión a la tecnología digital de las emisoras de radiodifusión sonora.

— Sentencia 181/2013. 23-10-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.631-2008. Nulidad del precepto legal que interpreta el ámbito competencial autonómico sobre el sector eléctrico, interpretación conforme del precepto que atribuye al Estado la competencia de autorización de determinadas instalaciones eléctricas.

— Sentencia 182/2013. 23-10-2013. Recursos de inconstitucionalidad 2.602-2010, 2.603-2010, 2.644-2010 y 2.681-2010. Nulidad del precepto legal estatal que únicamente contempla la solicitud de informe autonómico previo a los planes de actuación o reestructuración en los casos que estos involucren a cajas de ahorro y cooperativas de crédito.

— Sentencia 183/2013. 23-10-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4.965-2011. Constitucionalidad del precepto legal autonómico que no incluye la necesidad de acuerdo con el propietario previo a la ocupación directa de terrenos dotacionales.

— Sentencia 184/2013. 4-11-2013. Recurso de amparo 4.974-2011. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (motivación) y a un proceso con todas las garantías: Sentencia de apelación que invoca erróneamente la STC 167/2002 para rechazar la revisión de la condena penal impuesta en primera instancia.

— Sentencia 185/2013. 4-11-2013. Recurso de amparo 254-2012. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): Resoluciones judiciales que desconocen la posibilidad de subsanar, en el plazo habilitado al efecto, la omisión del trámite de conciliación previa.

— Sentencia 186/2013. 4-11-2013. Recurso de amparo 2.022-2012. Supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar y de las libertades de circulación y residencia: Orden de expulsión del territorio nacional que no impide a la hija menor de edad el disfrute efectivo de sus libertades de circulación y residencia; el derecho a la vida familiar no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar.

— Sentencia 187/2013. 4-11-2013. Recurso de amparo 3.506-2012. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad personal y a la legalidad penal: Apreciación sobre prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente.

— Sentencia 188/2013. 4-11-2013. Recurso de amparo 3.769-2012. Supuesta vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio: Resoluciones judiciales que autorizaron la entrada en el domicilio del recurrente para proceder a la ejecución de una resolución administrativa de desalojo y demolición.

— Sentencia 189/2013. 7-11-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 7.686-2009. Derecho a la legalidad sancionadora *(bis in idem):* Interpretación conforme del precepto legal que tipifica como infracción muy grave la comisión de más de dos faltas graves en un año.

— Sentencia 190/2013. 18-11-2013. Recurso de amparo 6.685-2010. Vulneración del derecho a la intimidad: Especulaciones sobre la identidad del progenitor carente del mínimo interés o relevancia pública que legitime la intromisión en la intimidad.

— Sentencia 191/2013. 18-11-2013. Recurso de amparo 2.534-2012. Vulneración del derecho a la participación política: Interpretación del Reglamento de la Cámara que no respeta adecuadamente el núcleo esencial del derecho de representación política al excluir de las posibilidades de solicitud de comparecencia ante las comisiones permanentes a quienes hayan cesado en sus responsabilidades políticas.

— Sentencia 192/2013. 18-11-2013. Recurso de amparo 659-2013. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la libertad personal y a la legalidad penal: apreciación sobre prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente.

— Sentencia 193/2013. 21-11-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.491-2012. Competencias sobre ordenación general de la economía y ordenación administrativa de la actividad comercial; libertad de empresa: Nulidad del precepto legal autonómico que introduce limitaciones a la libre instalación de algunas modalidades de distribución comercial en la trama urbana consolidada sin motivar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que las justifique.

— Sentencia 194/2013. 2-12-2013. Recurso de amparo 6472-2011. Promovido por don José María Claros Claver respecto de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la resolución de la Dirección General de Trabajo autorizando un expediente de regulación de empleo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de un recurso contencioso-administrativo acordada sin aceptar la interrupción del cómputo del plazo por una previa demanda presentada ante el orden jurisdiccional social, cuya incompetencia no era manifiesta, y por la formalización de un recurso de alzada en vía administrativa (STC 194/2009). Votos particulares.

— Sentencia 195/2013. 2-12-2013. Recurso de amparo 162-2012. Promovido por don J. M. G. V. respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenó, en apelación, por un delito de robo con intimidación y uso de instrumentos peligrosos. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena fundada en la atribución de valor probatorio al atestado policial y que altera el relato de hechos probados de la sentencia de instancia mediante valoración de pruebas personales sin respetar las garantías de inmediación y contradicción (STC 167/2002).

— Sentencia 196/2013. 2-12-2013. Recurso de amparo 5652-2012. Promovido por don J. A. M. S. respecto de las sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Jaén que le condenaron por un delito de sustracción de menores. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena fundada en una interpretación del elemento subjetivo del delito ajena a la consideración constitucional de la culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal.

— Sentencia 197/2013. 2-12-2013. Recurso de amparo 2028-2013. Promovido por don A. F. M. y tres personas más frente a la sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ayamonte en juicio de desahucio por precario. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento edictal tras una indagación insuficiente del paradero de los requeridos (STC 61/2010).

— Sentencia 198/2013. 5-12-2013. Conflicto positivo de competencia 534-2004. Planteado por el Gobierno de la nación respecto del acuerdo suscrito el 21 de septiembre de 2003 por el Consejero de Agricultura y de Pesca del Gobierno Vasco y el Ministro de Pesca y de Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania. Competencias sobre relaciones internacionales y pesca: acuerdo que vulnera la competencia exclusiva del Estado para celebrar tratados internacionales (STC 165/1994).

— Sentencia 199/2013. 5-12-2013. Recurso de amparo 9530-2005. Promovido por don O. G. S. respecto de las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que le condenaron por un delito de daños terroristas. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos personales, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y legalidad penal: consideración como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial. Votos particulares.

— Sentencia 200/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 3701-2006. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 13/2005, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas en materia de tributos cedidos y tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: STC 96/2013 (constitucionalidad del impuesto autonómico sobre daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta).

— Sentencia 201/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 8434-2006. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, en conexión con el artículo 125 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Competencias sobre colegios profesionales: nulidad de los preceptos legales autonómicos que atribuyen en exclusiva a los estatutos colegiales el establecimiento del régimen sancionador y disponen la adscripción obligatoria al colegio profesional; interpretación conforme de los preceptos legales autonómicos relativos a la creación de colegios profesionales por reglamento y mediante fusión y segregación, así como a la colaboración y cooperación entre colegios (STC 3/2013).

— Sentencia 202/2013. 5-12-2013. Conflicto positivo de competencia 2790-2007. Planteado por el Gobierno de la nación respecto del acuerdo del director

territorial de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Generalitat Valenciana que ratifica la orden de suspensión cautelar de las obras correspondientes al proyecto «Planta desaladora para garantizar los regadíos del trasvase Tajo-Segura», en el ámbito territorial del parque natural de Las Lagunas de la Mata y Torrevieja (Alicante). Competencias sobre obras públicas de interés general: nulidad de la resolución autonómica de paralización cautelar de una obra pública estatal consistente en la construcción de una planta desaladora ubicada en una cuenca hidrográfica intracomunitaria cuyos efectos trascienden el ámbito territorial autonómico (STC 227/1988).

— Sentencia 203/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6601-2007. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, en relación con la Ley de las Cortes de Castilla y León 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente. Principios de igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, derecho a la tutela judicial efectiva: nulidad de la ley autonómica singular al no existir la extraordinaria trascendencia y complejidad del objeto regulado que justifique el sacrificio del control de la medida por la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 166/1986).

— Sentencia 204/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 7696-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 12.4 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears, redactado por la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, turismo y comercio interior; libertad de circulación de personas y bienes: nulidad del precepto legal autonómico que extiende a los comercios turísticos el régimen excepcional de venta de labores del tabaco establecido por la legislación básica estatal para los alojamientos turísticos.

— Sentencia 205/2013. 5-12-2013. Recursos de amparo 5421-2008, 5422-2008 y 5423-2008 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por don G. K. B., don J. M. A. M. y doña María C. B. C., en relación con la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que les condenó por un delito de desobediencia. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, imparcialidad judicial, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia: condena por no haber procedido a la disolución del Grupo Parlamentario Socialista Abertzaleak, ordenada por la Sala Especial prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo. Voto particular.

— Sentencia 206/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2691-2009. Promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales del Estado para 2009. Límites materiales a las leyes de presupuestos: inconstitucionalidad de los preceptos

legales que modifican el régimen de infracciones y sanciones en el orden social y la regulación general de subvenciones (STC 9/2013).

— Sentencia 207/2013. 5-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4285-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el apartado 7 del artículo único de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y relaciones internacionales; régimen financiero de Navarra: nulidad del precepto legal foral que declara exentos de la contribución territorial los bienes de la Iglesia católica y las asociaciones no católicas legalmente reconocidas y con las que existan acuerdos de colaboración, únicamente cuando estén destinados al culto.

— Sentencia 208/2013. 16-12-2013. Recurso de amparo 1110-2011. Promovido por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional en relación con la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que desestimó la demanda sobre protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en relación con una entrevista emitida en el programa televisivo «Crónicas marcianas». Vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen: entrevista carente de interés informativo realizada con el propósito de ridiculizar al entrevistado.

— Sentencia 209/2013. 16-12-2013. Recurso de amparo 2354-2012. Promovido por don J. L. C. B. en relación con las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su recurso frente a las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central confirmando en alzada sendos acuerdos de liquidación y sanción tributaria. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): cómputo no irrazonable del plazo para la interposición del recurso de alzada que expira en el día cuyo ordinal coincide con el de la notificación de la resolución administrativa controvertida.

— Sentencia 210/2013. 16-12-2013. Recurso de amparo 2501-2012. Promovido por don H. R. C. respecto de los Autos de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordaron su prisión provisional en distintos procedimientos de orden europea de detención y entrega. Vulneración del derecho a la libertad personal: resoluciones judiciales que acuerdan una medida de prisión provisional diferida sin cobertura legal y transgrediendo los principios de excepcionalidad, previsibilidad y proporcionalidad.

— Sentencia 211/2013. 16-12-2013. Recurso de amparo 2791-2012. Promovido por don Á. C. LL. y doña S. G. P. en relación con los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictados en ejecución de sentencia. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (ejecución): resoluciones judiciales que instan a la iniciación de un nuevo proceso para la impugnación de un acto administrativo dictado en ejecución de sentencia.

— Sentencia 212/2013. 16-12-2013. Recurso de amparo 5790-2012. Promovido por doña L. del C. R. S. en relación con las Resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia y de un Juzgado de lo Social de Madrid en proceso por despido. Vulneración de los derechos a la defensa y a la prueba: denegación del visionado de una cinta grabada por una cámara de seguridad con el que se trataba de acreditar la vulneración del derecho a la intimidad.

— Sentencia 213/2013. 19-12-2013. Conflicto positivo de competencia 4748-2004. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo, aprobado por el Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero. Competencias en educación y función pública: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a funcionarios docentes que realizan actividades inspectoras (STC 184/2012).

— Sentencia 214/2013. 19-12-2013. Conflicto positivo de competencia 5814-2005. Planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria. Competencias sobre ferrocarriles: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales (SSTC 245/2012 y 83/2013).

— Sentencia 215/2013. 19-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2964-2009. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con los artículos 12 y 28 de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. Competencias sobre función pública: interpretación conforme de la regulación autonómica de la situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico del personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud.

— Sentencia 216/2013. 19-12-2013. Recurso de amparo 10846-2009. Promovido por la asociación Colectivo Cuadernos del Sureste y por don J. A. J. M. en relación con la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que estimó, en casación, una demanda por intromisión en el derecho al honor. Vulneración del derecho a la libertad de expresión: condena por las críticas dirigidas contra un secretario de Ayuntamiento en el marco de una información sobre un tema de relevancia pública, como es el desarrollo urbanístico de la isla de Lanzarote (STC 89/2010).

— Sentencia 217/2013. 19-12-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2539-2010. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010. Límites materiales de las leyes de presupuestos: constitucionalidad de los preceptos

legales relativos a diferentes fondos, organismos e instituciones públicas y a las asignaciones complementarias para Andalucía (STC 3/2003).

— Sentencia 218/2013. 19-12-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 8389-2010. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Alicante, en relación con el artículo 47.1 de la Ley de las Cortes Valencianas 4/2003, de 26 de febrero, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos. Derecho a la legalidad sancionadora: constitucionalidad del precepto legal autonómico que tipifica como infracción muy grave la permisividad respecto de conductas penalmente ilícitas o ilegales, en especial el consumo o tráfico de drogas.

— Sentencia 219/2013. 19-12-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 3460-2011. Planteada por el Juzgado de lo Social, número 1 de Santander, en relación con el apartado cuatro del artículo 27 de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010, en la redacción dada por el artículo 2.5 de la Ley de Cantabria 5/2010, de 6 de julio. Competencias sobre ordenación general de la economía: nulidad del precepto legal autonómico que no excepciona al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas de la reducción salarial establecida en la legislación básica estatal (STC 171/1996).

— Auto 243/2013. 22-10-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3.207-2013, en relación con el Decreto Legislativo 2/2013, de 12-3-2013, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía.

— Auto 267/2013. 19-11-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 851-2013, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 1 de Elche, en relación con el artículo 8.1.*b)* del TR de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20-6-2008.

— Auto 296/2013, 17-12-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3109-2013, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 11 de Barcelona, en relación con el artículo 21.7.1.*g)* del Texto Refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 3/2008, de 25 de junio.

— Conflicto Positivo de Competencia 4.305-2013. Regula los certificados de profesionalidad en la redacción que les otorga el artículo primero del Real Decreto 189/2013, de 15-3-2013.

— Conflicto Positivo de Competencia 4.911-2013. Relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

— Conflicto Positivo de Competencia 5.107-2013. Se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las

mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2013.

— Conflicto Positivo de Competencia 6.893-2013, en relación con el Real Decreto 515/2013, de 5-7-2013, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento de la Unión Europea.

— Conflicto Positivo de Competencia 6.975-2013, en relación con el artículo 5.1 y 2; la Disposición Final 2.ª, apartados 3 y 18; Disposición Final 3.ª, apartado 5 y la Disposición Final 1.ª del Real Decreto 609/2013, de 2-8-2013, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2013-2014, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21-12-2007, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas.

— Corrección de errores del Conflicto positivo de competencia 6.975-2013, en relación con el artículo 5.1 y 2; Disposición Final segunda, apartados 3 y 18; Disposición Adicional tercera, apartado 5, y Disposición Final primera del Real Decreto 609/2013, de 2 de agosto, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2013-2014, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas y contra los artículos 1.1, 2.4, 50.6 y 7 y Disposición Transitoria primera, apartado 2 de la Resolución de 13 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan becas de carácter general para el curso académico 2013-2014, para estudiantes que cursen estudios postobligatorios.

— Conflicto positivo de competencia 7.237-2013, contra los artículos 2.1, 5.1, 3, 4, 5 y 6; 6; 7.2 y 3; 8.1 y 10 del Real Decreto 635/2013, de 2 de agosto, por el que, en desarrollo del «Plan de Impulso al Medio Ambiente en el sector hotelero PIMA Sol» para la rehabilitación energética de sus instalaciones, se regula la adquisición de créditos futuros de carbono por el Fondo de carbono para una economía sostenible.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.081-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad en su aplicación al personal laboral del sector público por posible vulneración del artículo 9.3 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.173-2013. Posible vulneración de los artículos 24.1, 9.2, 14 y 31.1 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.370-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.371-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.372-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.373-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.374-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.375-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.391-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.438-2013. Regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 3/2013. 23-2-2013, por posible vulneración de los artículos 24 y 86 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.490-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.037-2013. Vivienda de Galicia por posible vulneración del artículo 149.1.6 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.038-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.522-2013, en relación con el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración de los artículos 9.3, 86.1, 149.1.13, 149.1.18 y 156.1 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.632-2013, en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-72012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.633-2013, en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad en su aplicación al personal laboral del sector público por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.833-2013, en relación con el párrafo primero del apartado 1, y con los apartados 7 y 8, de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 8/2012, de 29-6-2012, de vivienda de Galicia, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 18 CE, en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117 y 118 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.907-2013, en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación a los funcionarios públicos, por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 7142-2013, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 14, 39.1 y 2 y 139.1 de la Constitución.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.286-2013. Medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.912-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.465-2013. Contra la nueva redacción de varios apartados de reforma del Consejo General del Poder Judicial.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.493-2013. Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.559-2013. Contra la Ley Foral 24/2012, de 26-12-2012, reguladora del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.567-2013. Medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, desarrollo y la innovación.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.851-2013. Medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.852-2013. Medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.031-2013. Medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.036-2013. Medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.199-2013. Prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.227-2013. Medidas para la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.228-2013. Fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.368-2013. Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.412-2013. Medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sistema financiero.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.777-2012. Modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.866-2013, contra el artículo 38 y anexo y, por conexión, artículo 37 del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo.

— Recurso de inconstitucionalidad 7.084-2013, contra el Decreto-ley 5/2013, de 6 de septiembre, por el cual se adoptan determinadas medidas urgentes en relación con la implantación, para el curso 2013-2014, del sistema de tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Illes Balears.

— Recurso de inconstitucionalidad 7.357-2013, contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción al artículo 1.3 y se introducen los artículos 25 y 53.1.*a)* en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y Disposición Adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Recursos de inconstitucionalidad 803-2010 y 2.977-2010, acumulados, interpuestos respectivamente, contra el Decreto-ley 1/2010, de 7-1-2010, del Consell de la Generalitat Valenciana, de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia y diversos preceptos de la Ley 2/2010, de 31-3-2010, de la Generalitat, de Medidas de Protección y Revitalización del Conjunto Histórico de la Ciudad de Valencia.

— Recursos de inconstitucionalidad 4.522-2013, contra la Ley 5/2012, de 15-10-2012, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

— Recursos de inconstitucionalidad 4.834-2013, contra el artículo único de la Ley Foral 25/2013, de 2-7-2013, por el que se modifica el apartado 2 del artículo único de la Ley Foral 28/2012, de 28-12-2013, por la que se crea, con efectos para el año 2012, un complemento personal transitorio por pérdida de poder adquisitivo.

— Recursos de inconstitucionalidad 6.645-2013, contra el Decreto-ley 5/2013, de 7-11-2013, del Consell de la Comunitat Valenciana, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la prestación del servicio público de radio y televisión de titularidad de la Generalitat.

— Recursos de inconstitucionalidad 7.089-2013, contra la Ley Foral 8/2013, de 25-2-2013, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el

derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 18-9-2013. Fija doctrina jurisprudencial en relación con el cómputo de los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de prestaciones por incapacidad permanente y jubilación.

— Sentencia 23-9-2013. Fija doctrina jurisprudencial en relación con el cómputo de los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de prestaciones por incapacidad permanente y jubilación.

— Sentencia 7-10-2013. Fija como doctrina legal que el artículo 22.2, párrafo segundo de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, debe ser interpretado en el sentido de que la exención tributaria que establece a favor del operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal no alcanza a los bienes inmuebles desde los que provee tal servicio y las demás prestaciones postales que realiza en régimen de competencia con otros operadores del sector.

— Sentencia 15-10-2013. En el recurso de casación para la unificación de doctrina número 1195/2013, interpuesto por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad (art. 219.3 LRJS), por la que se fija doctrina jurisprudencial en relación con el contenido del escrito de impugnación del recurso de casación para la unificación de doctrina, estableciéndose que no puede solicitar el impugnante que se reduzca el importe de la condena fijada en la sentencia de instancia.

— Sentencia 16-10-2013. Declara la ilegalidad en la redacción dada por el Real Decreto 687/2005 del apartado *b)* del artículo 111 del Real Decreto 1774/2004: «...y el contribuyente no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español».

— Sentencia 3-12-2013. Se anula el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 17 de junio de 2011, resolutorio del recurso de reposición deducido frente al de 13 de octubre de 2006, y se rectifica la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de ley número 128/2002.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 6/2013. 22-10-2013. Modifica la Ley 7/2011, de 3-11-2011, de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía.

— Ley 7/2013. 23-12-2013. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014.

— Decreto-ley 10/2013. 17-12-2013. Ayudas financieras a las pequeñas y medianas empresas industriales de Andalucía y de ayudas para la reconstitución del potencial de producción agrario como consecuencia de adversidades naturales.

— Decreto 223/2013. 19-11-2013. Aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2013, del funcionariado de la Administración Local con habilitación de carácter estatal en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 239/2013. 27-12-2013. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas para el año 2014.

— Decreto 240/2013. 27-12-2013. Establece ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2014.

— Decreto 1/2014. 14-1-2014. Se regula la organización y estructura de las Oficinas Judicial y Fiscal en Andalucía.

— Decreto 2/2014. 14-1-2014. Se regulan los criterios y el procedimiento para la declaración de zonas de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales.

— Orden 17-10-2013. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2014.

— Orden 5-11-2013. Publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables a que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 6/2010, de 11-6-2010, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Acuerdo 10-12-2013. Modifica los Acuerdos del Consejo de Gobierno, de 6-9-2011, por el que se aprueba el Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía, y de 26-7-2012, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía.

— Acuerdo 17-12-2013. Adopta medidas para la transparencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.286-2013. Medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Recurso de inconstitucionalidad 7.357-2013, contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción al artículo 1.3 y se introducen los artículos 25 y 53.1.*a)* en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y Disposición Adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Corrección de errores. Decreto 94/2013. 11-9-2013. Regula el régimen de distancias aplicable en Materia de Planificación Farmacéutica.

— Corrección de errores. Orden 10-10-2013. Regula las ayudas económicas familiares y su gestión mediante la cooperación entre la Junta de Andalucía y las Entidades Locales.

— Corrección de errores. Orden 5-11-2013. Publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables a que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 6/2010, de 11-6-2010, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 9/2013. 28-11-2013. Autoridad de Profesionales del Sistema Sanitario y de Servicios Sociales Públicos de Aragón.

— Ley 10/2013. 19-12-2013. Del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental.

— Decreto Legislativo 4/2013. 17-12-2013. Aprueba el TR de la Ley del Patrimonio de Aragón.

— Orden 20-12-2013. Determina las condiciones a las que ha de ajustarse la prórroga del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de 2013, hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos para 2014.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 3/2013. 3-12-2013. Aprueba el Texto Refundido de la Ley de regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón.

— Corrección de errores. Decreto 160/2013. 7-10-2013. Modifica el Decreto 331/2011. 6-10-2013. Aprueba la estructura orgánica del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes.

— Corrección de errores. Decreto 167/2013, de 22 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de los apartamentos turísticos en Aragón.

ASTURIAS

— Ley 4/2013. 6-11-2013. Autorización de endeudamiento como consecuencia del incremento de déficit autorizado para 2013.

— Decreto 112/2013. 4-12-2013. Aprueba la alteración de los términos municipales de los concejos de Grandas de Salime y San Martín de Oscos.

— Decreto 113/2013. 4-12-2013. Regula la organización y funcionamiento de los registros de la Administración del Principado de Asturias y de sus organismos y entes públicos.

— Decreto 114/2013. 4-12-2013. Creación y regulación de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Principado de Asturias.

— Resolución de 18-11-2013. Rectificación de errores de la Resolución de 3 de octubre de 2013, de concesión de ayudas del Principado de Asturias destinadas a gasto de alquiler de viviendas de personas en situación de necesidad social, correspondiente a la segunda comisión de valoración.

— Resolución de 29-11-2013. Concesión de subvenciones del Principado de Asturias destinadas a gastos de adquisición de vivienda protegida autonómica y vivienda usada correspondiente a la Comisión de Valoración.

— Resolución de 13-12-2013. Concesión de ayudas del Principado de Asturias destinadas a gastos de alquiler de viviendas de personas en situación de necesidad social, correspondiente a la segunda subcomisión de la tercera comisión de valoración.

— Resolución de 27-12-2013. Se convocan subvenciones públicas para 2014 con destino a la realización de acciones de formación para la mejora de la empleabilidad de los jóvenes menores de treinta años y de los colectivos con mayores dificultades de inserción, cofinanciables con cargo al Programa Operativo del Fondo Social Europeo del Principado de Asturias para el periodo de programación 2014-2020.

BALEARES

— Ley 6/2013. 7-11-2013. Pesca marítima, marisqueo y acuicultura en las Illes Balears.

— Ley 7/2013. 26-11-2013. Régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears.

— Ley 8/2013. 23-12-2013. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2014.

— Ley 9/2013. 23-12-2013. Uso de los símbolos institucionales de las Illes Balears.

— Ley 10/2013. 23-12-2013. Modificación de la Ley 4/2009, de 11-6-2009, de servicios sociales de las Illes Balears.

— Decreto 54/2013. 5-12-2013. Modificación del Decreto 86/2010, de 25-6-2010, por el que se establecen los principios generales y las directrices de coordinación para la autorización y la acreditación de los servicios sociales de atención a personas mayores y personas con discapacidades, y se regulan los

requisitos de autorización y acreditación de los servicios residenciales de carácter suprainsular para estos sectores de población.

— Decreto 56/2013. 13-12-2013. Modificación del Decreto 63/1994, de 13-5-1994, de asunción de competencias en materia de corporaciones de derecho público (academias).

— Decreto 57/2013. 20-12-2013. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2014 a efectos de plazos administrativos.

— Decreto 59/2013. 20-12-2012. Extinción de la Agencia de Emigración y Cooperación Internacional de las Illes Balears.

CANARIAS

— Ley 5/2013. 26-12-2013. Modificación de la Ley 9/2003, de 3-4-2003, de Medidas Tributarias y de Financiación de las Haciendas Territoriales Canarias y suspensión de la vigencia del artículo 41 de la Ley 4/2012, de 25-6-2012, de Medidas Administrativas y Fiscales.

— Ley 6/2013. 27-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2014.

— Decreto 116/2013. 19-12-2013. Modificación del Reglamento de la actividad turística de alojamiento aprobado por Decreto 142/2010, de 4-10-2010.

— Decreto 117/2013. 19-12-2013. Modifica los Estatutos de la Academia Canaria de Ciencias, aprobados por Decreto 65/1987, de 24-4-1987.

— Decreto 120/2013. 26-12-2013. Modifica el Reglamento de gestión de los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias aprobado por Decreto 268/2011, de 4-8-2011.

— Decreto 121/2013. 26-12-2013. Adopta medidas coyunturales para la reducción del gasto público durante el año 2014.

— Decreto 3/2014. 23-1-2014. Regula el Observatorio Canario de la Juventud.

— Orden 9-12-2013. Crea y regula el Registro Electrónico de la Administración Tributaria Canaria.

— Orden 9-12-2013. Regula el reconocimiento de la aplicación del tipo cero del Impuesto General Indirecto Canario en las entregas de bienes y ejecuciones de obra de equipamiento comunitario.

— Orden 12-12-2013. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2014.

— Orden 27-12-2013. Establece, en el ámbito de la Administración Tributaria Canaria, el sistema de dirección electrónica habilitada, la obligatoriedad, para determinados supuestos, de la práctica de notificaciones electrónicas, y el registro electrónico de apoderamientos.

— Orden 30-12-2013. Fija los índices, módulos y demás parámetros del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario para el año 2014.

— Orden 16-1-2014. Determina los datos bancarios que deben contener la base de datos de terceros acreedores de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y los organismos públicos dependientes.

— Orden 24-1-2014. Corrige error material en la Orden de 16 de enero de 2014, por la que se determinan los datos bancarios que deben contener la base de datos de terceros acreedores de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y los organismos públicos dependientes *(BOC* núm. 13, de 21-1-14).

— Resolución de 13-12-2013, por la que se adapta el modelo para la presentación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, modelo 652 de Autoliquidación por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida.

— Resolución de 20-12-2013. Modifica el modelo 400 de declaración.

— Resolución de 20-12-2013. Establece la presentación telemática del modelo 425 de declaración-resumen anual del Impuesto General Indirecto Canario y del modelo 451 de solicitud de devolución del Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias.

— Resolución de 15-1-2014. Establece procedimientos o trámites concretos para los que pueda otorgarse apoderamiento para actuar de forma electrónica ante la Administración Tributaria Canaria.

— Corrección de errores. Ley 4/2013. 2-10-2013. Concesión de crédito extraordinario por importe de cincuenta y seis millones doscientos cuarenta mil ochocientos setenta euros y veintisiete céntimos (56.240.870,27), y suplemento de crédito, por importe de ciento cincuenta millones ciento noventa y nueve mil ciento veintinueve euros y setenta y tres céntimos (150.199.129,73), a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013.

CANTABRIA

— Ley 6/2013. 6-11-2013. Cooperativas de Cantabria.

— Ley 7/2013. 25-11-2013. Regula el aprovechamiento eólico en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Ley 8/2013. 2-12-2013. Modifica la Ley de Cantabria 2/2004, de 27-9-2004, del Plan de Ordenación del Litoral.

— Correccion de errores. Ley 8/2013. 2-12-2013. Modifica la Ley de Cantabria 2/2004, de 27-9-2004 del Plan de Ordenación del Litoral.

— Ley 9/2013. 27-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2014.

— Ley 10/2013. 27-12-2013. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Decreto 67/2013. 14-11-2013. Modifica parcialmente la Estructura Básica de la Consejería de Presidencia y Justicia.

— Decreto 74/2013. 28-11-2013. Crea el Registro de Publicaciones y Premios de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Decreto 80/2013. 12-12-2013. Modifica el Decreto 137/2006, de 28-12-2006, por el que se adapta la organización y funcionamiento del organismo pagador de los gastos financiados por el FEAGA y el FEADER en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Decreto 1/2014, de 9 de enero, por el que se regulan las condiciones y se crea el Registro de los Informes de Evaluación del Edificio.

— Decreto 2/2014, de 9 de enero, por el que se regula el Libro del Edificio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Orden 2/2014. 20-01-2014. Aprueba el Plan de Inspección Ambiental en Cantabria para las instalaciones sometidas a Autorización Ambiental Integrada (2014-2020).

— Anuncio de la adecuación de la Autorización Ambiental Integrada 001/2005 a la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados.

— Aprobación definitiva de la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 7/2013. 21-11-2013. Adecuación de procedimientos administrativos y reguladora del régimen general de la declaración responsable y comunicación previa.

— Ley 8/2013. 21-11-2013. Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

— Ley 9/2013. 12-12-2013. Acompañamiento a los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

— Ley 10/2013. 20-12-2013. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

— Decreto 99/2013. 28-11-2013. Atribuye competencias en materia de cooperativas, sociedades laborales, trabajo, prevención de riesgos laborales y empleo.

— Decreto 7/2014, de 22-1-2014, por el que se regula el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria en Castilla-La Mancha.

— Orden 14-11-2013. Regula el sistema único de pago electrónico de uso común de los recursos económicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de 3-4-2012, por la que se establece el procedimiento para la presentación telemática de autoliquidaciones tributarias.

— Orden 9-12-2013. Regula el Registro de Empresas con Distintivo de Excelencia en Igualdad, Conciliación y Responsabilidad Social Empresarial.

— Orden 16-12-2013. Se complementan las tablas de precios medios de venta de vehículos, aprobadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, para utilizar en la aplicación del IS y D y del ITP y AJD.

— Orden 18-12-2013. Aprueba los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los IS y D y sobre ITP y AJD para el año 2014.

— Orden 14-1-2014. Modifica la Orden de 22-10-2013, de implantación del gestor electrónico de expedientes de contratación en todos los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Orden 27-1-2014. Normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2014.

— Resolución de 21-1-2014. Da publicidad a las subvenciones concedidas al amparo de la Orden de 12-11-2013, de la Consejería de Empleo y Economía, por la que se modifica la Orden de 15-11-2012, por la que se regulan los programas de formación en alternancia en el empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas, y se aprueba la convocatoria de talleres de empleo y unidades de promoción y desarrollo para 2013.

— Resolución de 22-1-2014. Da publicidad a las subvenciones concedidas, dentro de su respectivo ámbito competencial, al amparo de la Orden de 27-9-2013, de la Consejería de Empleo y Economía, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a crear oportunidades de inserción en el mercado laboral mediante la contratación de duración determinada de trabajadores desempleados en Castilla-La Mancha y se aprueba la convocatoria para su concesión con cargo al ejercicio presupuestario 2013, modificada por Orden de 19-11-2013.

— Corrección de errores. Resolución de 22-7-2013. Da publicidad a las subvenciones concedidas al amparo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 13-4-1994, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones consistentes en el abono de cuotas a la Seguridad Social a perceptores del pago único, previsto en el artículo 1.º del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, de subvención de cuotas a la Seguridad Social.

— Acuerdo 19-12-2013. Ordena la publicación de declaraciones de actividades, bienes y rentas de los gestores públicos de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 8/2013. 29-10-2013. Ciudadanía castellana y leonesa en el exterior.

— Ley 9/2013. 3-12-2013. Pesca de Castilla y León.

— Ley 10/2013. 16-12-2013. Medidas urgentes en materia de vivienda.

— Ley 11/2013. 23-12-2013. Medidas Tributarias y de Reestructuración del Sector Público Autonómico.

— Ley 12/2013. 23-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2014.

— Decreto 79/2013. 26-12-2013. Aprueba el Plan Estadístico de Castilla y León 2014-2017.

— Decreto 80/2013. 26-12-2013. Adapta la normativa de prevención de riesgos laborales a la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y sus Organismos Autónomos.

— Decreto 2/2014. 23-1-2014. Fija las cantidades retributivas para el año 2014 del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1.029/2013. 2-12-2013. Establece el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos, que regirá durante el año 2014 en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1.034/2013. 10-12-2013. Modifica la Orden EYE/23/2012, de 12-1-2012, por la que se regula el procedimiento de inscripción en el Registro de Certificaciones de Eficiencia Energética de Edificios de Castilla y León.

— Orden 1.044/2013. 17-12-2013. Establece las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a empresas para contribuir a la financiación del coste de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes devengada por los trabajadores en situación de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en el ámbito territorial de Castilla y León.

— Corrección de errores. Orden 1.044/2013. 17-12-2013. Modifica la Orden EYE/1082/2012, de 14 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a empresas para contribuir a la financiación del coste de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes devengada por los trabajadores en situación de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en el ámbito territorial de Castilla y León.

— Orden 1.048/2013. 23-10-2013. Modifica Orden AYG/2.416/2009, de 14-12-2013, por la que establece el procedimiento para la notificación de la cesión de derechos de ayuda en el régimen de pago único.

— Resolución de 27-11-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de las Cortes de Castilla y León de convalidación del Decreto-ley 2/2013, de 21-11-2013, por el que se adoptan medidas extraordinarias de apoyo a las personas y familias afectadas por la crisis en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social en Castilla y León.

— Resolución de 2-1-2014. Publica las subvenciones derivadas del Plan Estatal 2009-2012 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, concedidas en el ejercicio 2013 (cuarto trimestre).

— Acuerdo 99/2013. 19-12-2013. Aprueba el Plan Anual de Actuación de la Inspección General de Servicios de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2014.

CATALUÑA

— Ley 1/2014. 27-1-2014. De presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2014.

— Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público.

— Decreto Ley 4/2013. 22-10-2013. Autoriza al Instituto Catalán de Finanzas a constituir una sociedad anónima para que actúe como entidad de crédito y se modifican determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Instituto Catalán de Finanzas, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2002, de 24 de diciembre.

— Decreto 264/2013. 10-12-2013. Establecimiento del régimen de autonomía económica y financiera de la Delegación del Gobierno de la Generalidad de Cataluña ante la UE.

— Orden 321/2013. 12-12-2013. Determina el órgano competente para la gestión, recaudación e inspección del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

— Orden 322/2013. 12-12-2013. Determina los requisitos necesarios para no liquidar y anular las liquidaciones de las deudas tributarias y no tributarias de la Generalidad de Cataluña que no exceden de seis euros, y por la que se determina el límite exento respecto del cual en las solicitudes de fraccionamiento y aplazamiento no será necesaria la prestación de garantía.

— Resolución de 26-11-2013. Convoca concurso ordinario número 289 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 26-11-2013. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución 2.455/2013. 14-11-2013. Modifica parcialmente la Resolución INT/2.955/2012, de 21-12-2013, por la que se establecen las restricciones a la circulación durante el año.

— Resolución 477/X. Se hace pública la derogación del Decreto-ley 5/2013, de 22 de octubre, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

— Resolución 478/X. Publica la derogación del Decreto-ley 4/2013, de 22 de octubre, por el que se autoriza al Instituto Catalán de Finanzas a constituir una sociedad anónima para que actúe como entidad de crédito y se modifican determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley del Instituto Catalán de Finanzas, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2002, de 24 de diciembre.

— Resolución 480/X. Convalidación del Decreto-ley 6/2013, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña.

— Resolución 2836/2013. 20-12-2013. Establece las restricciones a la circulación durante el año 2014 y se deja sin efecto la Resolución INT/2010/2012, de 26 de septiembre.

— Conflicto Positivo de Competencia 190-2013. Convoca ayudas a corporaciones locales para actividades culturales que fomenten la comunicación cultural correspondiente al año 2012.

— Recurso de inconstitucionalidad 2.681-2010. Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.596-2011. Varios preceptos de la Ley 2/2011, de 4-3-2011, de economía sostenible.

— Recurso de inconstitucionalidad 6.777-2012. Contra los artículos 59, 64.4 y apartado 7.º de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 3/2012, de 22-2-2012, de modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Recurso de inconstitucionalidad 8.434-2006, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, en conexión con el artículo 125 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (sentencia).

EXTREMADURA

— Ley 6/2013. 13-12-2013. Medidas tributarias de impulso a la actividad económica.

— Ley 7/2013. 27-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2014.

— Ley 8/2013. 27-12-2013. Comunicación y publicidad institucional de Extremadura.

— Decreto 137/2013. 30-7-2013. Aprueba el Plan de Rehabilitación y Vivienda de Extremadura 2013-2016 y las bases reguladoras de las subvenciones autonómicas en esta materia.

— Decreto 233/2013. 10-12-2013. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2014 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 234/2013. 10-12-2013. Regula las bases reguladoras y la convocatoria única de las subvenciones destinadas a los adquirentes o adjudicatarios de viviendas protegidas de nueva construcción de régimen general o especial

radicadas en Extremadura, que se hayan visto afectados por las nuevas exigencias impuestas para la obtención de la ayuda estatal directa a la entrada.

— Decreto 243/2013. 30-12-2013. Aprueba el V Plan Regional de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (2014-2017).

— Decreto 244/2013. 30-12-2013. Modifica el Decreto 156/2012, de 3 de agosto, por el que se establecen las bases reguladoras de las ayudas destinadas a la incorporación de investigadores doctores, tecnólogos y titulados universitarios a las empresas para el desarrollo de proyectos de I+D+i en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 245/2013. 30-12-20103. Modifica el Decreto 213/2012, de 19 de octubre, por el que se establecen las bases reguladoras del programa de ayudas para el fomento de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación en la actividad emprendedora y empresarial de las pequeñas, medianas y grandes empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 4-12-2013. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de coste de la obra nueva de determinados bienes inmuebles, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación del ITP y AJD para los hechos imponibles que se devenguen en el año 2014, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 18-12-2013. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles del ITP y AJD y IS y D, que se devenguen en el año 2014 y que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

— Orden 18-12-2013. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles del ITP y AJD y IS y D, que se devenguen en el año 2014, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 18-12-2013. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles del ITP y AJD y IS y D, que se devenguen en el año 2014, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención

— Orden 18-12-2013. Convoca ayudas en materia de acogimiento familiar para el ejercicio 2014.

— Corrección de errores. Orden 2-10-2013. Aprueba el Plan de Rehabilitación y Vivienda de Extremadura 2013-2016 y las bases reguladoras de las subvenciones autonómicas en esta materia.

GALICIA

— Ley 9/2013. 19-12-2013. Emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia.

— Ley 10/2013. 27-11-2013. Inclusión social de Galicia.

— Ley 11/2013. 26-12-2013. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2014.

— Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias.

— Ley 13/2013, de 23 de diciembre, de caza de Galicia.

— Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

— Decreto 176/2013. 21-11-2013. Aprueba el Plan de seguimiento de las Directrices de ordenación del territorio de Galicia y de la sostenibilidad territorial.

— Orden 11-12-2013. Prorroga, durante el cuarto trimestre de 2013 y el primer, segundo y tercer trimestres de 2014, el acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Consejo Gallego de los Procuradores sobre la compensación económica por la asistencia jurídica gratuita.

— Orden 11-12-2013. Prorroga durante el cuarto trimestre de 2013 y el primer, segundo y tercer trimestres de 2014, el acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Consejo de la Abogacía Gallega sobre la compensación económica por la asistencia jurídica gratuita.

— Orden 27-12-2013. Desarrolla el medio de comprobación de valores de precios medios de mercado aplicable a determinados inmuebles rústicos y urbanos situados en la Comunidad Autónoma de Galicia, y se aprueban los precios medios en el mercado aplicables en el ejercicio 2014.

— Cuestión de inconstitucionalidad 6.833/2013 en relación con el párrafo primero del apartado 1, y con los apartados 7 y 8 de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 8/2012, de 29-6-2012, de vivienda de Galicia, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 18 CE, en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117 y 118 CE.

LA RIOJA

— Ley 12/2013. 23-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2014.

— Ley 13/2013. 23-12-2013. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2014.

— Decreto 42/2013. 29-11-2013. Crea la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos.

— Decreto 43/2013. 5-12-2013. Regula el Registro de Contratos del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 44/2013. 5-12-2013. Modifica el Decreto 27/2012, de 13-7-2012, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia y Justicia y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3-3-2003, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 45/2013. 5-12-2013. Regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo para el personal funcionario y laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos.

— Decreto 48/2013. 20-12-2013. Modifica el Decreto 47/2012, de 27 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 3/2014. 17-1-2014. Regula el procedimiento de valoración para la conservación o eliminación de los documentos que integran el Patrimonio Documental de La Rioja.

— Orden 11/2013. 13-12-2013. Anticipa los pagos pendientes a los beneficiarios de las ayudas a inquilinos.

— Orden 1/2014. 2-1-2014. Publica las tarifas actualizadas de las tasas de la Comunidad Autónoma de La Rioja a percibir durante el año 2014.

— Orden 2/2014. 2-1-2014. Adopta criterios y directrices para la formación, actualización y valoración del inventario general de bienes y derechos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Ley 5/2013. 23-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2014.

— Ley 6/2013. 23-12-2013. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Corrección de errores. Ley 6/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

MURCIA

— Ley 10/2013. 18-10-2013. Aprovechamiento de excedentes alimentarios y creación de la Red Solidaria para el Aprovechamiento de Alimentos.

— Ley 11/2013. 29-11-2013. Modificación de la Ley 13/2012, de 27-12-2013, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para 2013, de regulación del devengo 12-2013, de la paga adicional de junio de 2014.

— Ley 12/2013. 20-12-2013. Turismo de la Región de Murcia.

— Ley 13/2013. 26-12-2013. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014.

— Ley 14/2013. Medidas tributarias, administrativas y de función pública.

— Corrección de errores. Ley 14/2013. 26-12-2013. Medidas tributarias, administrativas y de función pública, publicada con el número 18574.

— Decreto 132/2013. 8-11-2013. Crea y regula el Registro Autonómico de Empresas que sin tener la condición de entidades de crédito llevan a cabo actividades de contratación de préstamos o créditos hipotecarios o de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

— Decreto 155/2013. 27-12-2013. Crea y regula el Registro Contable de Facturas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Decreto 2/2014. 24-1-2014. Desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 30/2013. 15-10-2013. Prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

— Ley Foral 31/2013. 31-10-2013. Modifica el artículo 132 y del capítulo VIII del Título II de la Ley Foral 2/1995, de 10-3-1995, de Haciendas Locales de Navarra.

— Ley Foral 32/2013. 31-10-2013. Modifica el artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9-6-2006, de Contratos Públicos de Navarra.

— Ley Foral 33/2013. 26-11-2013. Reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936.

— Ley Foral 34/2013. 26-11-2013. Modifica la Ley Foral 10/1988, de 29-12-2013, de Saneamiento de las Aguas Residuales de Navarra.

— Ley Foral 35/2013. 26-11-2013. Determina las anualidades a las que se imputará el gasto financiero derivado del anticipo económico comprometido por el Gobierno de Navarra a favor de la sociedad «Canal de Navarra, S. A.» en concepto de «usos expectantes del Canal de Navarra», según los términos descritos en la cláusula quinta de la actualización del convenio de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación y la Comunidad Foral de Navarra para la ejecución del Canal de Navarra y por la que se concede un crédito extraordinario de 8.500.000 euros para la financiación de los gastos correspondientes al año 2013.

— Ley Foral 36/2013. 26-11-2013. Modificación de la Ley Foral 1/2012, de 23-1-2012, por la que se regula la renta de inclusión social.

— Ley Foral 37/2013. 28-11-2013. Modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10-3-1995, de Haciendas Locales de Navarra.

— Ley Foral 38/2013. 28-12-2013. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Ley Foral 39/2013. 28-122013. Regula el Impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales.

— Ley Foral 40/2013. 28-122013. Modifica la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra.

— Ley Foral 1/2014. 15-1-2014. Modifica la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 4/2013. 30-10-2013. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 63/2013. 30-10-2013. Modifica los Decretos Forales por los que se establecen la estructura y el currículo de los títulos de Técnico Superior de formación profesional adaptados a la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, con anterioridad al 1-1-2012.

— Decreto Foral 64/2013. 6-11-2013. Modifica el Decreto Foral 243/1999, de 28-6-1999, por el que se regula el alojamiento en casas rurales.

— Decreto Foral 74/2013. 18-12-2013. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2014.

— Decreto Foral 77/2013. 30-12-2013. Modifican el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8 de marzo; el Decreto Foral 188/2002, de 19 de agosto, por el que se regulan las devoluciones de ingresos indebidos en materia tributaria y las solicitudes de rectificación, impugnaciones y controversias sobre actuaciones tributarias de los obligados tributarios; el Decreto Foral 129/2002, de 17 de junio, por el que se regulan los plazos máximos de duración de diversos procedimientos tributarios y los efectos producidos por el silencio administrativo; el Decreto Foral 69/2010, de 8 de noviembre, por el que se regula la declaración anual de operaciones con terceras personas, y se modifican otras normas con contenido tributario, y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por Decreto Foral 23/2013, de 10 de abril.

— Decreto Foral 1/2014. 8-1-2014. Actualiza los umbrales comunitarios de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

— Decreto Foral 2/2014. 22-1-2014. Modifica el Decreto Foral 4/2013, de 16 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo.

— Orden Foral 365/2013. 28-10-2013. Desarrolla la obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero regulada en la Disposición Adicional decimoctava de la Ley Foral 13/2000, de 14-12-2000, General Tributaria, y se aprueba el modelo 720, «Declaración informativa de bienes y derechos situados en el extranjero».

— Orden Foral 395/2013. 28-11-2013. Modifica la Orden Foral 8/2013, de 18-1-2013, por la que se aprueba un nuevo modelo 182 de declaración informativa de donaciones y aportaciones recibidas y disposiciones realizadas.

— Orden Foral 403/2013. 11-12-2013. Al amparo del Acuerdo de Gobierno de 4-12-2013, en que se dispone la realización de operaciones de endeudamiento, se regula la emisión de deuda de Navarra.

— Orden Foral 414/2013. 20-12-2013. Se fijan los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las entidades colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2014.

— Orden Foral 416/2013. 20-12-2013. Modifica la Orden Foral 219/2008, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 190 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades empresariales y profesionales, premios y determinadas imputaciones de renta, la Orden Foral 223/2011, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 193 del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre determinadas rentas del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes y por la que se modifican los diseños físicos y lógicos del modelo 196, aprobado por Orden Foral 208/2008, de 24 de noviembre, y la Orden Foral 231/2013, de 18 de junio, por la que se aprueban los modelos 210 y 211 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente y la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente.

— Orden Foral 417/2013. 20-12-2013. Modifica la Orden Foral 17/2000, de 2 de febrero, por la que aprueban los modelos 187, en pesetas y en euros, de declaración informativa de acciones o participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en relación con las rentas o incrementos patrimoniales obtenidos como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones o participaciones y la Orden Foral 56/2004, de 1 de marzo, por la que se aprueba el modelo 184 de declaración informativa anual a presentar por las entidades en régimen de atribución de rentas.

— Orden Foral 419/2013. 24-12-2013. Dicta las normas reguladoras de la elaboración del padrón y del sistema de gestión del impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales para el año 2013, en desarrollo de la Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales, y se aprueba el modelo 795 de carta de pago.

— Orden Foral 427/2013. 30-12-2013. Aprueba el modelo F-65 de declaración de «Opciones y Renuncias. Censos Especiales (IVA). Comunicación previa al inicio de actividad», así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, y se modifica la Orden Foral 280/2006, de 15 de septiembre, por la que se aprueba el modelo F-69 de declaración-liquidación trimestral del Impuesto sobre el Valor Añadido, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet, así como las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet del modelo F-66 de declaración liquidación mensual del Impuesto sobre el Valor Añadido y la Orden Foral 132/2009, de 3 de julio, por la que se regulan los supuestos en los que será obligatoria la presentación por vía telemática y en soporte legible por ordenador de las declaraciones-liquidaciones, autoliquidaciones, declaraciones resumen anual, declaraciones informativas, así como de las comunicaciones y de otros documentos previstos por la normativa tributaria.

— Orden Foral 428/2013. 30-12-2013. Modifica la Orden Foral 8/2009, de 23 de enero, por la que se aprueba el modelo 340 de Declaración informativa de operaciones incluidas en los libros registro del Impuesto sobre el Valor Añadido, y la Orden Foral 93/2010, de 18 de junio, por la que se aprueba el modelo 349 de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

— Orden Foral 431/2013. 30-12-2013. Modifica la Orden Foral 8/2000, de 20 de enero, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el modelo 345, denominado por la Disposición Final décima de la Orden Foral 415/2007, de 5 de diciembre, de «Planes, Fondos de Pensiones, sistemas alternativos, Mutualidades de Previsión Social, Planes de Previsión Asegurados, Planes Individuales de ahorro sistemático, Planes de Previsión Social Empresarial y Seguros de Dependencia. Declaración anual», así como las condiciones y los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores por soportes directamente legibles por ordenador.

— Orden Foral 1/2014. 7-1-2014. Corrige la Orden Foral 414/2013, de 20 de diciembre, en la que se fijan los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2014.

PAÍS VASCO

— Ley 3/2013. 14-11-2013. Derogación de la Ley 2/2010, de 22-4-2010, relativa a la declaración del 25 de octubre como Día del País Vasco-Euskadiko Eguna.

— Ley 4/2013. 20-12-2013. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2014.

— Corrección de errores. Ley 4/2013. 20-12-2013. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2014.

— Norma Foral 5/2013. 17-7-2013. Medidas de lucha contra el fraude fiscal, de asistencia mutua para el cobro de créditos y de otras modificaciones tributarias.

— Norma Foral 6/2013. 30-9-2013. Aprueba la cuenta general del Territorio Histórico de Gipuzkoa de 2011.

— Norma Foral 7/2013. 6-11-2013. Aprobación de crédito adicional para el desarrollo de actuaciones de reactivación económica y de proyectos de inversión.

— Decreto 433/2013. 29-10-2013. Consejo Económico y Social Vasco/Euskadiko Ekonomia eta Gizarte Arazoetarako Batzordea.

— Decreto 434/2013. 29-10-2013. Sobre Lan Harremanen Kontseilua/Consejo de Relaciones Laborales.

— Decreto 34/2013. 2-12-2013. Segunda modificación del Decreto de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos.

— Decreto 454/2013. 3-12-2013. Modifica el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2014.

— Decreto 466/2013. 23-12-2013. Regula el Programa de Vivienda Vacía «Bizigune».

— Decreto 472/2013. 30-12-2013. Crea el Órgano Estadístico Específico del Departamento de Empleo y Políticas Sociales y se establece su organización y funcionamiento.

— Resolución de 16-12-2013. Establece medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2014 en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Instrucción 1/2013. 13-11-2013. Regula las ayudas económicas a las familias con hijos e hijas, cuando la misma se corresponde con documentos públicos extranjeros.

VALENCIA

— Ley 4/2013. 27-11-2013. Supresión de la Prestación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión de Ámbito Autonómico, de Titularidad de la Generalitat, así como de Disolución y Liquidación de Radiotelevisión Valenciana, SAU.

— Ley 5/2013. 23-12-2013. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Corrección de errores. Ley 5/2013. 23-12-2013. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 6/2013. 26-12-2013. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2014.

— Decreto 8/2013. 20-12-2013. Modifica el Decreto 19/2012, de 7-12-2013, por el que determina las Consellerías en que se organiza la Administración de la Generalitat.

— Decreto 191/2013. 20-12-2013. Modifica determinados preceptos del Decreto 90/2009, de 26-6-2009, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Pública.

— Decreto 193/2013. 20-12-2013. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Economía, Industria, Turismo y Empleo.

— Decreto 194/2013. 20-12-2013. Aprueba el Reglamento de Organización y Régimen Jurídico del Servicio Valenciano de Empleo y Formación (SERVEF).

— Decreto 196/2013. 20-12-2013. Modifica el Decreto 179/2012, de 14-12-2012, por el que establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Decreto 2/2014. 3-1-2014. Establece el órgano competente para la gestión y liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en los supuestos de transmisiones patrimoniales onerosas en las que el contribuyente sea un empresario o profesional y que tengan por objeto bienes muebles adquiridos a particulares para su reventa, excepto valores mobiliarios y medios de transporte usados no destinados a su achatarramiento.

— Corrección de errores. Decreto 2/2014. 3-1-2014. Establece el órgano competente para la gestión y liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en los supuestos de transmisiones patrimoniales onerosas en las que el contribuyente sea un empresario o profesional y que tengan por objeto bienes muebles adquiridos a particulares para su reventa, excepto valores mobiliarios y medios de transporte usados no destinados a su achatarramiento.

— Decreto 2/2014. 10-1-2014. Modifica el Decreto 19/2012, de 7 de diciembre, por el que se determinan las consellerías en que se organiza la Administración de la Generalitat.

— Decreto 4/2014. 3-1-2014. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Sanidad.

— Decreto 7/2014. 10-1-2014. Desarrolla la Ley 8/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, por la que se regulan los organismos de certificación administrativa.

— Decreto 8/2014. 10-1-2014. Modifica el Decreto 179/2012, de 14 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Orden 21/2013. 13-12-2013. Regula el modelo de autoliquidación del ITP y AJD en los supuestos de transmisiones patrimoniales onerosas en las que el contribuyente sea un empresario o profesional y que tengan por objeto bienes muebles adquiridos a particulares para su reventa, excepto valores mobiliarios y medios de transporte usados no destinados a su achatarramiento.

— Orden 22/2013. 13-12-2013. Regula las obligaciones formales de los notarios en el ámbito de los ITP y AJD y IS y D.

— Orden 23/2013. 20-12-2013. Establece los coeficientes aplicables en 2013 al valor catastral a los efectos de la comprobación de valores de determinados bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito del ITP y AJD y IS y D, así como la metodología empleada para su elaboración y determinadas reglas para su aplicación.

II. Información de actividades

ALICANTE

Los días 3 y 4 de abril de 2014 se celebraron en Benidorm unas JORNADAS *SOBRE CRÉDITO AL CONSUMO,* organizadas por el Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial (Consejo General del Poder Judicial) y la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF).

Directora Académica: doña Luisa Roldán García, Letrada del Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

Coordinador de la Jornada: don Ignacio Pla Vidal, Vicesecretario General de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF).

Ponencias:

— «El crédito al consumo: visión global (normativa y factores relevantes)», por don Antonio Giraldo Burgos, Presidente de la Comisión de Crédito al Consumo de ASNEF.
— «Transparencia y protección al cliente», por doña Arancha Gutiérrez García, responsable de la Unidad de Normativa de Transparencia del BANCO DE ESPAÑA.

— «La contratación electrónica», por don José M.ª ANGUIANO JIMÉNEZ, socio de GARRIGUES.
— «Concurso de acreedores y la prenda sin desplazamiento», don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación; don Juan Francisco GARNICA MARTÍN, Presidente de la Sección número 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona.
— «Declaración de cláusula abusiva». Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, por don Sebastián SASTRE PAPIOL, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; don Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, abogado.
— «La prevención del blanqueo de capitales y la actividad judicial. Herramientas de prevención del blanqueo de capitales y de prevención del fraude en el sector financiero», por don Pedro DE LA LAMA PADRONES, Director Adjunto del SEPBLAC.

ANDALUCÍA

El día 24 de octubre de 2013, se celebró en Sevilla la JORNADA: *EL CONVENIO REGULADOR Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*, organizado por el Decanato Territorial de Andalucía del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Presentación: a cargo de don Manuel GALÁN ORTEGA, Registrador Mercantil de Córdoba y Director del Servicio de Estudios del Decanato de Andalucía Occidental.

Ponencias:

— «Naturaleza y rasgos generales del convenio regulador», por don Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
— «Los aspectos patrimoniales del convenio», por el Excmo. Señor don Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.
— «La inscripción del convenio y la jurisprudencia de la DGRN», por don Constancio VILLAPLANA GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Alicante, número 4.

Clausura: a cargo don Santiago MOLINA MINERO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

ARAGÓN

El día 13 de febrero, organizada por la Cámara de Comercio de Aragón, tuvo lugar la JORNADA: *LA COMPETENCIA EN MERCADOS CERCANOS*, con el siguiente programa:

Sesión de apertura: don Francisco BONO, Consejero de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón.

Interviene: don Javier OROZ, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Mesa redonda: *La competencia en el mercado interior de las Comunidades Autónomas.*

Moderador:

Don Javier NIETO, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Ponentes:

— Doña Mercedes ZUBIRI, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.
— Don Javier HUERTA, Despacho Huerta & Solana. Servicio de Asesoramiento en materia de competencia de la Cámara de Comercio de Zaragoza.
— Don Jorge ROSEL, Centro Universitario de la Defensa.

Mesa redonda: *Defensa de la competencia y la actividad empresarial.*

Moderador:

Don Jesús BLASCO, Presidente del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria.

Ponentes:

— Don Gonzalo SOLANA, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia (2002-2005).
— Don Fernando LACASA, Despacho Lacasa Abogados, Palacios & Partners.
— Don José Manuel CARCAÑO, Director General de Centro Zaragoza.

Conferencia: *Reflexiones sobre la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley de Defensa de la Competencia.*

— Don Benigno VALDÉS, Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

MADRID

El día 28 de noviembre de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN Y NUEVAS VÍAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.*

Ponentes:

— Cesare PINELLI, profesor ordinario de Derecho Constitucional en la Universidad de Roma «La Sapienza».
— Miquel PRESNO, profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.

El día 19 de diciembre 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *DEMOCRACIA Y PROHIBICIÓN DEL VELO ISLÁMICO*.

Ponentes:

— Benito ALÁEZ CORRAL, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.
— Juan José RUIZ RUIZ, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Jaén.

El día 13 de febrero 2014, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LIBERTAD DE TESTAR.*

Ponente: Teodora TORRES GARCÍA, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid.

Contraponente: M.ª Paz GARCÍA RUBIO, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela.

Entre las cuestiones a tratar se analizaron las siguientes:

— «La influencia de la Constitución Española y de los derechos humanos en la libertad de testar. La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en material sucesoria».

— «El principio de libertad de testar en el Derecho Sucesorio: su carácter polisémico. Libertad positiva o libertad *para testar*. Libertad negativa o libertad *de testar* en sentido estricto».
— «Libertad *para testar* (autorrealización: dignidad y libre desarrollo de la personalidad del testador)».
— «Libertad *de testar* (ausencia de interferencias en el testador; de nuevo dignidad y libre desarrollo de la personalidad; derechos de los más próximos: la protección de la familia y el principio de igualdad).

El día 27 de febrero de 2014, se celebró en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el SEMINARIO: *LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO RELATIVO A LAS GARANTÍAS SOBRE BIENES DE EQUIPO MÓVIL Y SUS PROTOCOLOS.*

Justificación y objetivos del seminario:

España se ha adherido recientemente al convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001. Para nuestro país no se trata de «una adhesión más». De un lado, el mencionado convenio y sus protocolos adicionales, relativos a aeronaves, bienes espaciales y material rodante ferroviario, constituyen una herramienta básica para garantizar unos umbrales mínimos de seguridad jurídica en la financiación de este tipo de bienes. De otro, las novedades introducidas por el «sistema de Ciudad del Cabo» seguramente marcarán las pautas de posibles cambios de especial calado en nuestra regulación interna y exigirán un importante proceso de adaptación de los operadores que actúan en los sectores afectados.

El seminario tiene como finalidad el análisis de las soluciones del convenio y de sus protocolos. A lo largo de la jornada se expondrá su ámbito de aplicación e interacción con la normativa nacional, especialmente la registral, y se identificarán sus principales aportaciones (creación de una garantía internacional y de un registro internacional de garantías, reglas específicas sobre ejecución e insolvencia, etc.). Se abordarán, asimismo, las potencialidades que el convenio ofrece a los operadores, el papel que deberá desempeñar el Registro Español de Bienes Muebles y las posibles modificaciones que la entrada en funcionamiento del sistema creado por el convenio y sus protocolos aconseja acometer en nuestra regulación sobre garantías mobiliarias. Asimismo, dado que los protocolos permiten a los Estados realizar un elevado número de reservas, se debatirá sobre la estrategia que debería adoptar nuestro país de cara a la futura ratificación de estos instrumentos.

Inauguración:

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

— Don Fernando MOLINA, Decano de la Facultad de Derecho de la UAM.

Ponencias:

— «Análisis general del Convenio y sus protocolos», por don José Angelo ESTRELLA FARIA, Secretario General de UNIDROIT, y don Iván HEREDIA CERVANTES, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la UAM.

Primera Mesa Redonda: *La «garantía internacional», el «Registro internacional de garantías» y la normativa concursal*.

— Don Francisco José GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado UAM y *of Counsel* Linklater; doña Encarnación CORDERO LOBATO, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha y *Of Counsel* Pérez Llorca; don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Titular del Registro Mercantil XIV de Barcelona; don Emilio ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Jefe del Registro de Matrícula de Aeronaves, Ministerio de Fomento.

Segunda Mesa Redonda: *La posición de la «industria» y de los financiadores*.

— Don Luis FERNÁNDEZ SANTOS, Socio KPMG Abogados; doña Gema DÍAZ RAFAEL, Abogada especialista en Derecho aeronáutico; don Guillermo BUTLER HALTER, Agogado Grupo INAER.

Tercera Mesa Redonda*: La posición de España ante la futura ratificación de los protocolos anejos al convenio y las posibles modificaciones del régimen de las garantías mobiliarias*.

— Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil y Letrado de la DGRN; doña Nuria BOUZA VIDAL, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pompeu Fabra, miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT; doña Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III).

Clausura:

— Don José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores.

VALENCIA

El día 30 de octubre de 2013, se celebró una MESA REDONDA: *LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LAS HIPOTECAS,* organizada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y el Decanato Autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunidad Valenciana.

El encuentro sirvió para analizar, desde una perspectiva jurídica y registral, todos aquellos aspectos relacionados con prácticas abusivas en las hipotecas, y trató de arrojar luz sobre las posibilidades y respuestas jurídicas que ofrece esta problemática.

Pilar DE LA OLIVA, Presidenta del TSJ, y M.ª Emilia ADÁN GARCÍA, Decana Autonómica de los Registradores, inauguraron la jornada, que dio paso a una mesa redonda moderada por la Magistrada del TSJ, Pía CALDERÓN, en la que intervinieron el Magistrado Pedro Luis VIGUER, Juez Decano de los Juzgados de Valencia; Manuel ALMENAR, Vocal del CGPJ; Gabriel ALONSO, Registrador de la Propiedad y especialista en Derecho Europeo, y Antonio PAU PEDRÓN, Académico de Número de la RAJL y Registrador de la Propiedad.

La jornada contó con la presencia del Conseller de Gobernación y Justicia, Serafín CASTELLANO, y la asistencia de un centenar de personas procedentes del mundo jurídico y empresarial, Decanos de diversos Colegios Profesionales y Facultades de Derecho, Académicos y representantes de entidades y organismos públicos y privados, así como formaciones políticas. Fue clausurada por el Director General de los Registros y el Notariado, Joaquín RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ.

El día 11 marzo de 2014, en la sede del Decanato de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de la Comunitat Valenciana, se celebró una JORNADA DE DEBATE SOBRE *LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS,* organizada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios de la Comunitat Valenciana (Ausbanc) con motivo del Día Mundial de los Derechos del Consumidor

Inaugurada por Begoña LONGÁS, Vocal de Atención a Consumidores y Usuarios del Decanato Autonómico de Registradores, y José Antonio PÉREZ VERCHER, Secretario General de Ausbanc Comunitat Valenciana.

José Ramón FRAGUAS, Registrador de la Propiedad de Nules, ha ofrecido la primera de las dos ponencias. Bajo el título *Cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad,* ha hecho un repaso somero de las 35 cláusulas hipotecarias susceptibles de ser consideradas abusivas por los registradores, al tiempo que ha explicado el nuevo marco normativo que afecta a las ejecuciones hipotecarias en España.

Por su parte, Alberto MARTÍNEZ DE SANTOS, Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia, número 23 de Valencia, ha ofrecido la ponencia: *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil y en la*

ejecución hipotecaria inmobiliaria. ¿Se puede evitar la ruina del ejecutado? En su opinión, las entidades de crédito han perdido el control sobre las hipotecas impagadas y el problema ahora radica en las subastas. «El problema fundamental son las adjudicaciones, la desproporción entre el tipo que se pactó y por el que se están quedando las fincas. El 97 por 100 de las subastas se quedan desiertas, ya que el comprador no puede ver lo que compra. ¿Qué hacemos con la deuda que queda después?».

Begoña LONGÁS, Registradora y Vocal de Atención a Consumidores y Usuarios de los Registradores Valencianos, ha recordado que esta jornada se viene celebrando en el Decanato de los Registradores durante los últimos ocho años. En su opinión, se produce un choque entre la necesidad de que el procedimiento hipotecario sea sumario y rápido, y respete por tanto las garantías y los derechos del consumidor. LONGÁS ha puesto de manifiesto el valor que la calificación de los registradores de las escrituras de hipoteca proporciona a los consumidores, reforzada por la Ley 1/2013: «Hasta hace no mucho, el procedimiento no preveía un momento procesal oportuno para debatir sobre la existencia de cláusulas abusivas, situación que ha cambiado tras la Ley de 14 de mayo de 2013, que restableció el equilibrio en el procedimiento de ejecución. Mejoró la situación del ejecutado, pero se ha criticado mucho porque no acaba de solucionar todo el problema».

José Antonio VERCHER (Ausbanc) ha manifestado preocupación por si la excesiva carga de trabajo de los juzgados, con motivo de las preferentes, puede redundar en la precarización de los derechos de los consumidores, al tiempo que ha solicitado renovar las normas de reparto para que la Audiencia Provincial resuelva sobre casos concretos de los bancos, no en un único juzgado y sección. Asimismo, se ha referido a la «asimetría informativa» de las entidades bancarias a la hora de informar de los posibles riesgos a los clientes.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

LUCAS DURÁN, M. (dir.), *Fiscalidad y energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

por

MARÍA CRESPO GARRIDO

Profesora Titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá

La obra de referencia constituye un extenso estudio realizado por dieciocho autores de ámbitos académicos y profesionales que analizan de forma intensiva las relaciones entre fiscalidad y energías renovables. Y ello se realiza desde una perspectiva múltiple: tanto en lo que respecta al Derecho estatal, como en lo que se refiere a los ordenamientos autonómico y local, con algunas referencias además al Derecho de la Unión Europea.

El libro se inicia con una serie de estudios relacionados con el IRPF y el IVA para las instalaciones de energías renovables en la vivienda habitual, las tortuosas delimitaciones entre IVA y el ITPAJD y la forma en que las mismas se han resuelto con la modificación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, así como las ayudas fiscales (tributarias y subvencionales) reconocidas a favor de las instalaciones de energías renovables, tanto en el ámbito empresarial (con especial análisis de la aplicabilidad de la deducción por instalaciones medioambientales en el impuesto sobre sociedades a la implantación de energías limpias) como familiar (con análisis de la normativa autonómica aprobada en el IRPF para instalaciones de fuentes renovables en edificios).

Adicionalmente, el libro comentado se refiere al poder tributario de las Comunidades Autónomas para regular fiscalmente algunas cuestiones referidas a la producción eléctrica verde. Así, se analizan cuidadosamente figuras tributarias autonómicas como los cánones eólicos de Galicia, Castilla-La Mancha y también de Castilla y León, los impuestos gallego y castellanoleonés sobre el daño ambiental causado por el agua embalsada (y que gravan la producción de energía hidroeléctrica), impuestos regionales que gravan la producción y el traslado de la energía eléctrica (con particularidades para las energías limpias) y los cánones urbanísticos contenidos en las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas, las cuales gravan la mera ubicación en suelo no urbanizable de determinadas instalaciones de energías renovables, ya sean eólicas, termosolares, fotovoltaicas, etc.

Asimismo, la obra referida también estudia la fiscalidad local que afecta a las fuentes energéticas limpias, ya sea en su construcción (impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y determinadas tasas), o en su explotación (impuesto sobre actividades económicas e impuesto sobre bienes inmuebles), y se exponen los beneficios fiscales que pueden reconocer los ayuntamientos para determinados proyectos de energías renovables.

Por último, se hace también una referencia a la importancia que para la Unión Europea han tenido las energías renovables y cómo ha incentivado su implantación, con especial referencia a los incentivos dirigidos a biocarburantes.

Dicho lo anterior, no puede extrañar que la obra comentada tenga un gran interés para el Derecho Inmobiliario, pues las interconexiones en la gestión de terrenos e inmuebles y, por otro lado, la implantación de fuentes energéticas limpias de diverso tipo en edificios y terrenos rústicos y urbanos conllevarán habitualmente problemas fiscales de pagos de diversos derechos y tributos que han de resolverse por los distintos operadores y gestores de tales instalaciones.

En definitiva, se trata de una obra que prestará un gran servicio a quienes administren instalaciones o parques de energías renovables y les facilitará el entendimiento de la problemática fiscal que pueden sobrevenir de la construcción y mantenimiento de tales obras y también —cómo no— de los beneficios tributarios y de las subvenciones que pueden solicitarse en tales ámbitos.

El impacto de las nuevas tecnologías en la Publicidad Registral (directora: M.ª Elena SÁNCHEZ JORDÁN) (coordinadores: J. A. GARCÍA GARCÍA y M.ª Aránzazu CALZADILLA MEDINA). Thomson Reuters Aranzadi (Cizur Menor, 2013), 617 págs. [Monografía asociada a «Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías», núm. 11].

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

1. El título de esta voluminosa obra colectiva no puede menos que suscitar inmediatamente la atención e interés de cualquier jurista preocupado por el Derecho Inmobiliario Registral, aunque se trate —como es mi caso— de un no especialista, por más que *in illo tempore* escribiera sobre temas clásicos, en cierto modo vecinos, cuando a nadie se le ocurría hablar ni siquiera imaginar un posible *Registro de la Propiedad electrónico*[1]. Con mayor razón cuando la directora e inspiradora principal a través del correspondiente Proyecto de investigación, viene dedicándose con perseverancia, desde hace algunos años, a difíciles temas comparativos[2] y a cuestiones relacionadas con las TICs[3]. Constituyen, en efecto, dicha obra las *Actas* del Congreso Internacional sobre *La información territorial en el Registro de la Propiedad,* celebrado en la Universidad de La Laguna durante los días 15 y 16 de diciembre de 2011. La directora del volumen llama la atención sobre el hecho —sin duda, llamativo por inédito— de que se aborda el tratamiento de aspectos concretos de la publicidad registral desde una *perspectiva pluridisciplinar,* y así reúne en el mismo estudios teóricos elaborados por académicos junto con el análisis y la exposición de experiencias prácticas expuestas por operadores jurídicos especialmente cualificados —los Registradores de la Propiedad— empeñados en el éxito del proceso gráfico registral, completándose con las explicaciones de los técnicos que elaboran a diario las bases gráficas registrales[4].

En relación con el tema central tratado en el Congreso y recogido fundamentalmente en las Comunicaciones presentadas, hay que dar la razón a la profesora

M.ª Elena Sánchez Jordán cuando afirma que entre las principales innovaciones debidas a la aplicación de las TICs en este ámbito merece especial atención la representación gráfica y digital de la finca registral que resulta decisiva para dar solución a problemas clásicos como la doble inmatriculación o el exceso de cabida; además ha desplegado un amplio abanico de oportunidades en los servicios prestados por la institución registral, siendo una de las más relevantes la incorporación de una gran cantidad de información de naturaleza territorial a los libros registrales con la categoría de información asociada, merced a la regla contenida en el artículo 9.1.ª, párrafo último LH[5].

El ambicioso propósito se concreta en «dar algunas pinceladas de cómo podría —o quizá, de cómo debería ser— el Registro del siglo XXI, institución que aprovechando las potentes posibilidades que le ofrecen las TICs, se está reinventando para convertirse en una de las piezas esenciales en la publicidad de la información relativa al territorio»[6]. Cuando las normas urbanísticas y ambientales se multiplican y se suceden casi sin interrupción, es de agradecer que se incrementen las funciones del Registro, como elemento clave para hacer accesible —o facilitarlo— a los particulares el conocimiento de determinadas circunstancias de carácter territorial relativas a la finca registral, que han adquirido una relevancia impensable hace algunos años. Todo ello sin perjuicio de los problemas que están surgiendo por falta de claridad con el TR de la Ley del Catastro y otras normativas, cuando la representación gráfica elaborada por este no coincide con la base gráfica registral, o los suscitados con la anotación preventiva por incoación de expedientes graves en materia urbanística según el TR de la Ley del Suelo de 2011.

2. La estructura de la obra se divide en cinco partes o capítulos: I) Conceptos básicos (págs. 27-129); II) Identificación gráfica de las fincas y publicidad registral (págs. 131-264); III) Bases gráficas y registrales (págs. 265-329); IV) Protección medioambiental e información registral (págs. 331-470); y V) Nuevas tecnologías y proceso gráfico registral (págs. 471-617).

Los seis trabajos (*id est,* ponencias o comunicaciones) incluidos en la Parte 1.ª reúnen, salvo alguna excepción, la cualidad de básicos ya que, en su conjunto, preparan al lector al objetivo primordial del Congreso de encaminarse hacia un nuevo Registro de la Propiedad que —según se auspicia— se irá conformando a lo largo del presente siglo.

Así Zurita Espinosa, analista de Sistemas de Información Geográfica del Cabildo de Tenerife, expone unas útiles nociones generales sobre el tema *Conocimiento y Gestión del Territorio*, afirmando que las diferentes perspectivas sectoriales resultan insuficientes para una correcta toma de decisiones en el ámbito de las políticas públicas o de las grandes inversiones privadas, de modo que se requiere una visión integral del territorio. Para hacerlo son posibles dos alternativas tecnológicas: almacenar la información geográfica de forma centralizada en una base de datos única, o hacerlo de forma distribuida. La experiencia ha demostrado que la primera no suele resultar satisfactoria. Es mucho más eficiente el almacenamiento distribuido, de modo que cada organización se responsabiliza de la información que le conoce y la comparte a través de Internet. Ello da origen al IDE (Infraestructura de Datos Espaciales), regido por la idea de que cada organización gestiona la información que le compete y la comparte en la forma indicada. Para una superficie mínima arbitraria del territorio sería deseable conocer su forma, propiedad, aptitud, valor, atributos y evolución a lo largo del tiempo (que el autor denomina Dato Único Territorial). Todo ello se integra en el Cuadro de Mando Territorial y en el Portal de Gestión de Conocimiento, dando así origen al Sistema de Conocimiento Territorial.

La amplia y documentada aportación doctrinal del profesor DE PABLO CONTRERAS puede considerarse expresiva de la *communis opinio* en la materia[7], insistiendo singularmente en el valor de la posesión en concepto de dueño en relación con los datos fácticos de la inscripción. A modo de conclusión establece que nuestro sistema registral resuelve dos tipos distintos de conflictos entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico: *a)* el que se da en los casos en que un mismo titular disponga a favor de dos o más personas distintas, que se resuelve haciendo prevalecer a uno de los adquirentes, pero sin asegurar o garantizar la titularidad del transferente. Es el sistema de inoponibilidad de lo no inscrito a que responde el artículo 32 LH y es aplicable a la hipótesis de inmatriculación y a la protección que merecen los adquirentes a título gratuito en el artículo 34 LH; y *b)* el que se da entre el adquirente que confía en una apariencia de titularidad y el titular verdadero (sistema de fe pública registral del art. 34 LH), de modo que se atribuye la propiedad o el derecho real de que se trate al que adquiera de buena fe y a título oneroso de un titular inscrito e inscriba, a su vez, su adquisición, aunque su transmitente careciera de poder de disposición. Pero en los casos de doble inmatriculación no se produce ninguno de estos efectos, ya que son de carácter anómalo, no querido por la ley y por ello la calificación del registrador debe evitarla. Concluye que solo la incorporación al Registro de bases gráficas y una más perfecta coordinación con el Catastro están en condiciones de corregir estas disfunciones. Mas aunque los avances técnicos logren que tales datos de hecho estén permanentemente actualizados, ello no puede suponer que la eficacia jurídica de la publicidad registral se extienda desde la titularidad del derecho a la conformación física de su objeto; esta depende de la eficacia de las diversas modalidades de posesión[8].

Enfoque, en cierto modo diverso, que sin dejar de ser complementario, adoptan las ponencias de dos Registradores de la Propiedad, coincidentes ambas en no citar bibliografía y basarse, en cambio, en una experiencia profesional que ejercen y se está siguiendo experimentalmente hace algún tiempo en otros Registros de nuestro país, en aplicación progresiva o coyuntural de las reformas normativas citadas. Se trata de:

VÁZQUEZ ASENSIO, *De la información asociada a la inscripción gráfica registral* (págs. 71-85); y PRADO GASCÓ, *Un nuevo enfoque metodológico registral* (págs. 87-104).

En primer lugar, VÁZQUEZ ASENSIO[9] desarrolla las ideas siguientes: La información territorial asociada simple; la información territorial asociada compleja; la interoperabilidad; la regularización; la inscripción gráfica registral; los nuevos aspectos a calificar; la nueva técnica de inscripción; y el nuevo modelo formal de llevanza de libros registrales.

En el primer escalón en la técnica de la asociación gráfica registral se excluye cualquier tipo de responsabilidad para los autores de dichas capas, la registral o la territorial, aunque sí pueden producirse algunas consecuencias jurídicas (destruir la buena fe del tercero); se define por tres rasgos: solo pretende informar, se obtiene por contraste de informaciones derivado de la superposición de capas, y está aludida en el artículo 9, página 1, último párrafo LH. Puede ser de naturaleza urbanística, ambiental o administrativa. El segundo escalón es la asociación compleja, en la que se realiza el análisis espacial de sus contenidos a través de la interoperabilidad, y permite regularizar situaciones confusas, incoherentes o contradictorias. Hace falta que sea posible combinar la información catastral y la registral, a través de un procedimiento informático, y que aumente el *valor*

añadido de la información territorial. La regulación requiere el consentimiento expreso de ambas partes, se encuentra incipiente aunque hay ejemplos como la consulta urbanística y los experimentos de coordinación entre la información registral y catastral. Un ejemplo importante son los deslindes. Pero no existen modelos de IDEs. A partir del apartado relativo a la inscripción gráfica registral, el autor entra en el campo de lo auspiciable, de lo futurible, de lo que probablemente ha meditado profundamente y estima lo mejor, y en buena medida ya lo está realizando. Para ello se sirve de la hipótesis de inscribir en el RP un Plan General Urbanístico Municipal completo, descubriendo los nuevos aspectos a calificar, la nueva técnica de inscripción y el nuevo modelo de llevanza de libros registrales.

En la ponencia de PRADO GASCÓ me interesa resaltar lo que el autor denomina bondades jurídicas de la identificación por medio de la base gráfica registral[10], que enumera así: evita la doble inmatriculación, cambia radicalmente la apreciación registral del exceso de cabida, es el único medio de representar fincas discontinuas y viales, comprueba la veracidad de las agrupaciones y refleja fielmente las segregaciones y restos, evita la pérdida de localización de fincas por ruptura en su tracto, y produce beneficios jurídicos en la coordinación con el catastro. Y lo completa específicamente con las bondades jurídicas en materia urbanística[11]: es la única forma de representación del planeamiento urbanístico, evita superficies sin adjudicar, y permite conocer infracciones urbanísticas en fincas concretas. Ello le conduce a la necesidad de reformular el principio de publicidad formal[12], y eventualmente la idea del servicio público que presta el RP.

El trabajo de DELGADO RAMOS[13] no pertenece, en mi opinión, a los conceptos básicos discutidos en el Congreso, aunque llama la atención sobre una cuestión relativa a los deslindes y al procedimiento del artículo 205 LH.

De equilibrada puede calificarse, en cierto modo, la ponencia conjunta de dos profesores de la Universidad de La Laguna:

GARCÍA GARCÍA y TRUJILLO CABRERA, *¿Nuevas funciones del RP? Sobre la cédula ambiental registral, ecoetiquetas de fincas registrales e instrumentos similares*[14].

Exponen, en primer lugar, las claves a favor de un RP *globalizado,* siguiendo su evolución comunitaria hasta desembocar en la Ley 27/2006, que ha venido a confluir con la Directiva de 2007/2/CE del Parlamento y del Consejo, que establece una infraestructura de información espacial en la CE (INSPIRE), mediante la *ecoetiqueta* o la *cédula ambiental,* que podrían incorporarse a nuestro RP mediante el artículo 9 LH[15]. Pero los autores concluyen[16] refiriendo los obstáculos legales que, a su juicio, impiden la concepción del RP como registro global o central de todo tipo de información territorial, comenzando por la legislación de protección de datos (protección de la privacidad), advirtiendo que la información asociada o relacionada es, en principio, *ajena* al RP, y el Registrador no puede certificar del cumplimiento de deberes medioambientales porque los expedientes administrativos no constituyen materia del RP, el cual no puede añadir eficacia alguna al acto administrativo que afecta a un inmueble o parcela que se identifica con una finca registral; sin olvidar de la necesidad de una actualización constante de la información administrativa.

3. En las partes sucesivas se presta fundamental atención a los aspectos prácticos, jurídicos y técnicos del tema básico, que muestran el amplio interés suscitado por la labor experimental que se está actualmente desarrollando en más de medio centenar de RP españoles y de algunos extranjeros, pero que aquí solo pueden ser meramente aludidos. Muy acertada es la ponencia del registrador GRAGERA IBÁÑEZ, *Las bases gráficas registrales: La historia de un proyecto*

por definir (págs. 133-155), completado con los datos aportados por el profesor asociado MATHEU DELGADO, *Génesis normativa de las bases gráficas en el RP y su tratamiento jurisprudencial: Una visión desde la óptica de los derechos de vuelo y subsuelo* (págs. 205-217). Sugestiva es la propuesta del registrador REGÚLEZ LUZARDO, *Base gráfica registral y coordinación con Catastro: Breve aproximación al procedimiento registral* (págs. 267-284). Oportuna la llamada de atención de la doctoranda Begoña M.ª PINEDO DELGADO, *La identificación de las fincas: Incidencia del RN, el TR del Catastro y las bases gráficas registrales* (págs. 299-311). Aspectos concretos de gran actualidad y oportunidad merecen destacarse en las aportaciones de la profesora titular Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO[17], del profesor contratado CAPOTE PÉREZ[18], de la profesora titular M.ª Elvira AFONSO RODRÍGUEZ[19], del profesor titular GÓMEZ PERALS, que razona sobre la posibilidad de crear un nuevo derecho subjetivo, personal o real, de aprovechamiento medioambiental[20], de la profesora ayudante Estefanía HERNÁNDEZ TORRES[21], de la doctoranda Elena HERNÁNDEZ PÁIZ[22] y de la propia directora sobre un aspecto urbanístico de gran calado[23].

Muy valiosa es la variada aportación de registradores y técnicos a las actas en relación con el programa informático *Temple Sig. Reg.*[24].

4. Por último me interesa destacar unas ilustrativas pinceladas comparativas del tema:

Sobre el sistema Torrens en la República Dominicana trata el registrador BLANCO URZÁIZ, *Una experiencia comparada en el estudio de las bases gráficas registrales* (págs. 157-170), tal como se regula en la Ley 108-2005, del Registro Inmobiliario dominicano. Por su parte, el profesor ayudante doctor ARRIETA SEVILLA, *La finca registral gráfica* (págs. 171-184), profundizando en el supuesto de la descripción inexacta de la base gráfica de la finca en el *Torrens title,* concluye por una respuesta negativa a la hipotética extensión del artículo 34 LH a los datos descriptivos, según sostiene también la jurisprudencia española, mientras no intervenga expresamente el legislador[25]. El superintendente de los Registros públicos del Perú, señor DELGADO SCHEELJE, describe *El Proyecto Igriam* (págs. 219-227), impulsado originariamente por el Colegio de Registradores de España y la Superintendencia Nacional de Registros y del Notariado del Perú. Finalmente se incluye información poco conocida de una interesante experiencia italiana: MAIOLI (de la Universidad de Bolonia), *Linked open data e INSPIRE* (págs. 591-617).

NOTAS

[1] GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la individualización de inmuebles», en *ADC,* 1965, pág. 853 y sigs.; «La finca funcional en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956», en *RDP.* 1965, pág. 1114 y sigs.; «La finca como objeto de derecho real», en *RCDI,* marzo-abril de 1966, pág. 281 y sigs.

[2] M.ª Elena SÁNCHEZ JORDÁN coeditó con GAMBARO el volumen *Land Law in Comparative Perspective* (La Laguna, 2002); y es autora de la monografía, *Las anotaciones preventivas (en particular, la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español* (Madrid, 2002).

[3] M.ª Elena SÁNCHEZ JORDÁN *et altri,* «El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial ante la Directiva INSPIRE», en *Actas de las VI Jornadas Técnicas de la IDE en España* (Murcia, 2009); «La Directiva INSPIRE y los sistemas registrales europeos», en el volumen *La información territorial en el Registro de la Propiedad: La incidencia de la Directiva INSPIRE y de las bases gráficas registrales* (coordinados por ella misma) (monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 25, Cizur Menor, 2011).

[4] He podido comprobar que los 33 trabajos incluidos (algunos debidos a una pluralidad de autores) se dividen por su autoría, casi por partes iguales, entre profesores universitarios (con inclusión —poco frecuente hasta ahora—, de algunos doctorandos) de varias Universidades (La Laguna, La Rioja, Universidad de Navarra, Valencia, Valladolid, Bolonia); de Registradores de la Propiedad de varias provincias españolas, así como del Perú; y Técnicos en sentido amplio (geógrafos, cartógrafos, analistas de sistemas, etc.).

[5] Añadido por la Ley 24/2001, dice lo siguiente: «Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente». Después de la STS, Sala 3.ª, de 31 de enero de 2001, un análisis de la norma aflora para el recensor no pocas dificultades hermenéuticas: ¿Es un mandato imperativo que todos deben cumplir? ¿es mera autorización para que progresivamente sea eficaz? En tal caso, ¿en qué plazo? ¿quién está legitimado para hacerlo cumplir: norma exclusivamente organizativa o improbable creación de un derecho subjetivo de naturaleza privada?

[6] *Op. cit.,* pág. 24. Cita a Arrieta Sevilla, «La transformación del Registro de la Propiedad», en *RCDI,* núm. 718, 2010, págs. 482-484.

[7] De Pablo Contreras, «Finca material y finca registral», *op. cit.,* págs. 35-69.

[8] De Pablo Contreras, *loc. cit.,* pág. 66 y sigs.

[9] Vázquez Asensio, *op. cit.,* pág. 71 y sigs.

[10] Prado Gascó, *op. cit.,* pág. 92 y sigs.

[11] Prado Gascó, *op. cit.,* pág. 100 y sigs.

[12] Prado Gascó, *op. cit.,* pág. 102 y sigs.

[13] Delgado Ramos, «La desmitificación del colindante (o sobre la correcta ponderación de la intervención de los colindantes en la delimitación geográfica de las fincas registrales)», *op. cit.,* págs. 105-116.

Advierto que la dificultad que supone cualquier sistematización de trabajos en una obra colectiva ha *dejado en la sombra* valiosas *aportaciones comparativas* que luego destacaré.

[14] *Op. cit.,* págs. 117-129.

[15] Analizando bajo qué requisitos o presupuestos, *op. cit.,* págs. 124-126.

[16] *Op. cit.,* págs. 126-129.

[17] «Información ambiental asociada a las bases registrales: su posible valor jurídico», *op. cit.,* págs. 333-343.

[18] «RP, bases gráficas y protección del patrimonio natural», *op. cit.,* págs. 345-360.

[19] «La publicidad registral al servicio de la protección medioambiental: El problema de la contaminación de los suelos», *op. cit.,* págs. 361-377.

[20] «El derecho (¿real?) de custodia», *op. cit.,* págs. 379-406.

[21] «Protección, fomento y enriquecimiento del patrimonio cultural: El sello registral de calidad ambiental», *op. cit.,* págs. 407-423 (el SERCA en terminología europea).

[22] «Contaminación acústica y RP», *op. cit.,* págs. 427-442.

[23] M.ª Elena Sánchez Jordán, «Disciplina urbanística y RP (a propósito de la reforma del art. 51 del TR de la Ley del Suelo)», *op. cit.,* págs. 443-470.

[24] Fandos Pons, «La seguridad jurídica que presta el RP tras la implantación del programa informático *Temple Siegreg*», *op. cit.,* págs. 185-196; López Rincón, «Configuración de la base gráfica registral de una finca utilizando *Temple Sigreg*», *op. cit.,* págs. 473-482; Gómez Avilés, «Explicación de la mecánica en la tarea de localización, configuración, validación e impresión de las bases gráficas registrales», *op. cit.,* págs, 483-499; Piqueras Bartolomé, «Información asociada a base gráfica registral», *op. cit.,* págs. 501-515; Arquero de Vega, «Evolutivo del proyecto *Sig.Reg*», *op. cit.,* págs. 517-530; los muy interesantes y de algún modo complementarios de Fernández Perdigón, «Trabajo de coordinación con el Catastro desde *Temple*», *op. cit.,* págs. 531-554, y de López Sánchez, «Extensión de *Temple Sig.Reg* para el tratamiento de datos catastrales descargados de la sede virtual del Catastro», *op. cit.,* págs. 555-566.

[25] *Loc. cit.,* pág. 184.

AA.VV., *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, dir.: Ángel Carrasco Perera, Ed. Aranzadi.

por

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Granada

En más de una ocasión he escuchado a profesores de sólida trayectoria alabar la capacidad del profesor Rodrigo Bercovitz para contagiar el entusiasmo por la investigación y su poder de convocatoria, ya que dentro de su dilatada obra científica destaca toda una serie de obras colectivas, dirigidas o coordinadas por él, de obligada referencia para estudiosos y prácticos del Derecho Civil. En ellas queda plasmada de forma objetiva su generosidad para con sus discípulos y compañeros de disciplina, su gran intuición para abordar aquellos temas más apremiantes para el Derecho y, todo ello, con el equilibrado y parejo rigor práctico y científico de quien no solo es estudioso, sino también práctico del Derecho, que caracteriza su producción científica.

Precisamente esa capacidad de convocatoria y ese entusiasmo que en tantas ocasiones ha contagiado el profesor Rodrigo Bercovitz, han dado cuerpo a la obra objeto de recensión. En ella, más de un centenar de discípulos y amigos han querido, hemos querido, rendirle público homenaje con motivo (en realidad, con la excusa) de su jubilación como catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid.

Lo primero que hay que destacar de esta obra, y que de entrada la hace singular con respecto a otras elaboradas con análoga finalidad laudatoria, es que no se trata de una mera suma de trabajos científicos, reunidos sin más sistemática ni armonía que el afecto compartido hacia el homenajeado. Así lo destaca oportunamente en su prólogo, el profesor Carrasco Perera, a quien corresponde el mérito de haber dirigido esta obra, con el atino de proponer a los autores una temática común, tan relevante y oportuna como el contrato de compraventa, y de fijar una senda recta y homogénea, en el fondo y en la forma, a las distintas aportaciones. Reconocimiento este que hay que hacer extensivo al comité editorial de la obra, integrado por los profesores Pilar Cámara Águila, Encarna Cordero Lobato, Pilar Gutiérrez Santiago, Manuel Jesús Marín López, Nazareth Pérez de Castro y Susana Quicios Molina.

El resultado es una obra a la altura del homenajeado. Un Tratado de la compraventa llamado a ser una obra de referencia, ya que no tiene una vocación meramente dogmática, sino sobre todo práctica, al centrar la atención en los aspectos del régimen jurídico de este contrato que plantean —utilizando las atinadas palabras que emplea en el prólogo su director— problemas prácticos y controversias intelectualmente productivas. Y porque tampoco falta en ella el enfoque interdisciplinar, tan necesario y fructífero, al contar no solo con aportaciones de especialistas en Derecho Civil, sino también de Derecho Administrativo, de Derecho Mercantil, de Derecho Financiero y Tributario, de Derecho Internacional Privado.

El interés y la oportunidad de la temática escogida son incuestionables. En primer lugar, porque la compraventa constituye la piedra angular del sistema de la contratación privada. Además, porque faltaba en nuestro ordenamiento un

Tratado de estas características, en el que se analizara y revisara en profundidad la regulación codificada de este contrato, a la luz de las aportaciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de las últimas décadas, en tanto que han comportado importantes cambios y matices, que precisaban ser objeto de valoración y sistematización. Igualmente, demandaban ser objeto de atención las disonancias o disfunciones existentes entre el régimen jurídico codificado de la compraventa y las regulaciones especiales que inciden en la regulación de este contrato, especialmente patentes con respecto a las obligaciones de las partes del contrato y su incumplimiento y, en particular, en lo que concerniente a las obligaciones de saneamiento. Y todo ello resulta más oportuno aún, si cabe, en un momento en que el régimen jurídico de la compraventa está siendo objeto de consideración a nivel europeo, tal y como lo evidencia la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea.

La obra se estructura en dos tomos (1.774 páginas). En el primero de ellos podemos consultar el índice general de la obra, que nos da cumplida muestra de su envergadura científica y utilidad práctica. Le sigue el conciso, pero intenso semblante personal del profesor BERCOVITZ, realizado por la profesora Etelvina VALLADARES, en nombre de sus discípulos y amigos, con la legitimación que le confiere el ser la más veterana entre los primeros. Se subraya en él la calidad docente del profesor BERCOVITZ y su compromiso con la institución universitaria, habiendo desempeñado a lo largo de su carrera académica relevantes cargos de representación institucional; labores que han sido compaginadas y se han visto enriquecidas con su ejercicio profesional de la abogacía, como lo evidencia el singular enfoque práctico de sus aportaciones. Pero, sobre todo, se subraya la calidad científica de quien aprendió de los mejores maestros, tanto en España como en Italia a raíz de su paso por el Real Colegio de España en Bolonia, y siempre ha tenido una particular intuición para advertir los retos que se planteaban al Derecho Civil y abrir nuevas líneas de estudio, habiéndonos legado a través de su obra aportaciones claves para el cultivo del Derecho Civil y su revisión. Mención destacada merecen, en este sentido, sus aportaciones al Derecho de la persona, del Consumo o de la Propiedad Intelectual; así como la creación o dirección de revistas tales como Derecho Privado y Constitución, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Aranzadi Civil o la Revista de Propiedad Intelectual.

Tras un breve prólogo a cargo de su director, el Tratado se estructura, con una cuidada sistemática, en diecisiete bloques temáticos (los ocho primeros recogidos en el primer tomo de la obra, y los restantes en el segundo). La práctica totalidad de ellos están precedidos por una presentación a cargo de uno de los miembros del comité editorial, antes citados, que refuerza la coherencia interna del conjunto y de sus partes.

El primer bloque temático, presentado por el profesor CARRASCO PERERA y compuesto de diecisiete aportaciones, aborda la «Tipología contractual». En él, partiendo de la configuración de la compraventa como modelo de los contratos traslativos y base del intercambio de bienes y, por ende, del sistema de economía de mercado, se presta especial atención a los aspectos tipológicos que han suscitado más controversia en la práctica, tales como los que surgen de la cada vez más habitual conexión contractual de la compraventa y contratos de crédito; de la distinción entre la compraventa financiada y el arrendamiento financiero, con especial referencia al *lease-back;* de aquellas compraventas que se encuentran en los confines de la compraventa civil y mercantil, tales como las compraventas

para uso y consumo empresarial y, entre otras cuestiones, de la fiscalidad del contrato de permuta y el contrato mixto de compraventa y permuta.

El segundo bloque temático, también presentado por el profesor CARRASCO PERERA, se compone de cuatro aportaciones relativas a la «Ley aplicable y compraventa internacionales», atendiendo en particular a cuatro textos normativos: el Reglamento comunitario 593/2008 (Roma I), el Convenio de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL) y los Principios Uniformes de Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT. Entre las cuestiones abordadas, cabe destacar el análisis de la reserva de dominio y el concurso internacional.

El bloque III es presentado por la profesora Nazareth PÉREZ DE CASTRO y se compone de seis aportaciones relativas a la «Capacidad y prohibiciones». En él, aparte de las cuestiones generales relativas a la capacidad contractual, se ahonda en problemáticas que presentan particular trascendencia práctica en relación al contrato de compraventa, tales como la venta por representante legal sin autorización judicial, la legitimación para vender bienes gananciales, las limitaciones a la capacidad de disponer de quien se encuentra en situación de concurso o de las personas inhabilitadas para ejercer el comercio por sentencia firme conforme a la Ley concursal, así como las limitaciones relativas a la adquisición de bienes existentes con respecto a quien desempeña un cargo tutelar, al comisionista o a los administradores concursales. Particular atención se presta a su fundamento jurídico último, ya que su tratamiento será diverso, a título ilustrativo, según nos encontremos ante un conflicto de intereses, un supuesto de autocontratación o en caso de que concurran ambos.

El bloque IV, integrado por siete aportaciones y presentado por el profesor Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, se ocupa de los «Vicios del consentimiento». La particular trascendencia práctica de esta cuestión la evidencia su elevada repercusión jurisprudencial, toda vez que —como destaca el propio profesor MARÍN LÓPEZ— es precisamente en relación a la compraventa donde con mayor frecuencia se invocan y prosperan los vicios del consentimiento, particularmente el dolo y el error. Por otro lado, la trascendencia jurídica de los vicios del consentimiento ha sido puesta de actualidad en nuestro ordenamiento a raíz de la problemática suscitada por la comercialización de productos financieros complejos, destacadamente las participaciones preferentes; problemática que ha tenido una singular trascendencia jurídica y social y a la que se presta específica atención en este apartado. Por último, aunque no menos importante, el interés de esta cuestión se acentúa por la necesidad de revisar la regulación codificada a la luz de otros textos legales y de los remedios contemplados en ellos. En coherencia con lo cual, se presta especial atención en este bloque a la incidencia que puedan tener en la formación de la voluntad negocial tanto la obligación legal de información precontractual establecida en la legislación tuitiva del consumidor, como las prácticas desleales con consumidores, a la luz de lo dispuesto por la Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

El bloque V, relativo a la «Perfección del contrato», está compuesto por doce aportaciones y presentado por la profesora Encarna CORDERO LOBATO. A lo largo de sus páginas se concretan y analizan los principales problemas que pueden plantearse en el *iter* formativo del contrato. A título ilustrativo se abordan cuestiones tales como la calificación del sentido y eficacia de las declaraciones de las partes, arrojando luz en torno a cuándo se debe entender que existe oferta de

contrato y cuándo una propuesta no vinculante. La incidencia de manifestaciones concurrentes con la formación del contrato, y en particular de la publicidad y promoción precontractual, en orden a la integración de su contenido. Las consecuencias de la ruptura del proceso negociador. La eficacia de las promesas de venta, precontratos y cartas de intenciones. Las peculiaridades de la perfección del contrato en la contratación electrónica y a distancia, así como en la compraventa internacional de mercaderías.

«La facultad de desistimiento» se aborda en el bloque VI, presentado por la profesora Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO y compuesto por cuatro aportaciones. Se analiza en esta parte del Tratado una de las cuestiones en las que, como antes anticipábamos, el Derecho codificado se ha visto notablemente excepcionado por la legislación especial. De modo que frente a la excepcionalidad y carácter prioritariamente convencional, con el que el legislador decimonónico contempló la facultad de desistimiento del comprador, reservándola básicamente a las ventas a prueba o ensayo, *ad gustum* y sobre muestras; la legislación tuitiva del consumidor ha generalizado la consagración legal del derecho de desistimiento a favor del consumidor, aunque sin que exista plena uniformidad en la regulación y fundamento de esta facultad, que se ve reforzada en ciertas categorías de contratos, tales como los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, en atención a sus circunstancias especiales. Al complejo marco normativo relativo a la facultad de desistimiento se ha sumado la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores (aún no transpuesta al Derecho español), que trata de rediseñar el derecho de desistimiento precisamente en relación a los contratos celebrados a distancia o negociados fuera de establecimientos comerciales.

El bloque VII del Tratado profundiza a lo largo de seis aportaciones en la «Reserva de domino». En relación a ella, destaca certeramente la profesora Susana QUICIOS MOLINA —responsable de su presentación— que su realidad práctica ha superado con creces su configuración legal, que tan solo la contempla con carácter general respecto a las compraventas de bienes muebles a plazos sujetas a la Ley 28/1998, a favor tanto del vendedor como del financiador de la compraventa. Se analiza, así, la eficacia frente a terceros de la reserva de domino según se haya configurado como verdadera reserva de dominio o garantía real y según que esté o no inscrita, la reserva de dominio en la compraventa a plazo de bienes muebles y en las ventas inmobiliarias, la reserva de dominio sobre bienes destinados a la reventa y la establecida sobre pertenencias de una finca o establecimiento, así como el juego de la reserva de dominio y la resolución contractual.

El bloque VIII, presentado por la profesora Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO, se ocupa del «Objeto». En él se analizan con detalle, a lo largo de veintiuna aportaciones, las especialidades que se introducen en el régimen jurídico de la compraventa en función a la singularidad de este elemento del contrato. Se abordan así, a título ilustrativo, las particularidades de la compraventa de fincas y parcelas objeto de transformación urbanística, de instrumentos financieros, de carteras de créditos y retracto de créditos litigiosos, de derechos políticos o económicos de acciones o participaciones sociales, de empresa, de signos distintivos e inventos industriales, de explotaciones agrarias, de contenidos digitales, del soporte plástico de obras protegidas por el derecho de autor, de cosa común y de cuota, de bienes pertenecientes a una comunidad postganancial y hereditaria, de la vivienda familiar habitual, de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la cesión del crédito hipotecario y la hipoteca, o los contratos de suministro de gas y electricidad. Asimismo, se analiza con profundidad la problemática de la doble venta y la venta de cosa ajena. En definitiva, esta parte tiene el mérito de acometer

un análisis sistemático y conjunto, sin parangón con análogo alcance en obras anteriores, de toda una serie de cuestiones de indiscutible interés dogmático y práctico.

Ya en el tomo segundo del Tratado, y presentado por el director de la obra, el bloque IX se ocupa del «Precio». A lo largo de doce aportaciones se abordan, con el enfoque práctico que inspira toda la obra, las distintas controversias que pueden rodear a este elemento esencial del contrato. Se lleva a cabo un exhaustivo análisis de los problemas que pueden rodear a la determinación del precio, ya sea por las partes, por una de ellas o un tercero, o incluso la posibilidad de integración judicial en ciertos supuestos. Se analizan los distintos problemas que pueden suscitarse en torno a las arras y a las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. También los relativos a la incidencia en este elemento del contrato de los intereses moratorios, atendiendo a lo dispuesto en la Ley antimorosidad; así como de aquellas cláusulas que repercuten al comprador tributos que corresponden al vendedor y el tratamiento de los pagos adicionales en las ventas de consumo, a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2011/83/UE.

El bloque X es el relativo a «La venta de inmuebles», presentado por la profesora Cámara Águila, con diez aportaciones. Aunque el Código Civil no se ocupa de forma específica de la compraventa de bienes inmuebles, a excepción de contadas normas dispersas a lo largo de este cuerpo normativo, es incuestionable que la trascendencia jurídica, económica y social de la venta de inmuebles, de un lado, y la problemática específica que suscita, de otro, imponen atender de forma singular a este supuesto. Especial interés plantea la problemática que surge de la usual vinculación de este contrato al préstamo hipotecario, puesta de actualidad por la actual coyuntura económica y el consiguiente incremento de los procesos de desahucio. Ello ha desembocado en una problemática no solo social, sino también jurídica, en particular a raíz del conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2013, a la que evidentemente este Tratado no podía ser ajeno. No obstante, aparte de esta cuestión, se abordan otras muchas de gran interés, tales como los deberes precontractuales de información en los compraventas de inmuebles al consumo, la utilidad del Catastro en orden a la identificación de las fincas, la escrituración notarial de compraventas de inmuebles, las cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda o las especialidades que presenta la compraventa de finca arrendada, de finca hipotecada, de vivienda protegida, de viviendas sobre plano y de derechos de aprovechamiento por turno.

Siete aportaciones conforman el bloque XI relativo a «La compraventa financiada», presentado por el profesor Manuel Jesús Marín López. De todos es sabido que la usual necesidad del comprador de recurrir a financiación para poder afrontar el precio de la compraventa ha dado lugar, de un lado, al surgimiento de la venta a plazos de bienes muebles como modalidad contractual especial y, de otro, al generalizado fenómeno de vinculación de la compraventa con un contrato de financiación. La relación e interconexión de ambos contratos suscita una serie de problemas de los que no se ocupan las normas codificadas; aunque sí algunas normas especiales, en particular la Ley de Crédito al consumo, que tratan de resolver el problema relativo a la distribución de riesgos que se plantea en caso de incumplimiento del vendedor. En coherencia con ello, en esta parte del Tratado se analizan las consecuencias prácticas de la vinculación contractual entre la compraventa y el crédito, así como las particularidades contractuales de la venta financiada establecidas tanto por la LVPBM como por la LCC, delimitando el ámbito de aplicación de cada uno de estos textos normativos y comparando sus previsiones. Todo ello, con mención especial a la venta financiada de vehículos

automóviles y a la perfección e inscripción de la compraventa financiada de bienes muebles suscrita mediante sistemas de firma digitalizada.

A la problemática ligada a la «Entrega de la cosa» se dedica el bloque XII, integrado por catorce aportaciones y presentado por la profesora CÁMARA ÁGUILA. En él no solo se analiza la entrega de la cosa vendida y sus diferentes formas desde la óptica de la teoría del título y el modo, en tanto requisito para que tenga lugar la transmisión de la propiedad del bien enajenado; sino también desde el punto de vista estrictamente obligacional, que no se reduce a la mera entrega material de la cosa, sino que conlleva el deber de entregarla conforme a las características legítimamente esperadas, sin vicios o gravámenes ocultos o sin falta de conformidad. En particular, se analiza cuándo la elevación del contrato de compraventa a escritura pública equivale a la entrega y cuándo no; la problemática que se suscita en torno a la titularidad del bien en supuestos, tales como el embargo de cosa vendida en documento privado, la compraventa bajo condición suspensiva, la resolución de la compraventa con pluralidad de partes; las peculiaridades de la entrega en las ventas judiciales, al consumo, mercantiles o en la compraventa CIF; los remedios del comprador ante el incumplimiento temido del vendedor y la eventual modernización que a este respecto resulta de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, en tanto introduce una nueva regulación del tiempo en la entrega y la transmisión del riesgo.

El bloque XIII se ocupa del «Pacto de retroventa». En él se analizan dos cuestiones puntuales, en otras tantas aportaciones: de un lado, la delimitación entre el retracto convencional y la venta en garantía, con referencia también al *lease-back,* a la luz de la prohibición del pacto comisorio y la usura; y, de otro, la venta y recompra de instrumentos financieros, tanto en mercados financieros internacionales como en España, analizando su desenvolvimiento, el modelo internacional conocido abreviadamente como GMRA y las implicaciones fiscales de estas operaciones.

El bloque XIV está dedicado a una cuestión de particular trascendencia práctica y dogmática como es el «Saneamiento y falta de conformidad». Lo presenta la profesora CORDERO LOBATO y se compone de veintidós aportaciones, que le convierten en el apartado temático más amplio del Tratado. Como señalábamos en el comentario al bloque XII, la obligación del vendedor de entregar la cosa no se agota con el mero traspaso posesorio, ya que también está obligado a mantener al comprador en el goce legal y pacífico de la cosa como propietario y a responder cuando la misma no le presta la utilidad esperada. Ahora bien, en la definición de esa utilidad esperada y de los remedios que asisten al comprador en su ausencia se está abriendo una creciente brecha entre el Código Civil y la legislación protectora del consumidor y alguna otra legislación especial, como la Ley de Ordenación de la Edificación, y más recientemente con las aportaciones al que podemos denominar Derecho europeo de los contratos contenidas en los PECL, el DCFR o el CESL. Consciente de ello, los autores del Tratado han prestado particular atención a esta cuestión. Sin ánimo exhaustivo, entre las cuestiones abordadas cabe citar el estudio de supuestos particulares de evicción, tales como la evicción inversa, la evicción parcial frente al defecto de cabida en la venta de inmuebles o la evicción en compraventas de herencia, carteras de créditos y explotaciones empresariales. El saneamiento por cargas ocultas y gravámenes urbanísticos, el estado jurisprudencial relativo a los vicios ocultos y a su eventual consideración como *aliud pro alio,* y el saneamiento de la *veritas* y la *bonitas nominis* en la compraventa de créditos. El análisis de los defectos y remedios contemplados en la venta de viviendas por la LOE. El estándar del incumplimiento esencial en la

compraventa internacional y el derecho a subsanar la falta de conformidad. Así como un detallado estudio de las peculiaridades que plantea la falta de conformidad en la venta de productos de consumo.

El bloque XV se ocupa del «Pago del precio» a lo largo de ocho aportaciones, presentadas por la profesora QUICIOS MOLINA. Se analizan en ellas una serie de problemas de particular interés ligados al cumplimiento de la obligación principal del comprador, tales como la determinación del lugar y modalidades del pago del precio, de cuándo la demora en el pago debe considerarse incumplimiento resolutorio, de los remedios del vendedor ante el incumplimiento temido por el comprador, del régimen jurídico relativo a la producción de intereses moratorios a cargo del comprador, del desenvolvimiento práctico del artículo 1504 del Código Civil y su relación con el artículo 1124, o la eficacia de la condición resolutoria en el concurso de acreedores.

El bloque XVI se ocupa de una cuestión no menos baladí en la práctica, como es el «Traslado de los riesgos», en cuatro aportaciones presentadas por el profesor CARRASCO PERERA. En ellas se analiza el tratamiento de esta cuestión tanto en el Derecho codificado, como en la normativa aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, sin pasar por alto las previsiones recogidas para los contratos celebrados con consumidores en la Directiva 2011/83/UE, ni los más recientes pronunciamientos judiciales en los que se admite que el comprador se desvincule del contrato al no haber podido encontrar fuentes de financiación para pagar el resto del precio debido, en virtud de una controvertida aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* que ha hecho resurgir el interés y la controversia en torno al tratamiento de los riesgos y, en particular, respecto al acierto de la aplicabilidad de dicha cláusula a la compraventa.

La obra concluye con el bloque XVII, compuesto por cuatro aportaciones en las que se analizan las «Compraventas de bienes y derechos públicos». Se cierra con este bloque temático el estudio completo y sistemático del contrato de compraventa llevado a cabo en este Tratado, englobando en él cuestiones que por su carácter interdisciplinar a menudo no son abordadas en los manuales u obras doctrinales relativas a este contrato, pese a su indiscutible interés. En particular, se analiza el régimen jurídico de la transmisión de concesiones de aguas y costas, la perfección del contrato de enajenación de inmuebles por la Administración General del Estado, las peculiaridades planteadas por la enajenación del subsuelo y, en especial, del situado bajo domino público y las permutas de bienes públicos locales.

En suma, nos encontramos ante una obra elaborada con gran rigor intelectual y una esmerada sistemática que facilita su lectura y análisis, que obvia lo ocioso y profundiza en los tópicos fundamentales o controvertidos. Por todo lo cual, este Tratado está llamado a ser una obra de imprescindible consulta para estudiosos y profesionales del Derecho. Una obra, en definitiva, que ha pretendido estar a la altura del profesor Rodrigo BERCOVITZ en cuyo homenaje se ha escrito.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la *RCDI.*

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en *RCDI* deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en inglés.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Resumen del artículo en inglés *(abstract).*
- Palabras clave en inglés *(key words).*

1.3. Extensión

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
— Las notas irán en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I.
II. 1.
III. 1. A.
IV. 1. A. a)
V. 1. A. a) a')

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

I. ....
II. ....
III. ...

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002.

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para las citas y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: Publication Manual of the American Psychological Association, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario.* Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial nombre y apellido (ed./dir./coord.), Título del libro. Ciudad: Editorial (página inicial y final).

Ejemplo: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). «Comentario al artículo 211». En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2.º Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, número de la revista, páginas inicial y final.

Ejemplo: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). «Los alimentos debidos a la viuda encinta». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, págs. 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente, según sea libro o artículo, debe indicarse [en línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ejemplo: GÓMEZ POMAR, F. (2001). «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva». *InDret* [en línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

  • Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

    Ejemplo: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— Tanto las citas con referencia bibliográfica como las citas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.