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 LXXXIX • Noviembre-Diciembre 2013 • Núm. 740

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», por Luis Javier Arrieta Sevilla 3671
«Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio», por Germán de Castro Vítores 3703
«Una revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España», por Ana Cristina Gómez Pérez..... 3761
«Los riesgos en el contrato de compraventa: propuestas», por Ángel Juárez Torrejón..... 3801
«La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia», por José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y Paula Castaños Castro..... 3871

DICTÁMENES Y NOTAS

«Los requisitos de constitución de la prenda de créditos en el Código Civil de Cataluña», por Santiago Espiau Espiau 3949
«La solución negociada ante la ejecución hipotecaria», por Eduardo Vázquez de Castro..... 3973

DERECHO COMPARADO

«Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado», por Rafael Bernad Mainar 4009
«La protección a los deudores hipotecarios. Soluciones e interrogantes en la Ley israelí», por Pablo Lerner..... 4041

Págs.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 4075

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «La curatela y el discapacitado desde el prisma del *principio del superior interés de la persona con discapacidad.* Estudio jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 4119

1.2. Derecho de familia:

— «Las donaciones por razón de matrimonio», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT 4134

— «Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE. 4167

1.4. Sucesiones:

— «La división judicial de la herencia», por Sonia CALAZA LÓPEZ 4183

1.5. Obligaciones y contratos:

— «La cláusula *rebus sic stantibus* en la contratación inmobiliaria. Su posible aplicación a los supuestos de compraventa de viviendas afectadas por la crisis económica a propósito de la sentencia del TS de 17 de enero de 2013», por Rosana PÉREZ GURREA 4216

1.6. Responsabilidad Civil:

— «Los motores de búsqueda: el Caronte de Internet y su responsabilidad frente a vulneraciones del derecho de autor (una reflexión sobre la jurisprudencia en relación con la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet)», por CLARA RUIPÉREZ DE AZCÁRATE. 4235

Págs.

1.7. Concursal:

— «La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo», por Teresa Asunción Jiménez París 4253

2. MERCANTIL

— «Prescripción extintiva y adquisitiva en una compraventa de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013», por Francisco Redondo Trigo 4280

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

— «La nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y su prórroga», por Eugenio-Pacelli Lanzas Martín 4296

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades 4307

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«El fallecimiento del concursado», de M.ª Fátima Yáñez Vivero, por Ana Isabel Berrocal Lanzarot 4341
«La declaración de fallecimiento en el Derecho español», de David Rafael Guinea Fernández, por Araceli Donado Vara 4345
«Las obras del espíritu y su originalidad», de Clara Ruipérez de Azcárate, por M.ª Fernanda Moretón Sanz 4348

ESTUDIOS

La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico[1]

por

LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA
Profesor Contratado Doctor en Derecho Civil
Universidad de Navarra

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.
III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DIGITAL Y GRÁFICO.
IV. ¿ES COHERENTE EXTENDER LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A LA BASE GRÁFICA DE LA FINCA REGISTRAL?
V. CONSECUENCIAS DE LA EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN A LAS BASES GRÁFICAS.
VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la función y extensión de la calificación registral es un tema clásico entre quienes se dedican al Derecho Inmobiliario Registral. El trabajo que aquí se presenta no pretende sumarse a la lista casi interminable de publi-

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial: datos espaciales, metadatos y Directiva Inspire (II)» (DER 2011-23321), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

caciones sobre esta materia sino mirar al futuro. En concreto, pretende poner de manifiesto que la introducción de medios gráficos y digitales en la gestión del Registro de la Propiedad altera de modo decisivo el régimen tradicional de la calificación registral.

Para justificar lo anterior emplearemos el supuesto de hecho de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012 [*JUR* 2013/224949]. La demanda trae causa del recurso directo ante la jurisdicción civil interpuesto por el notario autorizante de una escritura de declaración de obra nueva frente a la negativa del registrador de la propiedad a practicar el asiento solicitado. La doctrina que contiene el fallo —justo y aparentemente sencillo— encierra en sí una nueva perspectiva de la calificación registral cuando ésta se realiza en un Registro digital y gráfico que puede llegar a alterar el conjunto del sistema tabular. Se trata, sencillamente, de una sentencia histórica.

De lo que se deriva de los hechos contenidos en la sentencia, la declaración de obra nueva se refiere a una construcción antigua. La nota de calificación negativa se justifica en la existencia de un expediente de infracción urbanística que debe ser subsanado antes de practicar la inscripción.

En los casos en los que se pretende la inscripción de una obra nueva antigua es indispensable que se cumplan los requisitos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (NCRH, en adelante) y que se reiteran, ya con rango legal, en el artículo 20.4.*a)* del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, modificado en 2011[2] (LS, en adelante). Conforme a los citados preceptos se permite la inscripción de la obra nueva si la escritura pública se acompaña de una certificación catastral descriptiva y gráfica u otra expedida por el Ayuntamiento o un técnico competente o de un acta notarial descriptiva en la que se acredite la fecha de terminación de la obra y, por tanto, la prescripción de la posible infracción urbanística y, además, no conste en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de incoación de un expediente urbanístico.

Sólo si se cumplen los citados requisitos el registrador permitirá el acceso a los libros de la obra nueva. Aunque la ausencia de la anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística junto con los otros requisitos justifique la práctica de la inscripción ello no supone que la obra nueva se adecue necesariamente a la legalidad.

---

[2] Los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, reformaron los artículos 20, 51 y 53 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, que regulan la relación entre la legalidad urbanística y el control registral previo a la inscripción. Cuando la escritura pública de declaración de obra nueva que ocasionó el pleito resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, fue presentada, no se había producido todavía el cambio normativo de la Ley del Suelo, por lo que la disposición aplicada fue el artículo 52 NCRH.

Uno de los problemas con los que tradicionalmente se ha encontrado la Administración pública a la hora de instar el reflejo tabular del expediente urbanístico es la determinación de la finca registral afectada. Han sido tradicionales los supuestos en los que a través del Catastro u otras entidades de Derecho público los Ayuntamientos tienen conocimiento de la infracción urbanística con la consiguiente apertura del expediente disciplinario pero del que no se deja reflejo registral. Cuando ello ocurre se origina una situación de discordancia entre la realidad jurídico-inmobiliaria y la tabular que perjudica la seguridad que el Registro pretende fomentar. Frente a esta desidia de la Administración pública ha tratado de reaccionar el legislador de dos formas: por un lado, constriñendo legalmente a la Administración a acordar la práctica de la anotación preventiva de incoación del expediente disciplinario en el Registro de la Propiedad [art. 51.1.*c)* LS] y, por otro lado, haciéndola responsable de los perjuicios que la falta de anotación preventiva pudieran ocasionar a un tercero de buena fe (art. 51.2.II LS).

El legislador es cada vez más consciente de que la información territorial es fundamental para determinar las facultades dominicales del propietario. Por ello, se fomenta el acceso al folio registral de diversas circunstancias que afectan al territorio sobre el que se extiende la finca. En el caso resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, la nota de calificación negativa no plantearía ningún problema si la infracción urbanística constara en el Registro de la Propiedad a través de una anotación preventiva practicada a instancia de la Administración correspondiente. Es obvio que si el legislador permite el acceso al Registro de información territorial es para dotarla de publicidad frente a terceros y, al mismo tiempo, para ser tenida en cuenta por el registrador cuando lleve cabo la calificación de nuevos títulos. Manifestación de ello es que el artículo 52.*c)* NCRH exige para la inscripción de una declaración de obra nueva que «no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación».

Sin embargo, la novedad que presenta la sentencia de 16 de octubre de 2012 es que el registrador no tuvo conocimiento del expediente urbanístico a través de la consulta de los libros registrales, ya que no se practicó la anotación preventiva de incoación del expediente urbanístico, sino que el registrador de la propiedad se sirvió de la denominada información territorial asociada a la base gráfica de la finca registral para suspender la inscripción.

La información territorial asociada a las bases gráficas registrales se puede definir como aquel dato jurídico-público referido al territorio que afecta o restringe el derecho real de propiedad inscrito pero que no forma parte de un asiento registral sino que está asociado o vinculado a la base gráfica de una finca inmatriculada. Es decir, la Administración pública gracias a un acuerdo de colaboración con el registrador de la propiedad, manifiesta que sobre el mismo

espacio físico sobre el que se extiende, a juicio del registrador, una finca registral existe una determinada información territorial que goza de relevancia jurídica[3].

Para examinar la validez del comportamiento del registrador que extiende una nota de calificación negativa con base en la información asociada entiendo que es necesario contextualizar la función de seguridad jurídica propia del Registro de la Propiedad (II); analizar el significado de las bases gráficas registrales y de la información asociada a ella (III); y exponer, con posterioridad, su relación con el artículo 18 LH (IV). Por último, se apuntarán algunas consecuencias derivadas de la extensión de la calificación registral a la información que se asocia a la base gráfica de las fincas (V).

II. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

El Registro de la Propiedad, como institución jurídica, desempeña sus funciones básicamente dentro del ámbito del Derecho privado. Muestra de ello es que a él tienen acceso los actos y contratos a través de los cuales se crean, transmiten, modifican y cancelan derechos reales inmobiliarios (art. 1.I LH). Sin embargo, resulta de igual modo indudable que la propiedad no es únicamente una cuestión privada. Y ello no sólo por la función social de la propiedad, sino también porque sus limitaciones o cualificaciones no vienen únicamente expuestas por los denominados derechos reales limitados.

En la actualidad el Registro no sólo es un medio para dotar de protección y publicidad a los derechos reales sobre bienes inmuebles sino que su utilidad traspasa las fronteras propias del Derecho civil. Esto se debe, en primer lugar, a que en el Derecho público tiene una importancia cada vez mayor la organización y los usos del territorio, lo que afecta decisivamente a la configuración del derecho de propiedad y, por consiguiente, a las fincas registrales. En segundo lugar, el Registro de la Propiedad influye en decisiones urbanísticas y administrativas en la medida en que garantiza la tutela efectiva de los que constan en el Registro como titulares de una finca. Por este

[3] Para definiciones alternativas de información territorial asociada, cfr. Requejo Liberal, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base),* Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 115-116; Vázquez Asenjo, *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 44-46; Sánchez Jordán, «La Directiva Inspire y los sistemas registrales europeos», en *La información territorial en el Registro de la Propiedad,* Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 27-28; Aguilera Anegón, «Información territorial asociada y calificación registral», en *Cuadernos ambientales de la propiedad,* núm. 1, 2011, pág. 53, y Prado Gascó, «Aproximación a la base gráfica registral. Un nuevo enfoque metodológico», en *Cuadernos ambientales de la propiedad,* núm. 2, 2012, pág. 77.

motivo, el Registro de la Propiedad es una herramienta indispensable para la Administración pública porque proporciona *erga omnes* y con una eficacia netamente superior a otras instituciones aparentemente análogas la identidad de propietario de una finca.

Las funciones de seguridad y fomento del tráfico jurídico inmobiliario que se atribuyen al Registro de la Propiedad se satisfacen a través de un sistema de presunciones y ventajas que la Ley Hipotecaria atribuye a quienes ostentan la condición de titular registral. Se presume la posesión, veracidad y exactitud del derecho del titular registral (art. 38 LH), lo que le abre una vía rápida y expedita para la tutela judicial de su derecho inscrito (arts. 41 LH y 250.1.7.º LEC). Si el *tradens* del titular registral careciera de poder de disposición sobre la finca se facilita su prescripción *secundum tabulas* (art. 35 LH) o se le protege si es un adquirente de buena fe y a título oneroso de persona legitimada por el Registro (art. 34 LH). Asimismo, se dificulta la usucapión *contra tabulas* (arts. 1949 CC y 36 LH) y se reduce la oponibilidad de los derechos no inscritos (art. 32 LH).

Dada la relevancia jurídica que se deriva de la condición de titular registral es indispensable que se arbitren una serie de mecanismos que eviten las discordancias entre la realidad jurídica y la tabular. Es cierto, no obstante, que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.III LH). Por este motivo, la condición de titular registral siempre va a ser susceptible de ser impugnada por cualquier persona que vea lesionado su derecho con base en la nulidad o inexactitud del asiento (arts. 33, 39 y 40 LH). Sin embargo, también es cierto que la litigiosidad en materia registral como procedimiento para la corrección de la inexactitud *ex post facto* ha de verse como un fracaso de los mecanismos de control *ex ante* y supone una merma de confianza en la institución. Por este motivo, «la normativa registral española persigue evitar a toda costa la inscripción de títulos claudicantes» (RDGRN de 20 de enero de 2011 [*RJ* 3435]). Con este loable objetivo el acceso a los libros registrales está limitado —con carácter general— a los títulos públicos (art. 3 LH) y controlado por parte de los registradores (art. 18 LH).

El artículo 3 LH recoge el principio de titulación pública para la inscripción. De este modo, se excluyen los documentos privados porque se prestan más fácilmente al fraude y a la manipulación. Dejando de lado los documentos de origen administrativo o judicial, la titulación pública está estrechamente vinculada con la escritura pública notarial, lo que determina que el sistema tabular esté articulado con la organización notarial[4].

Una vez presentado un título público en la oficina registral, su inscripción no es ni automática ni se trata de un acto debido sino que el título debe ser objeto

[4] Cfr. Núñez Lagos, «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, pág. 138.

de calificación por parte del registrador, un jurista independiente del otorgante (u otorgantes) de la escritura y de quien la autorizó.

Las tareas de calificación consisten en un juicio motivado en torno a la inscribibilidad o no del título público que radica en su adecuación al Ordenamiento jurídico y que es llevado a cabo por el registrador bajo su responsabilidad. La nota de calificación, sobre todo en aquellos supuestos en los que es negativa, ya sea ésta suspensiva o denegatoria, debe recoger la decisión motivada del registrador que se ha de fundar necesariamente en los preceptos legales o reglamentarios que se entiendan infringidos.

Como manifiesta GÓMEZ GÁLLIGO, «mediante la calificación, los títulos defectuosos son rechazados del Registro, bien de manera definitiva, bien con carácter provisional»[5], en función de su condición insubsanable o subsanable, respectivamente. Sin embargo, la intensidad del control registral de los documentos inscribibles no es siempre igual. Los artículos 98 a 100 RH ponen de manifiesto que las escrituras públicas están sometidas a un mayor control y que éste, por el contrario, es más limitado cuando se trata de documentos judiciales.

En conclusión, la exigencia de titulación pública y la calificación registral son los medios de control preventivo o *ex ante* de la correspondencia entre el Ordenamiento jurídico y el título cuyo acceso a los libros registrales se pretende y, al mismo tiempo, constituyen el fundamento de las presunciones y ventajas que concede la condición de titular registral.

III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DIGITAL Y GRÁFICO

El artículo 9.1.ª LH se refiere a la forma en la que debe llevarse a cabo la descripción física de la finca registral. En los primeros párrafos de este precepto se admite la posibilidad de completar la identificación de la finca con una base gráfica catastral, urbanística o un plano topográfico que será objeto de archivo en el Registro de la Propiedad y del cual se dejará constancia en el folio a través de nota marginal.

El párrafo final del artículo 9.1.ª LH traza las líneas maestras de un método de descripción de la finca registral radicalmente distinto del anterior. Para justificar esta afirmación basta tomar como referencia una única cuestión: mientras que los primeros párrafos del artículo 9.1.ª LH se refieren a la aportación de un documento gráfico en papel que describe la finca, el último párrafo del precepto hipotecario asume la existencia de medios informáticos para el tratamiento gráfico de la finca registral. En definitiva, se trata de un sistema de identificación gráfico y digital coordinado con las fincas registrales, gestionado por el propio

[5] GÓMEZ GÁLLIGO, «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», en *RCDI*, 2009, pág. 385.

registrador, plenamente sometido a su calificación, del que se puede dar publicidad y que permite la incorporación de información territorial. En concreto, el artículo 9.1.ª IV LH señala que «los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente»[6].

Entiendo que lo dispuesto en este precepto es suficiente para admitir que el Ordenamiento jurídico español reconoce con rango de Ley el sistema de bases gráficas registrales. Es más, me parece que es un dato incontrovertible. No obstante, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de diciembre de 2012 [*JUR* 2013/55302] —curiosamente una sección distinta de la misma Audiencia que dictó la sentencia de 16 de octubre de 2012[7]— se aventura a afirmar, por un lado, que «el llamado "sistema Geobase" carece de base legal» y, por otro, que «este artículo no justifica la creación del Geobase»[8].

Para refutar las afirmaciones de la sentencia de 12 de diciembre de 2012 basta analizar el enunciado del artículo 9.1.ª IV LH que, por cierto, se omite en sus Fundamentos. En concreto, procede resaltar el verbo «disponer» y los sustantivos «coordinación» e «incorporación»:

a) Una de las acepciones de «disponer» en el Diccionario de la Real Academia Española es «valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo

---

[6] El artículo 9.1.ª IV LH se introdujo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Una norma de contenido idéntico —salvo la referencia a la información ambiental— se incluyó en el artículo 51.4.ª IX RH con ocasión de la reforma efectuada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Sin embargo, la STS de 31 de enero de 2001 [*RJ* 1083] lo declaró nulo por ser contrario a los artículos 1, 2 y 9 LH.

[7] La sentencia de 16 de octubre de 2012 fue dictada por la Sección 3.ª compuesta por las Magistradas Macarena González Delgado (Ponente), Carmen Padilla Márquez y María Luisa Santos Sánchez. Por su parte, la sentencia de 12 de diciembre de 2012 es de la Sección 4.ª integrada por Pilar Aragón Ramírez (Ponente), Pablo José Moscoso Torres y Emilio Fernando Suárez Díaz.

Ambas sentencias son resultado de sendos recursos directos frente a la calificación de un mismo registrador que, en el primer caso, fue parte en el proceso pero no en el segundo, por lo que no pudo defender su calificación ante el Tribunal. La sentencia de 12 de diciembre de 2012 se separa de la sentencia de Primera Instancia y también de la sentencia de la Audiencia de 16 de octubre porque estima que la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado tiene plena legitimación pasiva *ad causam*, por lo que no es necesario demandar al registrador («debe recurrirse contra la Administración, contra el ente, no contra la persona del registrador»).

[8] Geobase es el nombre que el Colegio de Registradores de la Propiedad dio en 2000 al proyecto corporativo que desarrolla el sistema de bases gráficas registrales. Asimismo, se trata de la denominación de una concreta aplicación informática de las varias que pueden existir que se destina a dar cumplimiento al mandato legal que se recoge en el artículo 9.1.ª IV LH, según el cual: «los registradores *dispondrán* de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas».

por suyo». Lo anterior supone que el legislador reconoce que las bases gráficas a las que se refiere el artículo 9.1.ª IV LH son exclusivas del Registro de la Propiedad. Es decir, competen con carácter exclusivo al registrador las tareas de elaboración y custodia de la base gráfica de las fincas registrales de su distrito hipotecario[9]. Lo anterior debe entenderse suficiente para justificar que el registrador represente gráficamente una finca de forma diferente a como lo hace el Catastro Inmobiliario u otra Administración, si lo exige la función registral. Así lo reconoce también la propia Ley del Catastro Inmobiliario en su artículo 33.4.II redactado por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Ese precepto remite al artículo 18 LCI, relativo al procedimiento de subsanación de discrepancias y rectificación catastral «en los supuestos en que se hubieran utilizado *medios o procedimientos distintos de la cartografía catastral* para la identificación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad»[10]. A pesar ello, la sentencia de 12 de diciembre de 2012 insiste en que la base gráfica registral está «al margen del Catastro, en contravención de la necesidad de que exista una información literal e integrada entre el Registro y el Catastro».

b) La «coordinación» implica alteridad y colaboración, esto es, la existencia de dos realidades distintas que trabajan en una acción superior y común a los elementos que se coordinan. Esto supone que la base gráfica de la finca registral no es, estrictamente, la finca registral sino una realidad concatenada o derivada de ella que le proporciona una descripción gráfica, digital, objetiva y estable que favorece la seguridad jurídica.

La finca registral es una entidad jurídica vinculada al dominio inmobiliario susceptible de abrir un folio en el Registro de la Propiedad (art. 7.I LH). Por su parte, como señala VÁZQUEZ ASENJO[11], «la base gráfica registral es la traducción gráfica, sobre imágenes del territorio, de la identificación literaria de una finca que se hace en el

---

[9] Como la base gráfica de la finca registral parte necesariamente de la descripción que de ésta se contiene en el folio es posible que el registrador de oficio realice las tareas de recuperación y elaboración de las bases gráficas de las fincas ya inmatriculadas sin que ello suponga una vulneración del principio de actuación rogada. No obstante, la nota marginal en la que se indica la existencia de una base gráfica coordinada con el folio sólo se lleva a cabo cuando la base gráfica se realice a instancia de parte, lo cual se presume siempre que se presente un título para su inscripción. La identificación gráfica de la finca forma parte ordinaria del despacho del documento y es, por tanto, una consecuencia de la solicitud de inscripción.

[10] Ahora bien, sigue vigente el artículo 53.Siete de la Ley 13/1996, que impone la plena sumisión del Registro de la Propiedad a la descripción de la parcela catastral en el momento de la inmatriculación.

[11] VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 21.

folio registral correspondiente». Por este motivo, la base gráfica es accesoria de una finca registral porque sólo podrá ser elaborada en aquellos supuestos en los que la descripción literaria o alfanumérica del folio contenga información geográfica lo suficientemente precisa como para permitir la identificación gráfica del territorio que ocupa la finca registral[12].

Si como acabamos de señalar la base gráfica es el resultado de plasmar objetiva y gráficamente sobre un soporte digital la descripción alfanumérica contenida en el folio, la distinción o alteridad entre ambas realidades jurídicas —finca registral, por un lado, y base gráfica, por otro— queda perfectamente plasmada.

A pesar de la alteridad, la finca registral y su base gráfica son dos realidades que colaboran en beneficio de la seguridad jurídica. La coordinación entre ambas realidades se logra a través de una declaración del registrador que recibe el nombre de validación a través de la cual se afirma la correspondencia entre la descripción gráfica y la alfanumérica de folio. Al llevar a cabo la tarea de admitir o rechazar esa coordinación el registrador desarrolla su función calificadora. Si la calificación es positiva, es decir, si hay coordinación, el registrador dejará constancia de ella en el folio a través de una nota marginal[13].

Cuando en estas páginas nos referimos a la calificación en el Registro de la Propiedad digital y gráfico no nos referirnos a la calificación de la base gráfica o a su correspondencia con la finca registral sino a la posibilidad de calificar un título que se pretende inscribir con la información contenida en la base gráfica.

c) Conforme a la letra del artículo 9.1.ª IV LH, una de las utilidades que presentan las bases gráficas es la posibilidad de «incorporar» la información catastral, urbanística o medioambiental que afecta al espacio físico que abarca la finca registral. Este reconocimiento no supondría una novedad si se refiriera a la posibilidad de inscribir o anotar en

---

[12] Por esta razón, la descripción *per relationem,* que delimita la finca registral a través de los nombres de los titulares colindantes (por ejemplo, la finca de María linda con la de Javier al norte, con la de Álvaro al sur, con una calle al este y con la finca de Ana al oeste) es plenamente válida a los efectos de los artículos 7.I y 9.1.ª I LH. Sin embargo, es difícil que esta descripción permita llevar a cabo la delimitación gráfica del perímetro de la finca registral en un soporte digital.

[13] El fundamento jurídico que permite la práctica de esta nota marginal es la Instrucción de la DGRN, de 2 de marzo de 2000, y sólo indirectamente la referencia que se hace a la nota marginal de archivo en el artículo 9.1.ª III LH. Mientras que la primera deriva de la positiva identificación gráfica de una finca por el registrador, la segunda sólo se refiere al acompañamiento al título inscribible de una base gráfica o mapa topográfico en papel que complementa la descripción del título. Es decir, la primera exige un juicio de calificación registral que la segunda no requiere.

> el folio de una finca registral alguna cuestión con trascendencia real cuyo origen sea catastral, urbanístico o medioambiental[14]. Sin embargo, la «incorporación» a la que se refiere el citado artículo 9.1.ª IV LH no consiste en practicar un asiento registral sino en vincular una información territorial con un folio registral a través de la base gráfica de la finca. Es decir, no se trata de una información territorial inscrita sino de una simplemente asociada al folio. Y esto sí supone una novedad. Gracias a la base gráfica es posible vincular a la finca registral una información con efectos jurídicos sobre el dominio sin alterar el contenido del folio.

Los efectos que sobre el derecho de propiedad se derivan de la información territorial determinan, por razones de seguridad jurídica, la conveniencia de conocer los datos que los originan, ya que —como apunta REQUEJO LIBERAL— «van a establecer el marco del ejercicio de las facultades que integran el dominio, restringiéndolo en muchas ocasiones, en aras del interés social, del bien común, hasta dejarlo prácticamente sin contenido»[15].

La posibilidad de vincular la información territorial con los datos registrales sólo es posible si se cumplen dos condiciones. En primer lugar, el Registro de la Propiedad debe disponer de información gráfica sobre las fincas inmatriculadas que sea visualizable a través de una infraestructura informática de datos espaciales, lo cual se satisface con la base gráfica digital que se reconoce en la Ley Hipotecaria. En segundo lugar es necesario que las Administraciones públicas dispongan de información territorial georreferenciada, lo cual es posible gracias al desarrollo tecnológico y la progresiva implementación de sistemas de información gráficos.

Gracias a convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas y los Registros de la Propiedad aquéllas proporcionan a éstos la información territorial georreferenciada para que pueda interoperar sin intervención humana con la base gráfica de la finca registral. Esta interoperatividad digital y gráfica permite la superposición automática de capas de información registral,

---

[14] Esta información territorial, una vez inscrita, goza de los beneficios del principio de legitimación registral, de modo que se presume *iuris tantum* su existencia y no cabe que un tercero alegue su ignorancia. En torno a la posibilidad de reflejar información ambiental en los asientos del Registro, cfr. DELGADO RAMOS, *La protección registral del medio ambiente*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2007, págs. 27-129.

[15] REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, pág. 115. Como señala el propio REQUEJO LIBERAL (pág. 168), «la posibilidad de que el Registro de la Propiedad transmita esa información asociada puede permitir a la Administración y a los usuarios de los Registros de la Propiedad conocer no solo quién es el propietario de una finca y qué cargas la gravan, sino además cuáles son las facultades o limitaciones que se derivan de la legislación sectorial que le sea aplicable».

ambiental, urbanística o catastral que afectan a la misma realidad física[16]. Enlazando el contenido de las diversas capas de información que interoperan se puede emitir un documento que a partir de la finca registral dote de publicidad a esa información jurídica no inscrita que afecta al espacio físico que se incluye en la descripción tabular de la finca. De esta manera se satisface la exigencia de colaboración entre Administraciones públicas que se deriva del artículo 4 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente que expresamente se refiere a los Registros de la Propiedad[17].

El resultado que se obtiene, fruto de la asociación de información a la base gráfica de la finca registral es, a todas luces, positivo. Aunque no se trata de una información registral favorece la seguridad jurídica porque dota de publicidad a ciertas restricciones del dominio, lo cual tiene un efecto disuasorio para los terceros[18]. Asimismo, reduce los costes de información, ya que la obtención de los datos asociados a la base gráfica evita la investigación de la situación jurídica del inmueble más allá de la oficina registral. También permite reducir la litigiosidad gracias al referido efecto disuasorio. Pero es que, además, la información asociada es una garantía para la propia Administración, ya que le permite conocer de una forma rápida y con mayores garantías que a través del Catastro Inmobiliario las fincas y los titulares registrales afectados por cualquier actuación territorial[19].

A la vista de todo lo anterior, la finca registral —gracias a su base gráfica— goza de plena autonomía en el Registro de la Propiedad como una realidad espacial independiente del derecho real inscrito pero, obviamente, vinculada con él. Esta independencia determina que la evolución en España hacia un Registro de fincas sea completa aunque la STS de 31 de enero de 2001 [*RJ* 1083] —de la cual se hace eco la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de diciembre de

---

[16] Cfr. Vázquez Asenjo, *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, págs. 31-32, y Madrazo Meléndez, «Protección de los bienes jurídicos globales. El Registro y el Medio Ambiente», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, págs. 249-250.

[17] El artículo 222.8.II LH recoge el deber genérico de los registradores de colaborar con las Administraciones Públicas. Para Juan Antonio García García («Identificación de fincas registrales e incorporación de la calificación administrativa correspondiente», en *La información territorial en el Registro de la Propiedad*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 210) es cuestionable que ese precepto sirva de principio general para determinar el valor de la información asociada. Ahora bien, entiendo que el citado artículo sí establece un marco que favorece la seguridad jurídica y que se concreta en la posibilidad de incorporar la información administrativa a la base gráfica registral, tal y como se recoge en el artículo 9.1.ª IV LH.

[18] Cfr. Sánchez Jordán/Maioli, «Algunas notas sobre la información espacial en Italia y en España a la luz de la Directiva INSPIRE», en *RCDI*, 2010, págs. 1805-1806.

[19] Cfr. Requejo Liberal, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, pág. 116.

2012— señalara en su momento que el nuestro seguía siendo un Registro de títulos y no uno de fincas[20].

IV. ¿ES COHERENTE EXTENDER LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A LA BASE GRÁFICA DE LA FINCA REGISTRAL?

La SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, rechazó la inscripción de la declaración de obra nueva porque el registrador tuvo conocimiento de un expediente de disciplina urbanística que aparecía asociado a la base gráfica de la finca registral. Ahora bien, ¿hasta qué punto es coherente con la legislación vigente la posibilidad de emplear la base gráfica y su información asociada en el proceso de calificación?

Cuando el artículo 18 LH regula la calificación establece que el control registral del título que se presenta es limitado. En concreto, señala que el registrador examinará las escrituras públicas «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

La limitación legal en cuanto a los medios de calificación no afecta o restringe su extensión o intensidad, por lo que el registrador deberá examinar la plena validez sustantiva del acto o negocio jurídico escriturado. Aunque el Registro de la Propiedad sea, básicamente, una institución que vela por la seguridad jurídica del mercado inmobiliario hay que señalar que el control de validez al que se deben someter los títulos notariales que pretenden acceder a los libros no se limita únicamente al ámbito iusprivatista sino que, como señala la sentencia de 16 de octubre de 2012, «la función calificadora, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del Ordenamiento jurídico»[21]. Por este motivo, la calificación registral se configura como un medio de tutela de los intereses públicos que refuerza la eficacia de los actos administrativos de los que el registrador tiene conocimiento[22].

La coherencia entre la legislación vigente y el fallo de la sentencia comentada plantea problemas en relación a los medios de los que se puede servir el registrador para el ejercicio de su función calificadora. Al estudiar la calificación

---

[20] Conforme a la citada sentencia, «el sistema inmobiliario registral español (…) continúa siéndolo de derechos y no de fincas». En torno a la distinción entre ambos conceptos, cfr. ARRIETA SEVILLA, «La transformación del Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 2010, págs. 449-485.

[21] En este mismo sentido ya se había pronunciado la RDGRN, de 19 de mayo de 2010 [*RJ* 3633], según la cual, «calificar es determinar si, conforme a la Ley (y en el concepto de Ley está cualquier norma jurídica aplicable y los Planes de ordenación lo son, y por ello constan publicados en el Boletín Oficial correspondiente), procede o no practicar el asiento sobre el hecho cuya registración se solicita».

[22] Cfr. José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Hipotecario o Inmobiliario Registral*, III, Civitas, Madrid, 2002, pág. 452.

registral hay que partir de que para el legislador la agilidad del tráfico y la eficacia general del Registro priman sobre la conveniencia de que su contenido se ajuste a la realidad[23]. Por este motivo, el juicio de inscribibilidad está limitado en cuanto a sus medios y, en consecuencia, también en cuanto a sus efectos. Lo primero porque no cabe la investigación acerca de la validez y veracidad del título por parte del registrador[24]. Lo segundo porque la calificación positiva no produce el efecto de cosa juzgada, de modo que el asiento que se practique queda bajo la salvaguardia de los Tribunales[25].

En este punto, hay que distinguir, por un lado, la extensión de la calificación a la base gráfica registral y, por otro lado, la calificación conforme a la información asociada a la base gráfica:

a) Entiendo que la calificación con apoyo en la base gráfica nunca entra en conflicto con el artículo 18 LH, ya que aquélla es únicamente la traducción gráfica en soporte digital de un asiento registral alfanumérico. Por lo tanto, la base gráfica registral no contiene una información distinta a la que aparece en los asientos del Registro porque sólo se trata de un formato distinto. A la misma conclusión se llega a través de la función que desempeña la nota marginal que deja constancia de la existencia de una base gráfica coordinada y concatenada con la finca registral. La nota marginal es un «medio supletorio de publicidad complementaria del asiento principal»[26], de modo que cabe extender la calificación a la base gráfica sin forzar la dicción del artículo 18 LH. No lo entendió así la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de diciembre de 2012, que señala que el registrador «se excede en sus funciones» al calificar el Auto de reanudación del tracto y de exceso de cabida resuelto por expediente de dominio. La sentencia no motiva correctamente cuál es la verdadera razón de esa afirmación: se puede deber, en primer lugar, a la limitada calificación de los documentos judiciales conforme al artículo 100 RH o, en segundo término, a la inutilidad de las bases gráficas para la calificación. Si fuera lo segundo, nos encontramos ante

---

[23] Cfr. Martínez Santos, *Jurisdicción y Registro Público*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 111.

[24] La veracidad del título descansa sobre el requisito de la titulación pública, ya que conforme al artículo 143.III del Reglamento Notarial, los documentos públicos autorizados por un notario gozan de fe pública, «presumiéndose su contenido veraz e íntegro».

[25] Cfr. Gómez Gálligo, «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», págs. 385-386. A pesar de que la inscripción no genera el efecto de cosa juzgada por ser exclusivo de la sentencia judicial firme tiene una eficacia mayor en el plano de la oponibilidad frente a terceros. Mientras que la sentencia sólo vincula a las partes litigantes, la inscripción —gracias a la publicidad y a su cognoscibilidad— produce efectos *erga omnes*.

La norma contenida en el artículo 207 LH es otra manifestación del carácter limitado que tienen los efectos de la calificación registral positiva.

[26] De la Rica y Maritorena, «La nota marginal», en *RCDI*, 1973, págs. 1102-1103.

una merma de la seguridad jurídica porque el artículo 53.Ocho de la Ley 13/1996 —precepto que concuerda con los arts. 200 y 201 LH y 298.3 RH relativos al expediente de dominio— sólo admite la inscripción de un exceso de cabida «siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación [catastral descriptiva y gráfica] y la que conste en el Registro, *pueda deducirse la identidad* de la finca». En el concreto supuesto de hecho se rechazó la inscripción del exceso de cabida porque el registrador tenía dudas fundadas en torno a la identidad de la finca registral.

La RDGRN, de 4 de febrero de 2012 [*RJ* 4399] tiene, en mi opinión, la clave que justifica la posición de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de diciembre de 2012, que puede acertar en el fallo aunque yerre gravemente en los argumentos. La señalada Resolución manifiesta que es «doctrina reiterada de este Centro Directivo que estas dudas del registrador sólo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o por certificación administrativa —cfr. arts. 208, 300 y 306 del RH—, pero no en los supuestos de expediente de dominio (…). Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas»[27]. Por tanto, no acierta la sentencia, de 12 de diciembre de 2012, al criticar el sistema de bases gráficas porque la solución al pleito se encuentra en el artículo 100 RH que, según la Dirección General, «no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez»[28]. Por ello, el registrador al llevar a cabo la calificación no puede poner en entredicho el objeto de la resolución judicial, pues la tutela judicial

[27] Una posición equivalente aparece, entre otras, en las RRDGRN de 11 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011/120] y 4 mayo 2011 [*RJ* 3129].

[28] Cuestión distinta es que si el registrador aprecia que la descripción que se contiene en el Auto resulta contradictoria con la de otra finca registral pueda calificar negativamente, ya que el artículo 100 RH reconoce la calificación con base en «los obstáculos que surjan del Registro». Como señala Roca Sastre *et alii* (*Derecho Hipotecario*, IV, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, págs. 231-232) el registrador debe comprobar —a pesar de la certificación a la que se refiere el art. 201.2.ª LH— si con la inscripción del Auto que pone fin al expediente de dominio se produce una doble inmatriculación. Esto es así porque entre la certificación registral necesaria para la apertura del expediente y el Auto judicial puede haberse inmatriculado la finca sin que se hubiera tomado anotación preventiva de la incoación del expediente de dominio.

Sin embargo, en el caso de la sentencia de 12 de diciembre de 2012, no hay riesgo de doble inmatriculación porque el expediente pretendía la reanudación del tracto y la actualización de la cabida sin cambio de linderos y en él fueron citados los colindantes.

efectiva descansa sobre Jueces y Tribunales[29]. Habida cuenta de que el expediente de dominio es una vía válida para la rectificación de la superficie inscrita y se han cumplido sus requisitos procedimentales no es posible que el registrador rechace la inscripción[30]. Estimo, por tanto, que es el carácter limitado de la calificación registral y no la naturaleza jurídica de las bases gráficas la verdadera *ratio decidendi* y lo que determinó la revocación de la nota de calificación[31]. Por este motivo, no hay contradicción sustancial entre las sentencias de 16 de octubre y 12 de diciembre de 2012.

b) La calificación de un título fundada en la información que se asocia a la base gráfica presenta, no obstante, más dificultades. Es más, la interpretación literal del artículo 18 LH exige rechazar la utilidad de la información asociada a la base gráfica en el juicio de inscribibilidad que realiza el registrador en la calificación. Y ello, simplemente, porque la información asociada no aparece recogida —por concepto— en un asiento registral[32].

---

[29] Cfr. Gómez Gálligo, «La calificación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 159, 2009, pág. 1584, y Jiménez Clar, «La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información territorial», en *Teoría y Derecho*, núm. 10, 2011, pág. 204.

[30] La consecuencia de ello será la necesaria reelaboración de la base gráfica de la finca registral y una nueva validación. Al tratarse de la inscripción de un exceso de cabida no habrá alteración de los linderos, pero el cambio de superficie podría ocasionar una mayor discordancia entre la nueva descripción literal de la finca y la gráfica registral.

[31] Una metodología análoga para la crítica de otra RDGRN es empleada por Arnáiz Ramos («El control de legitimidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la resolución de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2010», en *RCDI*, 2011, págs. 3291-3317). Este autor critica duramente la extensión de la calificación de un documento administrativo más allá de lo dispuesto en el artículo 99 RH. En concreto, la citada Resolución admite que el registrador califique la validez material o sustantiva de un acto urbanístico, de modo que restringe la presunción de validez y ejecutividad de un acto administrativo (arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992) y lo previsto en el artículo 99 RH. En ese supuesto se pretendía la inscripción de un acto que se adecuaba a la norma de planeamiento de desarrollo que ejecutaba pero que no era coherente con el planeamiento general.

[32] La RDGRN de 30 de noviembre de 2005 [*RJ* 3887] llevó a cabo una interpretación restrictiva de los medios de calificación. En concreto señaló que «cuando el artículo 18 de la Ley Hipotecaria obliga a tomar en cuenta, en la calificación registral, "los asientos del Registro", resulta claro que se refiere exclusivamente al Registro que está a cargo del propio funcionario calificador, no a otros Registros ajenos a su competencia y a su responsabilidad, a los que no se extiende, por consiguiente, tampoco su calificación». Asimismo, puso de manifiesto que sólo los asientos precedentes del folio en el que se pretende la inscripción son válidos para la calificación. A pesar de ello, la DGRN ha modificado recientemente su criterio y admite la extensión de la calificación registral a los asientos del Registro Mercantil (RDGRN de 16 y 20 de febrero de 2012 [*RJ* 5950 y 5956]). La primera de ellas afirma que la referencia legal a los asientos registrales «debe interpretarse en términos que eviten quede reducida a un concepto estricto de asientos existentes en el propio Registro a cargo del registrador o, más

La cuestión, efectivamente, no es sencilla y la escasa doctrina que se lo ha planteado ha vacilado un tanto. Así, por ejemplo, AGUILERA ANEGÓN señala que

> «si la presunta situación de irregularidad urbanística de una finca no derivara del contenido de los asientos registrales sino de la base gráfica asociada a ella, la misma *no puede ser tomada en consideración* como fundamento de la calificación registral para rechazar la inscripción de una obra antigua con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52.*c)* del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, pues no consta en el Registro que la declaración de esa irregularidad urbanística que figura en la base gráfica asociada haya sido adoptada con la debida participación, o conocimiento, en defensa de sus derechos del titular registral»[33].

Por su parte, VÁZQUEZ ASENJO sólo admite indirectamente la calificación con base en la información asociada. Para ello sería indispensable que las circunstancias territoriales no inscritas que pudieran afectar a la inscripción del título vinieran manifestadas por los otorgantes[34].

Con un carácter mucho más positivo hacia la información asociada se ha posicionado Juan Antonio GARCÍA GARCÍA[35]. Según este autor, la alusión que se hace en el artículo 9.1.ª IV LH a la incorporación de la información territorial a la base gráfica permite entender que «la información territorial se integra en los libros registrales y participa del mismo valor y naturaleza que cualquier otra información contenida en aquellos». Conforme a ello concluye que «dicha calificación administrativa constituye un medio calificador más en el sentido del artículo 18 LH».

Es obvio que el enfoque que adopta la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, cuando analiza la relación entre la información asociada y la calificación registral se separa de la interpretación literal del artículo 18 LH. En concreto, justifica que el registrador no se excede en el control de legalidad de la declaración de obra nueva «cuando por el sistema de bases gráficas

---

aún, a los vigentes en la hoja registral del bien objeto del documento calificado (...) con el fin de permitir una calificación más acorde con el superior principio de legalidad». La posición de la DGRN, contraria a la consulta del Registro Mercantil, ya había sido duramente criticada por reducir la seguridad jurídica por GUILARTE GUTIÉRREZ/RAGA SASTRE, *El procedimiento registral y su revisión judicial*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 133-135.

[33] AGUILERA ANEGÓN, *Información territorial asociada y calificación registral,* págs. 58-59 (énfasis añadido). No obstante, un poco más adelante (págs. 61-62) parece admitir la referencia a la información territorial asociada en la nota de calificación negativa cuando se trata de infracciones imprescriptibles por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52.*b)* NCRH.

[34] Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, págs. 113-114.

[35] Cfr. Juan Antonio GARCÍA GARCÍA, *Identificación de fincas registrales e incorporación de la calificación administrativa correspondiente,* pág. 210.

registrales del artículo 9 LH y en virtud de la capa de información aportada por la Agencia de Protección del Medio Urbano y Rural, le consta al propio registrador la existencia de una infracción urbanística».

¿Hasta qué punto podemos afirmar que esta solución es coherente con la razón de ser del Registro de la Propiedad y con la función que desempeña la calificación?

Para contestar esta cuestión hay que partir, indudablemente, del artículo 9.1.ª IV LH, que contiene una enorme carga de profundidad que afecta por entero al Registro de la Propiedad al establecer un marco de relación entre diversas realidades conexas y concatenadas: el folio registral, la base gráfica de la finca y la información asociada a ella. El resultado de enlazar folio e información asociada determina la coherencia del fallo con el Ordenamiento jurídico vigente y, especialmente, con el artículo 18 LH. De esta manera, cabe concluir que la información asociada a la base gráfica puede recibir —si así lo estima el registrador— el mismo trato que los asientos que figuran en el folio registral. Y ello a pesar de que la información territorial cuando es asociada no es objeto de calificación.

Los asientos registrales se presumen *iuris tantum* ciertos, existentes y vigentes conforme al artículo 38.I LH. El efecto de la información asociada, por el contrario, es mucho más limitado, ya que simplemente advierte de una manifestación administrativa por completo ajena al registrador que no entra a considerar su verdadera existencia o exactitud[36]. A pesar de ello, esta información contiene un potente efecto disuasorio para los terceros que complementa la eficacia de la inscripción registral. Es decir, en la práctica las consecuencias que se derivan de la información inscrita o asociada son parecidas porque ambas proporcionan publicidad a una situación que afecta jurídicamente a la finca registral. Por este motivo, a juicio de la sentencia de 16 de octubre de 2012, la información asociada constituye un medio calificador legítimo para el registrador. Ahora bien, mientras que el registrador queda legalmente vinculado en su calificación por la información registral, pues no puede fingir la inexistencia de un asiento, no está obligado por la información territorial asociada. Entonces, a los efectos de la calificación registral, ¿cuál es la eficacia que presenta la información asociada?

Una primera posibilidad es reconocer, como hace la sentencia, una eficacia absoluta a la información asociada según la cual el registrador gozaría de un margen de discrecionalidad que le permitiría ponderar *ad cassum* el valor, la vigencia y la veracidad del dato territorial asociado. Es cierto que esta discrecionalidad al ponderar la información asociada invita a pensar que es un factor de incertidumbre y, por ello, de inseguridad jurídica. Sin embargo, entiendo que no es así, ya que justamente lo que permite es que el registrador rechace,

[36] Cfr. Vázquez Asenjo, *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, pág. 62.

bajo su responsabilidad, el acceso al Registro de títulos claudicables. De esta manera, se dotaría de cierta presunción de exactitud a la información asociada.

Otra posibilidad, más prudente y ecléctica, es dotar a la información asociada de una eficacia relativa en la calificación registral. Así, se podría arbitrar un procedimiento para que el registrador que tenga conocimiento de un dato territorial asociado a la base gráfica que resulte incompatible con la inscripción que se pretende pueda suspenderla temporalmente para preguntar a la Administración en torno a la efectiva incompatibilidad. Se trataría, en definitiva, de una vía análoga a la que se recoge en el artículo 79 NCRH. Este precepto permite la suspensión por el registrador de la inscripción de división o segregación y la posterior consulta al organismo público correspondiente para que se pronuncie en torno a la legalidad de la operación urbanística. Si se confirma la ilegalidad el registrador denegará la inscripción y, en caso contrario, procederá a la inscripción del asiento solicitado[37].

La falta de protección del titular registral frente a la legalidad urbanística o ambiental exige «establecer las medidas necesarias para evitar que accedan al Registro derechos constituidos sobre objetos resultantes de una actividad urbanística, ya sea de gestión ya de edificación, cuya nulidad pueda ser posteriormente declarada»[38]. Una de las pautas que se puede adoptar para reforzar el control *ex ante* de los títulos inscribibles y así evitar esas situaciones es el empleo de la información asociada en el juicio registral de calificación. Por este motivo se adujo en la sentencia de 16 de octubre de 2012 que «es claro que teniendo conocimiento de la existencia de un expediente urbanístico, la ausencia de anotación preventiva del mismo por parte de la Administración no puede llevarlo a ignorar ese hecho, pues, conocido éste, debe aplicarse la normativa protectora del medio al respecto».

Una situación semejante la encontramos en la posible asociación del planeamiento urbano. Esta posibilidad constituye un mecanismo eficaz de control de la legalidad urbanística y, al mismo tiempo, una vía magnífica de fiscalización de la autoridad pública, ya que la asociación proporciona un valioso conocimiento al registrador sobre la legalidad urbanística que de otra forma difícilmente tendrá[39]. A la larga resulta contraproducente que no se pueda denegar la inscrip-

---

[37] Esta es una de las propuestas que presenta Arnáiz Ramos (*El control de legitimidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la resolución de la DGRN,* de fecha 19 de mayo de 2010, págs. 3313-3316) para evitar que el Registro genere una apariencia de legalidad sobre situaciones de naturaleza urbanística nacidas de actos administrativos de aprobación o autorización que puedan ser posteriormente declarados nulos.

[38] Arnáiz Ramos, *El control de legitimidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la Resolución de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2010,* pág. 3293.

[39] Cfr. Prado Gasco, *Aproximación a la base gráfica registral. Un nuevo enfoque metodológico,* pág. 76. En este sentido se puede interpretar la demanda de Arnáiz Ramos (*El*

ción que contraviene el planeamiento asociado, incluso cuando hubiera licencia, aduciendo la presunta extralimitación del registrador en su función calificadora conforme a una interpretación literal del artículo 18 LH. Esta situación no dista mucho de la reconocida en la RDGRN, de 16 de febrero de 2012 [*RJ* 5950], según la cual, «el registrador no puede (…) permitir el acceso al Registro de actos otorgados por el deudor concursado que la propia Ley Concursal considera anulables». En este supuesto, la falta de capacidad de obrar que determinó la anulabilidad del título que se pretendía inscribir no constaba en el Registro de la Propiedad pero sí en el Registro Mercantil[40].

El empleo de información asociada a las bases gráficas registrales también puede contribuir al efectivo control por el registrador de las operaciones de división y segregación. El artículo 79.1 NCRH se refiere a las dudas del registrador en torno a la legalidad de la operación y permite la remisión al Ayuntamiento de la documentación pertinente para que adopte un acuerdo en torno a la inscribibilidad del título. Las bases gráficas y la información asociada pueden ser el origen de las dudas en torno a la legalidad de la operación que se pretende inscribir, con lo que se refuerza la seguridad jurídica y se facilita la cooperación entre instituciones.

En conclusión, la información asociada constituye un elemento complementario del registrador para el mejor desarrollo de sus funciones. Si la razón de ser de la calificación registral es dotar de seguridad jurídica al mercado inmobiliario procede rechazar el acceso a los libros a aquellos títulos que presentan un vicio. Por consiguiente, el registrador debe calificar conforme a la información de que disponga, «siendo indiferente —como concluye la sentencia de 16 de octubre de 2012— que el conocimiento del estado urbanístico de la referida propiedad llegara a su conocimiento por uno u otro medio». Obviamente, la posibilidad que tiene el registrador de investigar en el juicio de calificación carece de sentido pero es que el análisis de la información territorial asociada no constituye una investigación, ya que la información asociada a las bases gráficas registrales, valga la redundancia, forma parte del Registro de la Propiedad[41].

---

control de legitimidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la resolución de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2010, pág. 3316) de «reforzar el sistema de bases gráficas registrales, de tal forma que resulte más fácil a los registradores identificar la posición de las fincas registrales respecto de las delimitaciones urbanísticas del territorio».

[40] Según el Centro Directivo, «desde una perspectiva de pura justicia material es evidente que lo verdaderamente importante es el buen funcionamiento del sistema de seguridad jurídica cuya tutela es la función que el registrador tiene encomendada, y resulta absurdo concluir que, porque las partes o el funcionario que ha autorizado un documento no han consultado, al tiempo de otorgarlo, el Registro Mercantil, el registrador de la propiedad tiene que inscribir el título para el que su disponente estaba legalmente inhabilitado».

[41] En sentido análogo, cfr. Juan Antonio García García, *Identificación de fincas registrales e incorporación de la calificación administrativa correspondiente,* pág. 209.

En definitiva, atendiendo a las diversas circunstancias del supuesto de hecho resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, resulta totalmente justa la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la suspensión de la inscripción.

En relación a la concatenación entre el folio registral y la base gráfica es necesario, para concluir este apartado, examinar los posibles efectos que se derivan de la existencia de una base gráfica de la finca registral. ¿Se altera la eficacia jurídica de la inscripción a través del empleo de bases gráficas coordinadas con las fincas registrales? Indudablemente, las bases gráficas mejoran el Registro de la Propiedad *ad intra*, ya que al ser la traducción gráfica de un asiento registral permite al registrador calificar datos espaciales que hasta entonces eran prácticamente imposibles de controlar[42]. De esta manera se previenen eficazmente las dobles inmatriculaciones futuras[43]; se evita la inmatriculación de fincas imaginarias y las invasiones del dominio público; se reformulan los procedimientos que tienen por objeto reflejar excesos de cabida, agrupaciones o segregaciones; se mejora el control registral sobre proyectos urbanísticos; se facilitan las tareas de representación de fincas y, entre otras cosas, se evita la pérdida de localización de fincas por ruptura del tracto sucesivo[44]. Sin embargo, ¿las bases gráficas mejoran la eficacia del Registro de la Propiedad *ad extra?* La utilidad *ad extra* de la base gráfica se fundamenta, en primer término, en que aquella es la traducción gráfica de la finca descrita en el folio registral y, en segundo lugar, en la calificación positiva del registrador que al validar la base gráfica la vincula y la coordina con el folio a través de una nota marginal. Gracias a la calificación registral de la base gráfica las presunciones vinculadas con la inscripción se extienden a aquella. Es cierto que el Registro de la Propiedad no da fe de los denominados datos de puro hecho contenidos en el folio porque la protección registral queda reservada únicamente a los datos jurídicos. En relación a los datos descriptivos de la finca no siempre es fácil determinar su carácter jurídico o fáctico, por lo que la mejor doctrina ha establecido que, en ocasiones, pueden tener consecuencias en el ámbito jurídico[45]. Por ejemplo,

---

[42] Se logra, de esta manera, satisfacer una aspiración tradicional en el Derecho Registral español de la que se hizo eco, entre otros, Gómez Gálligo, «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual», en *RCDI*, 1993, pág. 1893.

[43] Es decir, aquellas que afectan a fincas hasta ahora no inmatriculadas. Sobre esta cuestión, cfr. Arrieta Sevilla, *La doble inmatriculación registral*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 329-331. Requejo Liberal (*Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad*, pág. 28) señala que «aunque sólo fuera por evitar estas situaciones [de doble inmatriculación], ya tendría suficiente justificación la existencia de un sistema gráfico de identificación de fincas».

[44] Para el análisis de otras ventajas *ad intra* de las bases gráficas, cfr. Vázquez Asenjo, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, págs. 83-88.

[45] Cfr., entre otros, Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947, pág. 385; González Martínez, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho*

si sobre la base del principio de legitimación el artículo 250.1.7.º LEC permite la tutela interdictal del derecho inscrito la determinación o identificación de la finca podrá hacerse con apoyo en la base gráfica coordinada con el asiento registral de dominio que se pretende amparar[46]. Otra manifestación de la utilidad *ad extra* de la base gráfica de la finca registral la recoge SÁNCHEZ JORDÁN en relación al deslinde. En concreto, admite la eficacia *iuris tantum* de la base gráfica a la hora de resolver la incertidumbre en torno a los linderos que caracterizan a este procedimiento[47].

V. CONSECUENCIAS DE LA EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN A LAS BASES GRÁFICAS

El histórico reconocimiento de la utilidad de la información territorial asociada a la base gráfica en el juicio de inscribibilidad no es una cuestión baladí sino que afecta por entero al Registro de la Propiedad. En nuestro intento de sistematizar esta cuestión nos vamos a detener en seis ámbitos que ponen de manifiesto algunas limitaciones del artículo 9.1.ª IV LH y que exigen del legislador un mayor desarrollo normativo del Registro de la Propiedad digital y gráfico:

a) *Control topográfico de la base gráfica y de la información asociada*. La relevancia de la información asociada requiere la correspondencia entre la realidad física y la registral gráfica. Esto sólo es posible con el control topográfico de la coordinación o validación de la base gráfica

Civil, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, págs. 387-388; José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 400, y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III-bis, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 196. Ahora que el registrador puede declarar la correspondencia entre la descripción alfanumérica y la gráfica de la finca registral, gran parte de los prejuicios en torno al carácter jurídico de la descripción de la finca deberían matizarse.

[46] La SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2012 (Sección 4.ª) [*JUR* 2013/55462] empleó la base gráfica de la finca registral y una certificación catastral como elementos de valoración de la identificación de la finca del demandante que reivindicaba una franja de terreno. Sin embargo, la Audiencia estimó que «estos documentos no sirven para acreditar uno de los hechos que debió probar la demandante: la precisa identidad de la finca dentro de la cual mantiene que se encuentra la franja de terreno ocupada por el demandado». Aunque la sentencia justifica la insuficiencia del Catastro en materia de derechos reales, no motiva su decisión en torno a la base gráfica de la finca registral. Pocas semanas después, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó la sentencia de 12 de diciembre de 2012, a la que ya nos hemos referido, que contiene una visión muy reducida de la utilidad de las bases gráficas registrales.

[47] Cfr. SÁNCHEZ JORDÁN, «Nuevas técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde», en *ADC*, vol. III, 2012, pág. 1101. Aunque la eficacia de la base gráfica es sólo *iuris tantum,* la autora reconoce que «será difícil aportar títulos de mejor condición que la base gráfica registral en lo que a expresión de la cabida de la finca y de los datos necesarios para determinar sus linderos se refiere».

de la finca registral y la exacta georreferenciación de la información territorial que la Administración pretende asociar. Por ello, tanto el registrador como la Administración pública deben actuar con cautela al decidir, el primero, la correspondencia entre la descripción alfanumérica y la gráfica digital de la finca registral y, la segunda, la veracidad y el preciso geoposicionamiento del dato territorial que quiere asociar. Ambas cuestiones nos conducen al régimen de responsabilidad. En relación a la validación, cabe señalar que ésta se lleva a cabo en sede de calificación, por tanto, bajo la responsabilidad del registrador[48].

Por su parte, corresponde a la Administración la georreferenciación de la información territorial para que sea posible la interoperatividad con la trama de bases gráficas registrales. En caso de inexactitud en la georreferenciación del dato asociado no cabrá exigir responsabilidad al registrador porque es un mero altavoz de la información pública asociada. Tampoco creo que se trate un funcionamiento anormal de la Administración pública que le obligue a indemnizar al perjudicado.

b) *El plazo de vigencia y la eficacia de la información asociada*. La trascendencia de la información asociada a la base gráfica exige su constante actualización. Sin embargo, puede ocurrir que tras un convenio se asocie un dato territorial que posteriormente no es objeto de corrección o modificación. Según GÓMEZ GÁLLIGO, la infracción conocida por las bases gráficas tiene una vigencia indefinida mientras no se acredite por los medios adecuados que ha cesado la infracción o ha prescrito[49]. La cuestión relativa a la vigencia de la información asociada tiene especial relevancia en los expedientes de regulación urbanísticos, ya que, según el artículo 53.2 LS, la anotación preventiva que refleja la existencia del expediente disciplinario estará sometida a un plazo de caducidad y prórroga de cuatro años concordante con la regla general del artículo 86 LH. Por este motivo, llamaría la atención reconocer a la información simplemente asociada unos efectos temporalmente más extensos que los que el Ordenamiento reconoce a la información registral. Por su parte, conforme al artículo 73 NCRH la vigencia de las notas marginales urbanísticas tendrá, como regla general, duración indefinida. La hipotética vigencia indefinida de la información asociada determinaría, en la práctica, la exclusión de la finca del tráfico jurídico hasta

[48] Al llevar a cabo la validación de la base gráfica, el registrador debe actuar motivadamente. Por ello, el registrador debe reflejar los criterios que le conducen a emitir un juicio positivo sobre la validación y el escenario de configuración de la base gráfica. Estos datos se incorporarán como accesorios al archivo de bases gráficas registrales.

[49] Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *I Jornadas virtuales de bases gráficas*, en http://www.blogauctoritas.es/regulacion-normativa-de-la-facultad-y-deber-del-registrador-de-la-propiedad-de-disponer-de-bases-graficas-en-su-funcion -calificadora-6/ (Vista el 2 de abril de 2013).

su alteración a instancia de la Administración competente. No obstante, esta afirmación también debe ser matizada. Con anterioridad hemos señalado que si la eficacia de la información asociada es absoluta el registrador de la propiedad dispone de cierto margen de discrecionalidad en torno al reconocimiento de la existencia y veracidad del dato asociado cuando lleva a cabo las tareas de calificación, ya que no queda jurídicamente vinculado por la asociación. Esto implica que el interesado en la práctica del asiento tabular pueda aportar la documentación pertinente relativa a la inexactitud o pérdida de vigencia del dato asociado para que, tras el examen por el registrador, se practique el asiento solicitado. Por el contrario, si la eficacia de la información asociada únicamente fuera relativa el registrador deberá notificar la solicitud de inscripción a la Administración que asoció el dato territorial para que adopte una posición en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de la inscripción[50]. En caso de que el organismo público entienda que no debe proceder a la inscripción deberá solicitar en la forma correspondiente la protección tabular del dato asociado. Esto es, la información asociada sería únicamente un mecanismo de defensa preventiva pero incompleta de la Administración pública que se concretaría en el procedimiento de comunicación, de modo que sólo la información territorial inscrita puede evitar la inscripción solicitada. Se trataría, por tanto, de tutelar el tráfico jurídico porque sólo se rechaza la inscripción si la Administración pública solicita al registrador la práctica de un asiento registral que sustituya al dato asociado. Lo anterior supondría, por su parte, la calificación del primer título con un documento presentado con posterioridad[51].

c) *Desincentiva el reflejo registral de la información territorial*. Los conceptos de inscripción y asociación referidos a un dato territorial se oponen entre sí. Si se inscribe en el folio la información territorial gozará de los efectos propios de los asientos registrales. Por el contrario, tendrá efectos disuasorios si únicamente se asocia a la base gráfica. Esta disparidad de opciones en torno a la relación entre la información territorial y el Registro de la Propiedad permite acudir a la figura de una balanza. Hasta el advenimiento de las bases gráficas, la inscripción —en sentido lato— era la única vía de publicidad del dato territorial. Sin embargo, la utilidad de la asociación de información a las bases

[50] El citado artículo 79.4 NCRH establece un plazo de cuatro meses para que la Administración se posicione y un silencio positivo para evitar, precisamente, el cierre registral tácito.

[51] Aunque, con carácter general, la calificación registral debe respetar el principio de prioridad, la DGRN ha admitido por razones de seguridad jurídica que el registrador pueda acudir al calificar a otros títulos pendientes de despacho. Cfr. José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, págs. 585-594.

gráficas y su reconocimiento inclinan progresivamente la balanza hasta hacer de ella una opción sumamente atractiva para la Administración. Tal es así que, en ciertos casos, el asiento registral con contenido de Derecho público puede llegar a perder su sentido. En mi opinión esta puede ser la consecuencia más importante en relación a la mecánica registral que se deriva de la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012. Analicémoslo por partes.

La adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la actividad urbanística es una aspiración desde la Ley del Suelo de 1956 y de ella se hizo eco la Exposición de Motivos del Real Decreto de 1997 sobre la inscripción de actos urbanísticos que complementó el Reglamento Hipotecario. Pues bien, la importancia que la sentencia de 16 de octubre de 2012 concede a la información asociada libera a la Administración pública del deber de investigar la concreta finca registral en la que radica una infracción urbanística y de la obligación de solicitar la anotación preventiva a la que aluden los artículos 51.1.*c)* y 53.2 LS y 52.*c)* NCRH. Entiendo que esto es así debido a que si el registrador suspende la inscripción de la declaración de obra nueva es porque a la postre resulta irrelevante que el expediente disciplinario esté anotado en el folio o únicamente asociado a la base gráfica.

Conforme al mismo criterio, la Administración pública también quedaría liberada de solicitar la nota marginal por la que se da publicidad a la afección de una finca registral que conforme a la legislación urbanística está sujeta a un derecho de tanteo o retracto (art. 83 NCRH). Cuando conste dicha nota marginal y se presente un título traslativo para su inscripción, el registrador deberá suspenderla si no se justifica la notificación a la Administración correspondiente de las circunstancias que dan lugar al derecho de adquisición preferente. El desarrollo de las bases gráficas podría suponer la sustitución del reflejo registral del derecho de tanteo y retracto administrativo por la asociación de ese dato en la base gráfica registral. Se trataría, en definitiva, de una nueva vía para dotar de conocimiento al registrador del derecho de adquisición preferente que le permita controlar el deber de notificación a la Administración para que pueda hacer uso de su derecho[52].

[52] El artículo 39 de la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad recoge una situación análoga a la del artículo 83 NCRH. Aquel precepto reconoce un derecho de adquisición preferente a favor de la Comunidad Autónoma sobre fincas ubicadas en espacios naturales protegidos. Asimismo, también se establece el cierre registral si no se acredita al registrador la notificación a la Administración de las condiciones del negocio traslativo para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Sobre este particular, cfr. Pérez García, «El Registro de la Propiedad y el medio ambiente», en *RCDI*, 2010, págs. 541-542.

Otro tanto ocurre con los terrenos forestales incendiados que conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1.*a)* de la Ley 43/2003, de montes no podrán ser legalmente recalificados en un plazo de treinta años. Según la Disposición Adicional 6.ª de la Ley del Suelo, «la Administración forestal deberá comunicar al Registro de la Propiedad esta circunstancia, que será inscribible conforme a lo dispuesto por la legislación hipotecaria». En concreto, esta información territorial será objeto de publicidad en el Registro a través de una nota marginal. En la misma situación se encuentra la nota marginal que permite dejar constancia registral del inicio de un expediente administrativo de declaración de suelos contaminados (art. 8.2 del RD 9/2005, de 14 de enero).

En conclusión, el valor que se reconoce a la información asociada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia de 16 de octubre de 2012, tiene como consecuencia directa la pérdida de interés por parte de la Administración en solicitar el asiento registral de contenido urbanístico o ambiental. No obstante, esto no debe suponer una fisura o reducción de la seguridad jurídica inmobiliaria que el Registro de la Propiedad fomenta sino, simplemente, una alteración del medio para alcanzar ese fin. Estimo que es así porque el asiento registral de contenido urbanístico o ambiental no desempeña una función muy distinta a la que se le reconoce a la información asociada a la base gráfica si el registrador puede dar publicidad a terceros y se puede servir de ella para la calificación. Si se afirma que la sentencia desincentiva la anotación preventiva de un expediente de disciplina urbanística es porque, tácitamente, se fomentan los acuerdos de colaboración entre la Administración y los registradores para la asociación de información y mantener intacta la seguridad jurídica.

Por ello, si la Administración dispone de información territorial georreferenciada le bastaría con asociarla a las bases gráficas registrales, lo cual le ocasionaría, además, unos menores costes económicos y temporales. Obviamente, esta cuestión debe relacionarse con el plazo de vigencia de la información asociada, al que ya nos hemos referido, pues si aquélla no tiene carácter indefinido es posible que sea necesaria su conversión en un asiento registral.

Si leváramos la técnica de la asociación de información al extremo podríamos llegar a la conclusión de que carecen de sentido práctico todos los asientos registrales efectuados a instancia de una Administración pública. Éstas podrían llegar a hacer un uso abusivo de la facultad de asociar información administrativa a la base gráfica registral con el objetivo de ahorrarse los costes temporales y económicos de la inscripción o evitar la calificación registral del título administrativo. El abuso de la información asociada también supondría desoír el man-

dato del legislador recogido en el artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas que convierte en obligatoria la inscripción de los inmuebles demaniales y patrimoniales de la Administración[53]. Si fuera posible la asociación de la información que recoge gráficamente los bienes de titularidad pública y la calificación se extiende a la base gráfica y a sus datos asociados, el registrador tendría que cerrar el acceso al Registro a quien quisiera inmatricular una finca que invade un espacio público asociado[54]. Y ello aunque el inmatriculante cumpla el requisito de contar con una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción del título.

De la misma manera que estimo que ni el legislador ni la DGRN pueden restringir las capas de información asociables, también creo que para evitar cualquier intento por parte de la Administración pública de acceso al Registro al margen de la calificación registral habría que establecer unos límites mínimos en los que se excluya, en todo caso, la asociación y sea requerido un asiento registral[55].

d) *Erradicación de la buena fe*. El artículo 51.2.II LS obliga a la Administración a compensar económicamente los perjuicios causados a un tercero de buena fe por la falta de constancia registral de un expediente urbanístico. En el caso resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 2012, no es posible acudir a este precepto porque difícilmente se puede justificar que el solicitante de la inscripción de obra nueva tuviera buena fe, ya que muy probablemente es frente a quien se ha abierto el expediente disciplinario que motivó la suspensión de la inscripción.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si la inscripción que se pretende realizar es la compraventa efectuada por un tercero que no es parte en el expediente urbanístico no anotado y que resulta desconocido para él? Tampoco creo que fuera suficiente para dar lugar a la responsabilidad de la Administración por la falta de anotación preventiva. Con anterioridad se ha señalado que el registrador puede dotar de publicidad a la

---

[53] En la misma situación se encuentra lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 43/2003, de montes, según el cual, «la Administración titular o gestora inscribirá los montes catalogados, así como cualquier derecho sobre ellos, en el Registro de la Propiedad».

[54] Así ocurriría, por ejemplo, con la solicitud de inscripción de una declaración de obra nueva antigua con la nueva redacción del artículo 20.4.*a)* LS. Este precepto establece que el registrador deberá comprobar antes de practicar la inscripción «que el suelo no tiene carácter demanial».

[55] Delgado Ramos (*La protección registral del medio ambiente*, págs. 18-19), y Vázquez Asenjo (*La información territorial asociada a la base gráfica de la finca registral*, págs. 31-32) enumeran diversas capas de información territorial que pueden ser susceptibles de asociación.

información territorial asociada a la base gráfica a cualquier tercero con interés legítimo. Gracias a la interoperatividad entre el folio registral, la base gráfica de la finca y la información asociada, el registrador puede generar de modo automático un documento que a partir de la finca registral dote de publicidad a las diversas capas de información territorial asociadas con trascendencia jurídica. La posibilidad que se reconoce a quienes tienen interés legítimo de solicitar publicidad formal de los datos territoriales asociados a la base gráfica registral determina la exclusión de la buena fe de cualquier tercero que no podrá ignorar la irregularidad urbanística asociada[56]. Por lo tanto, la técnica de la asociación evita que la Administración tenga que indemnizar al tercero, ya que fácilmente puede alegar que no ha desarrollado la diligencia necesaria para ser de buena fe.

e) *Irresponsabilidad del registrador por falta de base gráfica y de información asociada*. Como se ha señalado, la información asociada es un cauce válido para dotar de cierta publicidad a determinadas circunstancias con trascendencia jurídica que limitan o restringen los derechos de propiedad inscritos. La ausencia de bases gráficas y, por consiguiente, de información asociada, prácticamente elimina el juicio de validez urbanístico o ambiental del registrador con ocasión de la calificación. Por ello, no resultaría sorprendente que se aceptara la inscripción de un título sin saber que el acto es contrario a Derecho. En estas situaciones en las que se inscribe, por ejemplo, un acto contrario a la legalidad urbanística el hipotético tercero no resultará protegido[57]. Este escena-

---

[56] En torno a la eliminación de la buena fe del tercero a través de la información asociada, cfr. Vázquez Asenjo, *La información territorial asociada a la base gráfica de la finca registral*, págs. 99-100.

[57] En este sentido, cfr. Parra Lucán, «Publicidad registral de la ilegalidad de la licencia de construcción», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, págs. 100-107, y Arredondo Gutiérrez, *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2009, págs. 23-29. Por su parte, Martínez Escribano («Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal», en *Justicia Administrativa*, núm. 53, 2011, págs. 7-40) manifiesta que es necesario reformar los procedimientos de concesión de licencias, incrementar su control, favorecer su publicidad y, como consecuencia de ello, revisar la doctrina jurisprudencial contraria a la defensa del tercero hipotecario. En el mismo sentido, cfr. Revuelta Pérez/Narbón Lainez, «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», en *RCDI*, 2010, págs. 1639-1641.

La reforma del artículo 51.1.*c)* LS en 2011 hace imperativa la anotación preventiva de incoación de un expediente urbanístico, precisamente, para evitar la aparición de terceros de buena fe que no puedan ser a la postre protegidos. La omisión de dicha anotación no será suficiente para admitir la prevalencia de la condición de tercero hipotecario. Así se deriva de la *mens legislatoris* plasmada en el artículo 51.2.II LS: «la omisión (...) dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, *la*

rio, ¿podría generar la responsabilidad del registrador por la falta de protección de un tercero que confió en un Registro que no incluía las limitaciones urbanísticas? La respuesta es, en mi opinión, negativa. En primer lugar, por la mera interpretación del artículo 9.1.ª IV LH. Es cierto que este precepto establece que los registradores «dispondrán» de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas pero también que la función de éstas es que «permitan» su coordinación con las fincas registrales y con la información territorial. En definitiva, la asociación de información territorial constituye una obligación de medios para el registrador —fruto del deber de colaboración entre Administraciones— y no de resultado[58].

En segundo lugar, porque no se puede hacer responsable al registrador por una información jurídica a la que es totalmente ajeno. Es decir, si la Administración pública correspondiente no solicita la inscripción del dato territorial ni lo asocia gracias a un convenio suscrito con el registrador no cabe hacer responsable a éste de esa omisión. Precisamente por este motivo el artículo 51.2.II LS hace responsable a la Administración pública —y no al registrador— en caso de que se produzca algún perjuicio a un adquirente de buena fe por la falta de reflejo tabular de un expediente urbanístico.

Por último, tampoco cabe exigir responsabilidad al registrador en razón del artículo 297 LH que establece un régimen excepcional de responsabilidad que resulta coherente con el carácter limitado de la calificación. Si al llevar a cabo el juicio de inscribibilidad el registrador no puede llevar a cabo una investigación del título sólo se le puede hacer responsable de la práctica de un asiento erróneo cuando el defecto que tendría que haber justificado su denegación fuera notorio. Obviamente, este requisito no se cumple por la mera existencia de la información territorial aun cuando ésta sea pública y de origen legal (art. 26.1.ª LH), ya que el deber de investigación acerca de la verdadera situación jurídica de la finca corresponde al interesado.

Ahora bien, si la información territorial está asociada y el registrador no la emplea en la calificación e inscribe un título que a la postre resulta ser defectuoso, ¿se podrá exigir responsabilidad? Entiendo que

---

citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

[58] No obstante, la existencia de bases gráficas podría hacer responsable al registrador frente a un tercero que no resultara protegido en caso de doble inmatriculación, ya que las bases gráficas constituyen un deber del registrador. Ahora bien, esto sólo será así cuando conste validada la base gráfica de la finca que abarca el mismo espacio físico que la que se pretende inmatricular y el registrador, a pesar de ello, califique positivamente, lo cual es altamente improbable.

el progresivo desarrollo, asentamiento y generalización de la información asociada podrían conducir a ello; sin embargo, el hecho de que el dato territorial asociado no sea imperativo para el registrador en su calificación determina que pueda no cumplirse el carácter notorio que exige el artículo 297 LH para que nazca la obligación de reparar a cargo del registrador.

f) *Futuros asientos gráficos.* La relevancia a efectos de calificación de la información territorial asociada transforma el mismo concepto de asiento registral porque, en la práctica, aproxima los efectos jurídicos de lo inscrito en el folio y lo asociado a la base gráfica. Trascendiendo del supuesto de hecho que originó el pleito resuelto por la sentencia de 16 de octubre de 2012 se puede decir que la doctrina que contiene altera la praxis registral, ya que el efecto de la oponibilidad no sólo se atribuye a la inscripción sino que se extiende, aunque en menor medida, a la información asociada. Esta progresiva extensión del principio de oponibilidad a través de la interoperatividad puede conducir a lo que VÁZQUEZ ASENJO denomina inscripción grafica registral de títulos de información territorial[59]. Lo anterior supone la práctica de un verdadero asiento registral de contenido ambiental o urbanístico de carácter eminentemente gráfico, firmado electrónicamente por el registrador y que se genera a través de la técnica de la asociación. De esta forma se proporcionarían plenos efectos de publicidad a datos territoriales derivados de actos administrativos imperativos que afectan a una finca registral que pasarían a gozar de las presunciones del artículo 38 LH. Es cierto, no obstante, que ni el vigente sistema de folio real ni la calificación registral tradicional permiten en la actualidad la práctica de un asiento registral gráfico. A pesar de ello, el desarrollo tecnológico y la necesidad de precisión y certidumbre en torno al dominio inmobiliario y sus posibles restricciones legales hacen que no sea una quimera.

Fruto de este nuevo panorama que ya se atisba de relación entre la publicidad tabular, los derechos reales inmobiliarios y sus restricciones ambientales y urbanísticas, ¿sigue teniendo sentido denominar al Registro *de la Propiedad?* Sinceramente, creo que no.

---

[59] Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, «De la asociación de datos de información territorial a la inscripción grafica registral de títulos de información territorial», en *I Jornadas virtuales de bases gráficas*, http://www.blogauctoritas.es/de-la-asociacion-de-datos-de-informacion-territorial-a-la-inscripcion-grafica-registral-de-titulos-de-informacion-territorial/ (vista el 2 de abril de 2013).

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA ANEGÓN, Gonzalo: «Información territorial asociada y calificación registral», en *Cuadernos Ambientales de la Propiedad*, núm. 1, 2011, págs. 39-64.

ARNÁIZ RAMOS, Rafael: «El control de legitimidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la resolución de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2010», en *RCDI*, 2011, págs. 3291-3317.

ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel: *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2009.

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: *La doble inmatriculación registral*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

— «La transformación del Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 2010, págs. 449-485.

DELGADO RAMOS, Joaquín: *La protección registral del medio ambiente*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2007.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993.

— *Derecho Hipotecario o Inmobiliario Registral*, III, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Identificación de fincas registrales e incorporación de la calificación administrativa correspondiente», en *La información territorial en el Registro de la Propiedad*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 169-212.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo GONZÁLEZ. Su vigencia actual», en *RCDI*, 1993, págs. 1853-1902.

— «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», en *RCDI*, 2009, págs. 371-402.

— «La calificación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 159, 2009, págs. 1577-1619.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente/RAGA SASTRE, Nuria: *El procedimiento registral y su revisión judicial*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio J.: «La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información territorial», en *Teoría y Derecho*, núm. 10, 2011, págs. 189-214.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, III-bis, Dykinson, Madrid, 2003.

MADRAZO MELÉNDEZ, Belén: «Protección de los bienes jurídicos globales. El Registro y el Medio Ambiente», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2012, págs. 247-260.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal», en *Justicia Administrativa*, núm. 53, 2011, págs. 7-40.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio: *Jurisdicción y Registro Públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, págs. 137-171.

PARRA LUCÁN, M.ª de los Ángeles: «Publicidad registral de la ilegalidad de la licencia de construcción», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, págs. 100-107.

PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «El Registro de la Propiedad y el medio ambiente», en *RCDI*, 2010, págs. 510-550.

PRADO GASCÓ, Víctor J.: «Aproximación a la base gráfica registral. Un nuevo enfoque metodológico», en *Cuadernos Ambientales de la Propiedad*, núm. 2, 2012, págs. 53-84.

REQUEJO LIBERAL, Jorge: *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada/NARBÓN LAINEZ, Edilberto: «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», en *RCDI*, 2010, págs. 1639-1641.

DE LA RICA Y MARITORENA, Ramón: «La nota marginal», en *RCDI*, 1973, págs. 1085-1104.

ROCA SASTRE, Ramón M.ª *et alii: Derecho Hipotecario*, IV, 9.ª ed. Bosch, Barcelona, 2008.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª Elena: «La Directiva Inspire y los sistemas registrales europeos», en *La información territorial en el Registro de la Propiedad*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 23-49.

— «Nuevas técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde», en *ADC*, vol. III, 2012, págs. 1075-1106.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª Elena/MAIOLI, Cesare: «Algunas notas sobre la información espacial en Italia y en España a la luz de la Directiva INSPIRE», en *RCDI*, 2010, págs. 1795-1814.

SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947.

VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán: *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

— *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2010.

— «De la asociación de datos de información territorial a la inscripción grafica registral de títulos de información territorial», en *I Jornadas virtuales de bases gráficas*, http://www.blogauctoritas.es.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL, INFORMACIÓN ASOCIADA

La incorporación al Registro de la Propiedad de herramientas digitales y gráficas permite la descripción de las fincas registrales a través de bases gráficas a las que se pueden incorporar o asociar —sin causar un asiento registral— cualesquiera capas de información territorial. En el presente estudio se pretenden analizar las ventajas que en relación a la seguridad jurídica se puede derivar de la extensión de

ABSTRACT

REGISTER LEGALITY CHECK, ASSOCIATED INFORMATION

The implementation of digital and graphic tools in the Land Register makes possible the description of registered properties through graphic bases to which several layers with spatial information could be added or associated, without an entry in the Register Books. This research analyzes how the extension of the Registrars' legality check to the spatial information associated to the graphic bases improves legal

la calificación registral a esa información territorial asociada a la base gráfica. Asimismo, se examinarán las consecuencias que la información asociada puede tener sobre la praxis registral tradicional.

certainty. Likewise, the consequences that the associated information may have on the traditional vision of the Land Register will be highlighted.

(Trabajo recibido el 8-4-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio

por

GERMÁN DE CASTRO VÍTORES
Universidad de Valladolid

SUMARIO

1. COORDENADAS HISTÓRICAS Y CONCEPTUALES EN QUE SE ENMARCA ESTA FIGURA JURÍDICA.
2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. BREVE RELACIÓN Y NOTAS CRÍTICAS.
3. SOBRE EL OTORGANTE DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS.
4. ACERCA DEL CONTENIDO DEL TESTAMENTO VITAL.
5. BREVES ACOTACIONES RELATIVAS AL REPRESENTANTE DESIGNADO EN VOLUNTADES ANTICIPADAS.
6. ACERCA DE LA EFICACIA Y LÍMITES DEL DOCUMENTO.
7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

1. COORDENADAS HISTÓRICAS Y CONCEPTUALES EN QUE SE ENMARCA ESTA FIGURA JURÍDICA

La realidad asistencial y jurídica a la que se dedican estas páginas recibe diversas denominaciones en nuestros textos legales: instrucciones previas, voluntades anticipadas, voluntad vital anticipada, testamento vital, etc… Todas sirven, y al mismo tiempo no terminan de dar plena noticia del asunto

para quien no conozca de antemano de lo que estamos hablando. Convendría apuntar, para ello, que se trata de un documento (pero sin que en él se agote el concepto de *deseos expresados anteriormente*, a que alude el Convenio de Oviedo); incluir una referencia al ámbito sanitario, en el que por lo general despliega su eficacia; y quizá añadir una mención al final de la vida, a la problemática de la intervención asistencial en situaciones extremas[1]. En cualquier caso, aquellas concisas expresiones quieren reflejar lo esencial: una *cristalización* de la voluntad en previsión de futuros acontecimientos, para que *se tenga en cuenta* después. Las instrucciones se dictan para ser aplicadas cuando el paciente no puede construir y revelar en modo eficaz su voluntad actual.

Formulación previa de una voluntad «para que se tenga en cuenta», hemos dicho. Efectivamente, en estos términos se pronuncia el Convenio de Oviedo (así es conocido entre nosotros), que sigue siendo el texto de mayor rango y el primero que en nuestro ordenamiento incide especialmente en esta figura jurídica[2]. Voluntad del paciente como punto de referencia en la atención sa-

---

[1] «Las instrucciones previas sanitarias, si bien no tienen aplicación exclusiva al final de la vida (en las situaciones terminales), se utilizan fundamentalmente para dicho fin, hasta el punto de que abarcan el único desarrollo que ha tenido el derecho sanitario español hasta ahora», cfr. Javier SÁNCHEZ-CARO, «Las instrucciones previas en el contexto de las decisiones al final de la vida», en *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN-GARCÍA (coords.), Comares, Granada, 2008, págs. 1 y sigs., pág. 18. La consideración especial del contexto terminal tendría importancia interpretativa, en cuanto la *ratio* de la figura conectaría con la prevención del encarnizamiento terapéutico (más que constituir un homenaje abstracto a la autonomía) según DE MONTALVO, F., «Límites a la autonomía de la voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el Derecho constitucional», en *Derecho y Salud*, 20-1, 2010, pág. 71 y sigs.; planteamiento que no convence a SEOANE, J. A., «Derecho e instrucciones previas», en *Derecho y Salud*, 22, Extraordinario XX Congreso, 2011, pág. 11 y sigs., pág. 19.

[2] La Ley General de Sanidad de 1986, no se refiere aún a estos documentos, sí al consentimiento informado (art. 10). El *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina* (Oviedo, 4 de abril de 1997), ratificado por España el 23 de junio de 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000, establece, bajo la rúbrica «Deseos expresados anteriormente» (art. 9): «Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar sus voluntades». El Informe Explicativo del Convenio indica (n. 62): «…Con todo, tenerse en cuenta (…) no significa que deban seguirse necesariamente. Por ejemplo, cuando los deseos se expresaron mucho tiempo antes de la intervención y la ciencia haya avanzado desde entonces, puede no haber fundamento para respetar la opinión del paciente. Así, el facultativo debe, en la mayor medida posible, estar persuadido de que los deseos del paciente resultan aplicables a la situación actual y que son aún válidos, teniendo en cuenta especialmente el avance técnico de la medicina». Como explica SEOANE, «el ámbito jurídico y el ámbito clínico exigen un razonamiento prudencial, que conduce al respeto de la autonomía del paciente pero no a la obediencia ciega de cualquier decisión autónoma. Las instrucciones previas (…) no son una razón excluyente para el profesional sanitario, que le imponga la obligación de cumplirlas sin ponderar y armonizar los principios, valores, deberes

nitaria, y a la hora de tomar decisiones en momentos delicados, que pueden presentar dilemas y difíciles conflictos de frontera a nivel ético, social, jurídico y técnico[3].

El encuadre del Documento de voluntades anticipadas en su contexto, requiere ponerlo en relación con diversas controversias teóricas, problemas y conceptos, y al mismo tiempo ofrecer alguna pincelada relativa a su historia. En este último sentido, como marco sistemático general, cabe distinguir unos antecedentes remotos, que nos remiten a la práctica jurisdiccional, luego a la legislación, y a la doctrina y práctica asistencial norteamericana, y que han sido reflejados en diversos estudios, y unos antecedentes próximos, que tienen que ver con la génesis y desarrollo de la legislación española en este ámbito, desde finales de los ochenta del pasado siglo, y que también han sido estudiados en numerosos trabajos[4].

---

y derechos en juego» (*ibídem*, pág. 27). En complemento del Convenio, hay que tener presentes varios documentos del Consejo de Europa, como: Recomendación CM/Rec(2011)11 del Comité de Ministros; Recomendación 1993(2012) y Resolución 1859(2012) de la Asamblea Parlamentaria.

[3] La realidad de la muerte y los dilemas que la acompañan no puede dejar de ser inquietante y traumática. Que exista una sutil línea, en las situaciones límite, que lleve de cabeza a médicos, moralistas, juristas, y a los que acompañan al enfermo terminal, es propio de la naturaleza y gravedad de las cuestiones en juego, y signo de humanidad y atención a la dignidad del ser humano. Vid., sobre este punto, por todos, BURT, R. A., «The end of autonomy», *Improving End of Life Care: Why Has Been So Difficult? Hastings Center Report, Special Report 35*, n. 6 (2005): S9-S13, resumido por SÁNCHEZ-CARO, Jesús, «Concepto y evolución histórica de las Instrucciones previas», en *Instrucciones Previas en España…,* cit., págs. 64 y sigs., espec. págs. 93-97: «De aquí el principio que debería guiar la regulación social (esta es una de sus conclusiones): cuanto más confortables se encuentren los médicos y los pacientes con las acciones que implican la muerte, más peligrosas socialmente serán esas acciones».

[4] La bibliografía sobre voluntades anticipadas es muy amplia. Se han dedicado a su estudio juristas, filósofos del derecho y bioeticistas, médicos y especialistas en el ámbito de la enfermería. Aparte de los citados, y para una primera aproximación, entre los estudios de síntesis recientes, vid. MOREO ARIZA, J., «Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento español», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2093, 2009, pág. 5 y sigs. (2261 y sigs.); JIMÉNEZ MUÑOZ, J., «Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o «testamento vital»», en *La Ley*, núm. 7334, 2010, Ref. D-35; DOMÍNGUEZ LUELMO, «La expresión anticipada de voluntades en el ámbito sanitario: el documento de instrucciones previas», en *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia* (dir.: M. GÓMEZ TOMILLO), Madrid, Unión Editorial, 2008, págs. 411-445. Este volumen contiene un notable conjunto de estudios relacionados con nuestra materia. Y dígase lo mismo del coordinado por GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, C., y CANTERO MARTÍNEZ, J., *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; y ahí, GALLEGO RIESTRA, S., «Las instrucciones previas y su regulación jurídica», págs. 493-523. Este autor ha escrito una de las importantes monografías de los últimos tiempos sobre esta materia. Sigue siendo útil la reflexión de REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español», en *La Ley*, 2002, 4, pág. 1899 y sigs., disponible en la web (www.institutodebioetica.org). Importantes los estudios de SANCHO GARGALLO, «Las instrucciones

Lo que conviene tener en cuenta es que se trata de algo muy reciente en nuestra experiencia jurídica, aún cabría decir que la «experiencia jurídica» está por hacer; y que, al menos hasta el momento, no ha parecido imprescindible. Que una persona no haya elaborado este documento, en principio, al menos así parece haberlo sentido nuestra sociedad, no resulta decisivo respecto a las posibilidades de que vaya a tener una atención adecuada y una muerte digna, pues entran en juego otros muchos factores. De lo contrario habría que pensar que la sociedad se ha privado durante largo tiempo y se sigue privando aún hoy más o menos conscientemente de un instrumento clave a tales fines, lo cual parece a todas luces excesivo. Si la necesidad se hubiera sentido vivamente, hace tiempo que la función habría creado el órgano. Sin duda se trata de un instrumento a tener muy en cuenta, pero, si aún contando con él, persisten o se acentúan otras deficiencias, a lo mejor el panorama de conjunto resulta peor[5]…

---

previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, 2005, págs. 199-245, y PARRA LUCÁN, M. A., «Voluntades anticipadas», XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, págs. 77 y sigs.; y muy sugerente para reflexionar acerca de inquietudes que tratan de plantearse en este estudio, la ponencia de GIL, C., «El panorama internacional de las voluntades anticipadas», en la Mesa Redonda, *El testamento vital y las voluntades anticipadas*, Colegio Oficial de Médicos de Zaragoza, Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud, 2002, disponible en www.institutodebioetica.org. Para los antecedentes norteamericanos, por todos: BERROCAL LANZAROT, en BERROCAL LANZAROT, A. I.-ABELLÁN SALORT, J. C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 91 y sigs. (y una amplia información sobre la normativa norteamericana en su examen del Derecho Comparado, pág. 127 y sigs.); DE MONTALVO, *Muerte digna y Constitución*, UPC, 2009, pág. 117 y sigs.; y el resumen de SÁNCHEZ-CARO, «Concepto y evolución histórica…», cit., pág. 67 y sigs. Una ajustada síntesis en BARRIO, I., SIMÓN, P. y JÚDEZ, J., «De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones», en *Nure Investigación*, núm. 5, mayo de 2004, págs. 1 y sigs. Para una aproximación a los antecedentes de la legislación española, ALVENTOSA DEL RÍO, «La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas», en *Libro Homenjaje al profesor Manuel Albaladejo*, pág. 169 y sigs.; y con más extensión, DE MONTALVO, *ibídem*, pág. 21 y sigs., 35 y sigs. Síntesis de todo ello en JIMÉNEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 2 y sigs.

[5] «No puede afirmarse» que la introducción de esta normativa «haya sido el producto de una fuerte aspiración social». Cfr. MOREO ARIZA, *op. cit*., págs. 9 y 32. El contraste entre la generosidad legislativa y la parca demanda y utilización social centra observaciones críticas de DE MONTALVO, quien llega a hablar, gráficamente, de *encarnizamiento legislativo*. Cfr. *Muerte digna…,* cit., pág. 56. No se trata sólo de que los análisis de campo realizados en España revelen una escasa utilización del documento. Es que incluso en Estados Unidos muestran la preferencia de un número notable de pacientes por que sea el consenso de *terceros*, el equipo médico y los familiares cercanos, el que determine ciertas decisiones (vid. nota 14). Quizá el documento será utilizado por un número relativamente corto de personas. Vid. el sugerente trabajo de K. MARTÍNEZ, «Los documentos de voluntades anticipadas», en *Anales del sistema sanitario de Navarra*, 2007, 30, Supl. 3, pág. 87 y sigs., espec. pág. 91. Y la última observación trata de constituir un toque de atención (cuyo desarrollo nos llevaría aquí demasiado lejos) a ser cuidadosos cuando se aborda la comparación entre sistemas, y se plantea trasladar una figura de uno a otro, hay que ver si su utilidad en aquél responde a una necesidad en éste, y si en

Lo que sí es cierto es que, desde el punto de vista sociológico y de desarrollo material de la ciencia médica, en los últimos decenios asistimos, al menos en ciertas sociedades, a un nuevo contexto, relacionado con el envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, posibilidades de mantener artificialmente la vida que hace sólo un siglo eran impensables, factores todos ellos que hacen que determinados dilemas éticos y jurídicos (y también económicos) pasen a un primer plano, y hayamos de plantearnos esta serie de cosas, hoy por hoy y sobre todo con vistas al futuro[6]… Continuando con el contexto conceptual, intentemos una síntesis y matización de la explicación que suele ofrecer la doctrina acerca de todo ello:

En el tránsito desde una atención médica y una relación médico-paciente, tradicional, de carácter «paternalista», basada en la «beneficencia», a otra moderna, cuyo quicio lo constituiría la «autonomía del paciente», tiene esencial importancia, entre otros aspectos, el *consentimiento informado*; y la posibilidad, por tanto, de rechazar un tratamiento[7]. Este consentimiento informado se reco-

---

nuestro sistema no tenemos, por otros caminos, mejores soluciones para ese u otros problemas. Vid., sobre este punto, la aguda observación de GIL, *op. cit*., págs. 19-20. Y por extenso, DE MONTALVO (2009) cit., págs. 178 y sigs.

[6] Jesús SÁNCHEZ-CARO, *op. cit.,* pág. 69, relaciona el nacimiento del *living will* con el extraordinario desarrollo de ciertas técnicas médicas en Estados Unidos entre los años 1930-1960. Para una reflexión panorámica inicial sobre este contexto, con diversas perspectivas, vid. además de este autor, BERROCAL LANZAROT, *op. cit*., pág. 79 y sigs.; y las exposiciones de MARCOS DEL CANO, A. M.ª (por ejemplo, «Voluntades anticipadas», disponible en www.uned-illesbalears.net/esp/finalvida3.pdf); y CHUECA RODRÍGUEZ, R. (entre otras, «Los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», en *Derecho y Salud*, 16, 2008, pág. 1 y sigs.). Para profundizar más, recomiendo el libro de DE MONTALVO, la bibliografía recogida en el importante estudio de síntesis de SEOANE, la obra de SIMÓN Y BARRIO, *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*, Triacastela, Madrid, 2004; el selecto elenco bibliográfico ofrecido por SÁNCHEZ-CARO en «Las instrucciones previas…», cit., págs. 60-61 (espec. el volumen KEOWN, J. (comp.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, FCE, trad. de TORRES ALEXANDER, México, 2004); y los trabajos publicados por la Fundación Víctor Grifols i Lucas, Barcelona.

[7] Cfr. SEOANE, *op. cit*., pág. 19; CHUECA RODRÍGUEZ, *op. cit*., pág. 4 y sigs.; arts. 2.2 y 2.4, y 8 y sigs. Ley 41/2002, y, por ejemplo, artículo 2.4 de la Ley 7/2002 del País Vasco. «…Este derecho constitucional (el derecho fundamental a la integridad física) resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad…», salvo casos especiales en que la asistencia coactiva tiene justificación constitucional. Cfr. STC 120/1990, de 27 de junio; vid. también, STC 154/2002, de 18 de junio; y STC 37/2011, de 28 de marzo. Sobre consentimiento informado para una primera aproximación, SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico», en *Aspectos médicos y jurídicos…,* cit., pág. 379 y sigs.; y GALÁN CORTÉS, J. C., «Consentimiento informado», en *Derecho sanitario y bioética,* cit., págs. 363 y sigs., y en este mismo volumen, SEUBA TORREBLANCA, «Rechazo de tratamientos médicos», pág. 459 y sigs. Vid., también, ROMEO CASABONA, C., «Decisiones ante la proximidad de la muerte del paciente: interrupción o no iniciación del tratamiento», en *Aspectos médicos y jurídicos*…, cit., pág. 208 y sigs. Para las conexiones autonomía (*versus* paternalismo), consentimiento

ge como necesario en la Ley General de Sanidad de 1986 y luego en la Ley 41/2002. Pero esta última da un paso más y presenta la posibilidad de redactar con antelación un documento de instrucciones previas.

El consentimiento informado engarza con los derechos constitucionales relativos a la vida y a la integridad física y moral, habiéndose llegado por algunas sentencias del Tribunal Supremo a aludir al mismo como «derecho fundamental», aunque seguramente basta poner de relieve su enlace directo con aquellos otros plasmados en la Constitución[8].

Las voluntades anticipadas, suele indicar la doctrina, no son más que una manifestación, una ramificación de la teoría del consentimiento informado. Pero, por mor de ser más precisos, en mi opinión, conviene poner de relieve que tienen algo igual y algo diferente del propio consentimiento informado. Y si decisiva es la semejanza, también es importante la diferencia, ambas son perspectivas significativas para la reflexión acerca de esta realidad y la toma de decisiones.

---

informado y rechazo al tratamiento, con vistas a su proyección al testamento vital, se obtiene una visión completa comparando además estas referencias, que aportan ópticas distintas: en la visión autonomista (con matices más o menos acentuados), citemos a SEOANE, *ibídem*, págs. 12-13 y 18-19, y sus varios trabajos, por ejemplo, «Las autonomías del paciente», en *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas* (*on line*), vol. 3, 2010, pág. 61 y sigs.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos», en el volumen coordinado por FRESNO LINERA, M. A., *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Col. *Procura*, núm. 1, Oviedo, 2011 (*on line*), págs. 51 y sigs.; ARRUEGO RODRÍGUEZ, «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el Derecho español», en *InDret*, 2009-2 (con una versión actualizada de este estudio en el volumen citado). En la perspectiva que matiza la autonomía y distingue el plano del consentimiento informado y el de la voluntad anticipada, vid. DE MONTALVO, *Muerte digna,* cit., pág. 69 y sigs.; ABELLÁN SALORT, en *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, cit., pág. 33 y sigs.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los «documentos de instrucciones previas» en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», en *La Ley*, núm. 5840, Doctrina, 2 de septiembre de 2003, ref. D-189 (consultado en http://laleydigital.laley.es).

[8] Vid. especialmente la STC 37/2011 y DÍAZ MARTÍNEZ, «El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral (Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo)», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2011, pág. 25 y sigs. La denominación derecho fundamental, utilizada por las STS de 12 de enero y 12 de mayo de 2011 fue desde el principio matizada por la doctrina. Vid. RUBIO TORRANO, «Derechos fundamentales y consentimiento informado», en *Aranzadi Civil*, núm. 19, febrero de 2002. «Con este *exceso* (cursiva mía) no se ha querido sacar ninguna consecuencia concreta, sino sólo evitar una interpretación que reduzca la legalidad a un mero requisito formal cuyo cumplimiento carezca de consecuencias jurídico privadas». Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 50-51, con referencia a PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, abril de 2003, pág. 18; vid. también BERROCAL LANZAROT, *op. cit*., pág. 87, nota 123.

El consentimiento informado supone «voluntad actual»; y en él la iniciativa, por decirlo así, parte del equipo médico: el paciente responde con su aprobación a una propuesta concreta que se le hace, para una actuación o conjunto de actuaciones inmediatas o al menos cercanas en el tiempo, respecto de las cuales se le ha informado suficientemente (no podemos ahora detenernos en los problemas anejos a la medida adecuada de información…), de modo que el paciente tiene una idea concreta acerca de su situación, los objetivos y beneficios a alcanzar y los riesgos que se van a correr.

Si el paciente ha expresado lo que desea, aunque inmediatamente después no pueda ya reiterar esa manifestación de voluntad porque, por ejemplo, pierda luego la consciencia, pero habiendo estado prevista toda esta situación en la «conversación con el médico», no queda más que actuar de acuerdo con lo planeado[9].

Pero el problema se plantea cuando ya no es posible consultarle, por no estar en condiciones de expresar su voluntad, y nos hallamos ante un paciente que sin haber manifestado previamente sus concretos deseos, requiere tratamiento. Lógicamente, el equipo médico no se va a quedar con los brazos cruzados, y tiene a mano todo un *corpus* de *buena práctica* profesional con arreglo al cual actuará, y que en principio garantiza a la persona una atención adecuada y en condiciones de respeto a su dignidad. Ahora bien (y nuestra Jurisprudencia se ha mostrado detallista en este punto, sin admitir justificación en razón de una urgencia sólo relativa), salvo excepciones muy concretas, es preciso acudir al consentimiento informado por sustitución, una suerte de habilitación legal para que ciertas personas suplan al interesado en la emisión de su parecer acerca de los tratamientos o intervenciones a realizar[10]… Pero puede

---

[9] En este sentido hay que notar que una voluntad manifestada con vistas a una próxima y prevista operación, no habría que encuadrarla en «voluntades anticipadas», sino en «voluntad actual». Vid. artículo 4.2.º de la Ley 3/2001 de Galicia.

[10] En los casos norteamericanos (Quinlan, Cruzan, Schiavo) tópicos para el estudio de los antecedentes de los documentos de voluntades anticipadas (en sus diversas variantes), queda patente la importancia que en la cuestión tienen las dificultades e incertidumbres alrededor del consentimiento por representación, en situaciones límite. Explica BERROCAL LANZAROT que cuando alguien devenía incapaz, era el Estado el que asumía su protección y representación legal, quedando anuladas todas las formas previas de representación voluntaria (doctrina del *parens patriae*). Cfr. *op. cit*., págs. 96-97. Cuando se trata de «interpretar» qué es lo mejor para el paciente, en el caso Quinlan, por ejemplo, el juez de instancia no aceptó el criterio del juicio sustitutivo (difícil llegar a una convicción plena de que refleje la voluntad de la paciente, y más si aboca a una solución irreversible), y aplicó en su lugar el tradicional del mayor beneficio del paciente. Posteriormente, el Tribunal Supremo de New Jersey modificaría la decisión. Por eso, en la experiencia norteamericana, junto a las «instrucciones previas» revisten particular importancia los poderes sanitarios, cuyo otorgamiento pretende dotar a la decisión del representante de la fuerza que las anteriores consideraciones podrían restarle (aunque, en mi opinión, no se pueda nunca llenar del todo la diferencia real que sigue existiendo con la voluntad actual: las decisiones de sustitución han de tener en cualquier caso una coherencia, y engarzar

suceder que no se tenga del todo claro, en determinadas situaciones límite (y la irreversibilidad del resultado de ciertas decisiones agrava la incertidumbre), qué hubiera querido el paciente, siempre dentro de las actuaciones dentro de la lógica asistencial y de lo aceptado por el ordenamiento jurídico. Qué duda cabe que sería entonces muy útil contar con «indicios fiables» de lo que el paciente hubiera respondido, si la interlocución revistiera la forma del usual consentimiento informado.

Este es, a grandes rasgos, el fundamental motor que impulsó el desarrollo de los documentos de voluntades anticipadas en los Estados Unidos, en sus diversas modalidades, dando lugar a una legislación específica. Se trataba de «tener claro qué hacer», en situaciones límite y además dudosas por no poder contarse con una manifestación de voluntad actual del interesado suficientemente significativa.

En lo que respecta al Derecho español, sintetiza ABELLÁN-GARCÍA: «el temor a la agonía futura en la que puede producirse una pérdida de la capacidad para comprender y decidir como consecuencia de la enfermedad, la voluntad de controlar el proceso médico que se desarrolla al final de la vida, el deseo de que se respeten todo lo posible los valores y creencias personales (principio de autonomía), y la ayuda a los médicos a la hora de tomar decisiones complejas, son factores que están detrás del reconocimiento legal de las instrucciones previas o voluntades anticipadas». «Subyace en el fondo —prosigue este autor— (…) el derecho del paciente a afrontar el proceso de su muerte con dignidad, lo que conlleva poder morir en pleno uso de sus derechos y especialmente de aquel que le permite rechazar tratamientos que le prolonguen temporal y artificialmente su vida, recibir los tratamientos paliativos y de alivio del dolor (que habrán de facilitársele en el entorno más adecuado, aun cuando pueda suponer algún riesgo de acelerar el *exitus*), e, incluso, morir acompañado de las personas que designe como sus familiares o allegados»[11].

Recogiendo este conjunto de ideas, culminemos la recapitulación en breve apunte de coordenadas del contexto conceptual de esta figura jurídica:

— La evolución de la relación médico-paciente y la importancia creciente que se otorga a la denominada autonomía del paciente en esta relación sanitaria. Esta evolución tiene luces y sombras. Parece claro que el

---

razonablemente con los valores del otorgante y su presunta voluntad). La voluntad concreta del poderdante, aunque designe a la persona que ordinariamente le representaría, confirma y refuerza con ello su capacidad de decisión, y salva las responsabilidades del médico que actúe siguiendo sus instrucciones.

[11] Cfr. F. ABELLÁN-GARCÍA, «Estudio jurídico del marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas», en *Instrucciones previas en España* (2008), cit., pág. 115.

médico no puede actuar por su cuenta, sin atender a la voluntad informada del paciente y sin responsabilidad alguna. El autonomismo norteamericano tiene puntos de referencia como la sentencia del juez CARDOZO (1914), o la manifestación del Tribunal Supremo de California en el caso Salgo (1957)[12]. En este contexto, contar con una voluntad explícita del paciente jurídicamente relevante, libera al médico de dudas y temores ante dilemas éticos e incertidumbres a la hora de atender o no las decisiones de sustitución, que pueden desembocar en reclamaciones de responsabilidad. Los modelos desarrollados a partir de la propuesta del abogado KUTNER en 1969, ofrecen una faceta nada desdeñable de medicina defensiva, en un clima muy concreto de relación sanitaria y entre médicos y abogados. Entre nosotros, «la Ley General de Sanidad supuso ya un valiente avance en el reconocimiento de la autonomía de las personas, demasiado inermes e indefensas en el proceso de tecnificación, burocratización y despersonalización de la medicina contemporánea»[13]; la autonomía se reafirma luego con el desarrollo de la teoría del consentimiento informado y del rechazo del tratamiento como corolario del derecho a la integridad física y moral. Ahora bien, el designio de evitar los excesos del paternalismo y la irresponsabilidad del estamento médico, puede, de rebote, haber erosionado la relación médico-paciente, y acaso terminará siendo necesario reconstruir un «nuevo paternalismo»[14].

— La autonomía en el contexto del derecho a la vida y la discusión acerca de la disponibilidad de la propia vida, la noción de dignidad, la esfera de intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de un debate acerca del equilibrio y engarce de valores jurídicos, libertades

---

[12] Caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 129, 105 N.E. 92, 93.; y *Salgo v. Leland Stanford Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957).

[13] Cfr. ABELLÁN SALORT, *op. cit*., pág. 48.

[14] Un especialista en este campo, THOMASMA, sugiere el planteamiento de una «nueva beneficencia», en que decide el médico en diálogo con el paciente. Vid. MARCOS DEL CANO, *op. cit*., pág. 24. Junto a las *inercias paternalistas* a combatir, ABELLÁN SALORT nos previene también ante los *prejuicios antipaternalistas, op. cit*., págs. 46-48. Para reflexionar sobre estos puntos, podemos tomar como referencia a GIL, *op. cit., passim*; DE MONTALVO, *op. cit*., pág. 77 y sigs., 196 y sigs.; y los autores citados por SEOANE, *op. cit*., en nota 79. En Estados Unidos, el Informe *SUPPORT* (*Journal of American Medical Association*, 274-20, 1995, pág. 1591 y sigs.) [vid. BARRIO *et alii, Nure* (2004), cit., pág. 3 y sigs.] puso de manifiesto que, frente al *living will*, por un conjunto complejo de razones, muchos prefieren que las decisiones relacionadas con el final de la vida se tomen por otros caminos; y la importancia del diálogo en la atención sanitaria. También es relevante el conjunto de análisis recogidos en el Informe del Centro Hastings sobre la asistencia al final de la vida: *Improving End of Life care: Why has It Been So Difficult? Hastings Center Report Special Report* 35, núm. 6 (2005), vid. resúmenes por SÁNCHEZ-CARO, «Concepto y evolución histórica…». cit., págs. 87 y sigs.

y derechos fundamentales. Simplificando mucho las cosas, cabe fijar dos tendencias, digamos, en contraposición: para una, la dignidad de la persona, que funda, nutre y delimita las coordenadas con que habría de pensarse el derecho fundamental a la vida e integridad personal, se resuelve e implica ante todo libertad, en el sentido de autodeterminación. Se resalta la idea de autonomía, *versus* «paternalismo»; se implica en la dignidad de la persona la noción de calidad de vida. Y, aunque no se diga (muchas veces sí, explícitamente), se entiende que el desarrollo de la autonomía en el testamento vital, tal como lo vemos hoy, es sólo un paso más, y quedaría camino por recorrer, hasta llevar a sus últimas consecuencias el principio y aceptar, con más o menos amplitud, la disponibilidad de la propia vida, para lo que cabría contar con el auxilio del ordenamiento (como homenaje a la dignidad personal y al anhelo de una muerte digna).

En la dirección opuesta, se entiende que la dignidad de la persona, y la adecuada ordenación del derecho a la vida, como básico y fundante, imponen ciertas limitaciones al arbitrio personal (necesarias incluso para el mantenimiento de un orden jurídico que salvaguarde la propia autonomía). Lo que otros denominan, a veces, «santidad de vida» no es más que un modo de aludir a la dignidad del ser humano, de carácter ontológico y no adjetivo, dato previo y fundante, por más que tampoco pueda la vida y el vivir imponerse como un absoluto. La libertad es razón de dignidad y afirmada esta última, la vida del ser personal requiere un respeto especial, que delimita de modo natural posibilidades de elección y exigencias que pudiera plantear la persona, en cuanto a sí misma, respecto de los demás. Nuestro ordenamiento (como los de nuestro entorno) no configura el derecho a la vida como libre poder de disposición (incluyendo un «derecho a la propia muerte»); antes al contrario, reconoce que la autonomía se encuadra dentro de un universo de valores, a los que el ordenamiento ha de atender, y que delimitan adecuadamente la libre autodeterminación[15].

[15] Hay una línea en nuestro ordenamiento, correspondiente a una tradición jurídica común en nuestro entorno, y que se refleja también en la jurisprudencia del TEDH, que combina libertad personal y apreciación positiva de la vida humana. En ella se inscribe la valoración jurídico-penal del auxilio al suicidio y eutanasia (art. 143 CP). Aunque el ordenamiento tolera que una persona haya querido suicidarse, no acepta que nadie se pueda permitir cooperar en el suicidio de un semejante. Y el rechazo a tratamiento, aunque pueda conducir a un resultado fatal, es tolerado también, aceptado, como una consecuencia refleja del exquisito respeto a la integridad personal, *noli me tangere,* no porque el derecho haga una valoración «positiva» de lo que está sucediendo. Este tipo de matices marca una línea, sutil, si se quiere, pero decisiva, en la consideración del valor del ser personal y de la vida como algo que no puede confundirse con un «objeto a disposición». Vid. BERROCAL LANZAROT, *op. cit*., págs. 242-243, con referencia a las STC 120/1990 y 137/1990. En esta

— El debate sobre la eutanasia, está, pues, de algún modo latente en el contexto ideal que enmarca la temática y las controversias acerca del testamento vital, aunque tanto la doctrina como la propia legislación, por razones diversas y con pretensiones últimas diferentes y a veces contradictorias, insisten en afirmar que esta figura no tiene que ver con la eutanasia ni con su despenalización. La posibilidad de rechazo al tratamiento dejaría fuera del ámbito penal la eutanasia pasiva (en realidad, se nos explica, no debiera denominarse así). Igual que en los cuidados paliativos, cabe producir un acortamiento de la vida conforme a la *lex artis*, en aplicación de la doctrina del doble efecto, y probablemente no debiera denominársele tampoco eutanasia activa indirecta, aunque muchas veces vienen así utilizadas estas expresiones. Nuestra normativa penal, hoy por hoy, muestra, en cualquier caso, que el ordenamiento entiende perfectamente compatible la autonomía del otorgante de voluntades anticipadas con una serie de limitaciones naturales, en el sentido de que no todo aquello que solicite, en relación con su vida, buscando la cooperación de los demás, es aceptado por el derecho, en razón del respeto que merece la vida humana y su particular dignidad[16].

---

búsqueda de equilibrio entre libertad personal y valoración social de la vida (y no sólo de la autonomía), son interesantes los planteamientos del Informe WALTON (Informe del Comité selecto sobre Ética Médica de la Cámara de los Lores, presidido por Lord WALTON y publicado el 17 de febrero de 1994).

[16] La bibliografía sobre estas cuestiones es amplísima. Con objeto de ofrecer una pincelada útil al lector completando la que hice en alguna nota anterior, ofreceré algunas referencias ubicándolas, en la perspectiva autonomista, en diversos grados hasta un autonomismo radical, y desde la perspectiva ontologista o de autonomía matizada, en diversas variantes. Para examinar la primera, aparte de los trabajos de SEOANE, vid. el conjunto de importantes aportaciones recogidas en el volumen de *Procura*, núm. 1, citado (desde CHUECA RODRÍGUEZ, pasando por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, hasta BASTIDA FREIJEDO y M. PALACIOS). Y en breve síntesis, CASADO, M., «Una vez más sobre la eutanasia», en *Enrahonar. Quaderns de Filosofía*, 40/41, 2008, págs. 113-121, y allí, más referencias. Para la segunda, el citado libro de DE MONTALVO, y dos referencias: el conjunto de estudios (SPAEMANN, FINNIS, SERNA…) recogidos en el volumen MASSINI-SERNA (coords.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998. Y el libro (disponible *on line*) de SALDAÑA SERRANO, J., *Derecho natural: tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UAM, México, 2012, capítulos 5, 6 y 7 y allí, más bibliografía. Una breve síntesis de varios aspectos del debate: MARCOS DEL CANO, «Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos», en MARTÍNEZ MORÁN, N. (coord.), *Biotecnología, derecho y dignidad humana*, Granada, Comares, 203, págs. 237-257. Y dos síntesis muy valiosas para situar la discusión y la posición de nuestro ordenamiento, jurisprudencia del TC y del TEDH: SILVA SÁNCHEZ, «Los «documentos de instrucciones previas»…, cit., en *La Ley*, núm. 5840, 2003, D-189; y ARRUEGO RODRÍGUEZ, «El derecho del paciente a rechazar el tratamiento…», *Procura*, núm. 1, cit., págs. 89-96. Los argumentos de uno y otro signo pueden examinarse en los trabajos de DWORKIN y FINNIS. Del primero es clásica, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994. Y en el volumen *La eutanasia examinada,* cit., México, 2004, se recoge la discusión entre J. HARRIS (a favor) y J. FINNIS (en contra) a propósito de la eutanasia, sintetizada por SÁNCHEZ-CARO en *Instrucciones previas*, cit., pág. 30 y sigs.

2. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. BREVE RELACIÓN Y NOTAS CRÍTICAS

A día de hoy ha podido afirmarse que en materia de testamento vital «ha finalizado el desarrollo legislativo por parte de la práctica totalidad de las comunidades autónomas»[17]. Lo que no excluye que hayan de seguir produciéndose actualizaciones, y ajustes muy convenientes en la normativa[18].

La base del desarrollo, con inspiración en el Convenio de Oviedo, está en la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El panorama normativo conexo con esta Ley y materia ha suscitado en la doctrina varias cuestiones, alguna de inciertos contornos y compleja explicación. Por

---

[17] Cfr. Zabala Blanco, J., «Instrucciones previas: es momento de reflexionar», www.jano.es, septiembre de 2011, pág. 77 y sigs. Son numerosos los estudios detallados de la normativa española de Voluntades anticipadas. Aparte de los trabajos de síntesis reseñados hasta ahora, y las varias monografías (desde el libro de López Sánchez, de 2003, hasta el de Gallego Riestra y la monografía de Berrocal Lanzarot y Abellán Salort, en 2009), señalaré como útil el estudio comparativo, Zabala Blanco, J., *Autonomía e instrucciones previas: un análisis comparativo de las legislaciones autonómicas del Estado español*, Tesis doctoral, Universidad de Cantabria, 2007, en http://www.tesisenred.net/TDR-0123108-125532/index_cs.html. También la tesis doctoral de Quijada González, M. C., *El documento de instrucciones previas en el ordenamiento jurídico español*, UCAM, Murcia, 2011. Y el libro de Carbonell Crespí, J. A., *Los documentos de voluntades anticipadas. Legislación estatal y autonómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Desde el ámbito de la enfermería, ofrece una exhaustiva recopilación Arbe Ochandiano, M., en su Tesis Doctoral *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*, Salamanca, 2011 (URI: http://hdl.handle.net/10366/86207) presentando la legislación autonómica en página 150 y sigs. Son interesantes los estudios recogidos bajo el epígrafe «Las instrucciones previas o voluntades anticipadas en las Comunidades Autónomas. Experiencia de los registros autonómicos», pág. 173 y sigs., en el libro de Sánchez-Caro y Abellán, *Instrucciones previas*, cit., pág. 173 y sigs.: trabajos de García León y Méndez Martínez (Andalucía), Busquets Font (Cataluña), Ceballos Hernansanz (Madrid), Vidal Marcos (País Vasco), Nebot Marzal (Valencia). Todos ellos son responsables del Registro de Voluntades Anticipadas en sus respectivas comunidades autónomas. Y en ese mismo volumen, con carácter general, Abellán-García, «Estudio jurídico…», cit., pág. 115 y sigs. Recomiendo además los materiales recogidos en la web del Proyecto «Optimización de la información y gestión de las instrucciones previas», coordinado por A. M.ª Marcos del Cano, vid. testamentovital.wikispaces.com. Me parece muy interesante la Ponencia del notario Moscoso Torres, R. M., «El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad», en XLVIII Jornadas Aequitas, *La aplicación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad,* Marbella, octubre de 2012 (hay una versión anterior, más reducida: «La validez en Andalucía del testamento vital ante notario», disponible en notariosyregistradores.com). Y finalmente, conviene hacer mención de la utilidad de las guías que en las web de sanidad de las Comunidades Autónomas están a disposición de profesionales y usuarios. Citaré especialmente las de Galicia, Madrid y Valencia.

[18] Para reflexionar sobre esos convenientes ajustes, sigue siendo muy útil el catálogo de problemas y sugerencias que presentó Seoane, J. A., «Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España», en *Derecho y Salud*, 14-2, 2006, pág. 285 y sigs.

ejemplo, si nos encontramos ante una materia y normativa de derecho administrativo sanitario o están implicadas también relaciones y efectos de derecho civil, de tal manera que obligaría a enfocar las soluciones legislativas teniendo presente la distribución de competencias en materia civil. Dígase lo mismo en lo relativo a la función y eficacia de los registros que se establecen. Otro asunto, seguramente preliminar, es la conexión de la regulación con derechos fundamentales, lo que podría llevar a plantear el problema de la necesidad de Ley Orgánica, al menos para determinados preceptos (la de Autonomía del Paciente no lo es…)[19].

Según explica Bastida Freijedo[20], la Ley 41/2002, no se concibe ni como desarrollo directo de derechos fundamentales (art. 81 CE) ni siquiera como reguladora del ejercicio de los mismos (art. 53.1 CE). Trata la autonomía del paciente y los derechos que de ella se derivan como concreción del genérico «derecho a la salud» establecido en el artículo 43 CE como principio rector de la política social y económica, que impone al legislador (al *legislador ordinario*) la obligación de fijar en esta materia «los derechos y deberes de todos al respecto». «Pese a regular asuntos tan esenciales como el consentimiento informado o las intrucciones previas (explica este autor en nota 19) la referencia a los derechos fundamentales es tangencial». Es básica por regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.ª), pero no se articula como reguladora de derechos fundamentales. No tendría por qué ser Ley Orgánica[21]. Aún así, y aunque amplios sectores

---

[19] Vid., sobre estos puntos, la exposición y planteamientos de Parra Lucán, *op. cit*. (2006), pág. 86 y sigs.; Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario…,* cit., págs. 50-51; Tur Faúndez, N., «El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por González Porras y Méndez González), Murcia, 2004, II, pág. 4865 y sigs., espec. págs. 4867-4869; Berrocal Lanzarot, *op. cit*., pág. 158 y sigs.; Jiménez Muñoz, *op. cit*., pág. 5 y nota 28.

[20] Vid. Bastida Freijedo, F. J., «El derecho fundamental a la vida y la autonomía del paciente», en *Autonomía personal…,* 2011, cit., págs. 23 y sigs., págs. 29-31.

[21] Como vimos, el TC, a partir de la STC 120/1990, de 27 de junio, ha ido poniendo de relieve el engarce del consentimiento informado y el rechazo del tratamiento con derechos fundamentales. Y la STC 37/2011, concediendo el amparo, habría dejado por fin claro que el procedimiento del consentimiento informado alcanza «una *relevancia constitucional* que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una *lesión del propio derecho fundamental* (a la integridad física o moral)» (FJ 5) (cfr. Bastida Freijedo, *ibídem*). Ahora bien, un amplio sector de la doctrina acepta que la ley que estamos considerando, no es, al menos, *desarrollo directo* de derechos fundamentales. Para Domínguez Luelmo, «acertadamente, se tuvo en cuenta el criterio del TC de no extender la previsión del artículo 81.1 de la Constitución a cualquier desarrollo indirecto de los derechos fundamentales». Según explica Parra Lucán, «la regulación del consentimiento informado se ha llevado a cabo, como parece razonable, mediante Ley ordinaria, dentro de la ordenación de la sanidad, aunque para interpretarla deban tenerse en cuenta los principios constitucionales y los tratados internacionales suscritos por España. El consentimiento informado no figura en el elenco de

de la doctrina civilista dan por bueno este argumento (con la voz discordante de TUR FAÚNDEZ), el propio BASTIDA FREIJEDO, por más que indirectamente, suscita alguna reserva[22].

Respecto a la primera cuestión planteada, PARRA LUCÁN, ocupándose en cuestiones de capacidad para otorgar el documento, y fijándose en el ámbito de aplicación que las leyes autonómicas han previsto (de carácter territorial), insiste en que el punto de referencia y título competencial base de la legislación sobre esta materia está en la ordenación de «la actividad sanitaria prestada en la Comunidad autónoma». Y «hay otros datos que ponen de manifiesto que los problemas de determinación de la ley aplicable en este punto no siempre deben resolverse considerando el problema como de capacidad y ley personal»: nos

---

los derechos fundamentales que consagran los artículos 14 a 29 de la Constitución, por lo que no es preciso Ley orgánica para regularlo, ni queda excluida la regulación de las Comunidades Autónomas». Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, págs. 50-51; PARRA LUCÁN, «La capacidad…», 2003, cit., pág. 18. En sentido semejante, JIMÉNEZ MUÑOZ (*op. cit*., nota 28): «estas normas no buscan directamente la regulación de derechos fundamentales aun cuando sí puedan verse afectados indirectamente (en el fondo, prácticamente todas las normas afectan de un modo u otro a derechos fundamentales)»; y BERROCAL LANZAROT: «sin dudar de la relación del testamento vital con estos derechos (fundamentales) creo, no obstante, que su regulación no puede considerarse como "desarrollo" de los mismos, y, por tanto, que no sería necesaria su regulación por Ley Orgánica» (pág. 161).

[22] BASTIDA FREIJEDO, refiriéndose al Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida de junio de 2011, que no llegó a culminar, y que «pretende ser una especificación de la Ley 41/2002», manifiesta alguna perplejidad. «Tanto el Proyecto como la Ley no se conciben como normas de desarrollo directo de derechos fundamentales». Pero le llama la atención «…que la Ley en proyecto no se le haya calificado como orgánica, pese a su directa vinculación con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 15 CE». Y «no parece razonable que un Proyecto de Ley tan importante (…), se derive para su aprobación a una Comisión parlamentaria, sin debate en el pleno» (nota 20). El Preámbulo del Proyecto de Ley indica que va a regular «un conjunto singularizado de derechos ante el proceso final de la vida», a los que califica como «proyecciones en él de los derechos fundamentales y constitucionales de referencia» (nótese la cercanía del argumento con el lenguaje de la STC 37/2011). Aún así, explica BASTIDA, el autor del Proyecto (como sucede con la Ley 41/2002) considera que no se trata de un *desarrollo directo* de estos derechos fundamentales (vida, integridad física y moral, intimidad personal y familiar, arts. 15 y 18 CE), tan sólo (aquí sí) de la *regulación de su ejercicio*. «Sin embargo, alguno de sus principios indican lo contrario, porque no son una mera fijación del cómo, cuándo y en qué circunstancias (condiciones formales y espacio-temporales) se pueden realizar los derechos fundamentales. La ley en proyecto va más allá. (…) Al disponer que "las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a que se respete su decisión sobre la atención sanitaria que se les dispense" se está concretando el contenido de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral». Esta delimitación es aún más específica, insiste, cuando se establece la posibilidad de rechazar las intervenciones y tratamientos propuestos por los profesionales sanitarios. «El legislador configura en este artículo una dimensión subjetiva y reaccional del contenido de esos derechos y determina su ámbito. (…) La singularización de derechos en el proceso del final de la vida, en cuanto sean una proyección directa de los "derechos fundamentales y constitucionales de referencia", no es una mera regulación del ejercicio de tales derechos. Y parece razonable considerar que la ley en proyecto hace un "desarrollo directo" de los mismos» (*op. cit*., págs. 30-31).

encontramos en el territorio de los derechos de la personalidad, intromisiones y responsabilidad extracontractual, y por otra parte «las normas de protección de menores e incapaces parecen ofrecer una cierta autonomía respecto de las disposiciones que regulan la capacidad de las personas». Basta, pues, para estructurar la legislación el esquema ley básica/ley autonómica, sin que el aspecto de legislación civil (y posible competencia autonómica este ambito) juegue más que accesoriamente[23].

Una característica particular de la evolución legislativa española en Testamento Vital es que la inauguración de la normativa no correspondió a una ley estatal, sino que ésta vino como a remolque de una previa iniciativa de varias comunidades autónomas[24]. En este como en otros campos nuestro sistema no contiene una previsión de que la iniciativa en la ordenación de ciertas materias haya de plasmarse a través de una Ley básica, dando paso a la ulterior legislación autonómica. Puede parecer extraño que hagamos este planteamiento, pues nos hemos acostumbrado a un determinado *modus operandi*, pero esta es sólo una de tantas constataciones y reflexiones como cabría apuntar a la hora de replantear, intentar ordenar o al menos comprender el exuberante bosque legislativo producido por nuestro Estado de las autonomías[25].

---

[23] Por lo tanto, «la calificación como básicos de los preceptos de la Ley estatal supondría la nulidad de la norma autonómica incompatible con la norma estatal básica, que sería de aplicación uniforme en todo el territorio nacional». Y «las Comunidades Autónomas con un Derecho Civil propio podrían sólo adaptar a su Derecho el régimen que resulta de la ley estatal, por ejemplo, cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por el interesado que no sea capaz (el titular de la autoridad familiar, por ejemplo, para los menores sin suficiente capacidad, o el tutor para el incapacitado)». Cfr. PARRA LUCÁN, *ibídem*, pág. 91.

[24] «A partir de ahí (ratificación del Convenio de Oviedo) —indica expresivamente LARIOS RISCO— diversas Comunidades Autónomas se apresuraron a publicar sus propias normas sobre derechos de los pacientes (…). El legislador nacional, sin embargo, se tomó su tiempo…». Cfr. «Voluntades anticipadas en Castilla-La Mancha», en *Jornada Regional de Ética en Atención Primaria*, Talavera de la Reina (Toledo), 15-11-2005, en http://www.chospab.es/cursos_jornadas/derecho_sanitario/David_Larios/VoluntadesAnticipadascomentario.pdf., pág. 6., disponible también en *Area Social*, 2005, núm. 6, pág. 35 y sigs. ALVENTOSA DEL RÍO conecta las primeras iniciativas con vocación legislativa en esta materia con la polémica suscitada por la eutanasia, presentando una serie de propuestas, desde finales de los ochenta, en este sentido (al mismo tiempo que diversas instituciones presentaban sus modelos de Testamento Vital, siendo los más conocidos el de la Asociación DMD, de 1988, y el posterior de la Conferencia Episcopal Española). «Como se observa en todos estos proyectos, la idea de una muerte digna va unida a la existencia de un testamento vital o documento de voluntad anticipada a través del cual el paciente pueda expresar su voluntad, que, por fin, ha sido recogido en nuestra actual legislación, aunque no con el contenido propuesto en los citados proyectos». Cfr., *op. cit.*, pág. 169 y sigs.; también para un sucinto repaso de la génesis de la Ley 41/2002, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario…,* cit., pág. 47 y en ambos estudios, más bibliografía.

[25] Sistema que parece tener como una de sus características peculiares el que con excesiva frecuencia dos entidades políticas distintas (la existente en 1978 y las que toman carta de naturaleza a partir de aquél momento), pueden argüir justificadamente tener la competencia sobre los mismos asuntos.

De hecho, en esta materia, no son pocos los que han manifestado considerar preferible que se contara con una normativa uniforme para todo el territorio nacional, con independencia de que cuestiones de detalle, relativas al modo de hacer efectiva la voluntad del otorgante y de carácter organizativo sanitario, se hubieran dejado a concreción por la normativa autonómica. Diecisiete normativas distintas y sin embargo muy semejantes, distintos registros (y además con, al parecer, distinta eficacia), es una complicación innecesaria, que requiere luego una armonización de lo que antes se desarmonizó sin especial motivo…, en fin, un viaje de ida y vuelta, un rodeo innecesario y costoso, aunque sólo sea por el gasto en papel[26]…

La legislación autonómica ha seguido con frecuencia el mismo camino: referencia al documento de voluntades anticipadas en una Ley general de sanidad autonómica; después, aparición de una Ley específica dedicada a este documento; desarrollo reglamentario, relativo sobre todo al registro de voluntades anticipadas; y posteriores retoques de los preceptos específicos, a veces con ocasión de la promulgación de una nueva ley general de sanidad autonómica, otras veces a raíz de la aparición de alguna ley de derechos y deberes en el ámbito sanitario; y últimamente, en Andalucía, Aragón y Navarra, por la promulgación de una ley relativa al proceso de la muerte: repítese aquí el proceso de iniciativa autonómica que, impulsada por una suerte de mayor urgencia, arrojo o audacia legislativa, se adelanta a la legislación estatal.

La Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica, de Cataluña, es la primera que recoge esta figura jurídica, en el artículo 8, bajo el epígrafe de voluntades anticipadas. Inmediatamente después, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia, las recoge en el artículo 5; fue modificada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo. Y la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, enumera en su artículo 11 los derechos de los ciudadanos respecto al sistema sanitario, recogiendo en el apartado 5.º el derecho a la *expresión anticipada de voluntades* (con una regulación prácticamente idéntica a la catalana); cuatro años después, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, en los artículos 17 a 22, desarrolla con más detalle su ordenación.

También en el año 2001, se aprueba en Cantabria la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Protección a las personas dependientes, cuyo artículo 7 alude a su derecho a «elaborar un documento de voluntad anticipada en el cual exprese las instrucciones que deban tenerse en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan personalmente expresar su

[26] Me remito en este punto a los autores y trabajos que citaré más adelante.

voluntad», incluidas las relativas a la asistencia sanitaria que se le ha de prestar; tal derecho se recoge luego en el artículo 32 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria. En Madrid, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, recoge, bajo la denominación de Instrucciones previas (utilizada aquí por primera vez en el sistema normativo) el derecho del ciudadano, en relación con el sistema sanitario, a que se tengan en cuenta sus deseos expresados anteriormente, como paciente (art. 28); cuatro años más tarde, la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, dedica sus doce artículos a nuestra institución.

Siguiendo con este sucinto repaso de la normativa aparecida antes de la Ley estatal, hay que referirse a la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. En un capítulo dedicado al respeto al derecho a la autonomía del paciente, recoge, junto al consentimiento informado, las voluntades anticipadas (art. 15); también fue modificada, parcialmente, unos años después, por la Ley 2/2005, de 24 de febrero; y últimamente se ha verificado una nueva reorganización de la materia con la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

La Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja recoge la declaración de voluntad anticipada entre los derechos conexos a la autonomía del paciente; si bien, la regulación detallada de la materia, hoy vigente, se establece en la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad. La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, de Navarra, dedica su extenso artículo 9 a la regulación de la Declaración; fue modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril; posteriormente es importante la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y deberes de las personas en materia de salud (especialmente los arts. 54 y 55), y últimamente la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

Estas Comunidades Autónomas producen legislación sobre la materia, por tanto, con anterioridad a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica *(BOE* de 15 de noviembre de 2002, entró en vigor el 15 de mayo de 2003). El precepto especialmente dedicado en ella a las Instrucciones previas es el artículo 11, pero hay que tener siempre presente los anteriores en cuanto definen principios y criterios, y los artículos 8 y siguientes, relativos al consentimiento informado. A nivel estatal, la normativa esencial sobre el Registro vino dada por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero[27].

[27] Que cumple el mandato del artículo 11.5 de la Ley básica. Sobre este Registro y su coordinación con los de las Comunidades Autónomas, vid. Domínguez Luelmo, *op. cit*.

Inmediatamente después de la promulgación de la Ley 41/2002, se dictó la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las Voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, del País Vasco. Comienzan a aparecer, a partir de este momento, leyes dedicadas más o menos específicamente a las voluntades anticipadas.

En el año 2003 se aprobaron cuatro leyes relativas a nuestra materia. Por un lado, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, que muestra la peculiaridad de que, habiéndose publicado ya la Ley estatal básica, se separa de ella, no sólo en la denominación (sigue utilizando la expresión «voluntades anticipadas»), sino en la cuestión más relevante de la edad requerida para el otorgamiento del documento. Después, tenemos la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Islas Baleares (art. 18, dentro de una sección específica dedicada al derecho a manifestar las voluntades anticipadamente); tres años más tarde fue sustituido por la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, con ocho artículos[28]. También por entonces se aprobó la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre Derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León (que regula las instrucciones previas en su artículo 30, dentro del título dedicado a la protección de los derechos relativos a la autonomía de la decisión del paciente). Y la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, de Andalucía, específica para nuestra figura, que adopta una denominación propia diferente a las anteriores y también a la de la ley estatal.

Posteriormente, hemos de citar la ley específica de Castilla-La Mancha: Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud, que incorpora también la creación del registro correspondiente. En Murcia, tenemos el Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de instrucciones previas y su registro; y más recientemente, la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario (regula nuestra figura en los arts. 50 y 51)[29].

Hemos de aludir también a la regulación de dos Comunidades Autónomas, que se verifica a través de Decreto: Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente registro, de Canarias; y Decreto 4/2008, de

---

(2008), pág. 430 y sigs.; y el capítulo que dedica a esta materia BERROCAL LANZAROT, *op. cit*., 2009, pág. 267 y sigs.

[28] La legislación se completa, a nivel reglamentario, por el Decreto 58/2007, de 27 de abril (desarrolla la Ley y organiza el Registro), y la Orden de 24 de abril de 2007, acerca de ficheros de datos de carácter personal. Disposiciones reglamentarias semejantes se encuentran prácticamente en todas las Comunidades Autónomas. Un estudio específico de la normativa balear ofrece CARBONELL CRESPÍ, *op. cit.,* pág. 117 y sigs.

[29] Vid. el completo estudio de FERNÁNDEZ CAMPOS, *«Ad* artículos 50 y 51», en *Derecho y salud. Estudios de bioderecho. Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia,* Tirant lo Blanch, 2012, págs. 230 y sigs.

23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario.

Y por último, reiterar la relevancia que tienen las tres novedades legislativas, que dan un paso más, cabe decir, en el desarrollo de la normativa atinente a la autonomía y los derechos del paciente. La Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, de Andalucía, y las ya citadas de Aragón y Navarra. Es interesante la lectura de las Exposiciones de Motivos de estas normas, como contrapunto y complemento de estas páginas.

Particulariza nuestro sistema, pues, la diversidad normativa. No es tanta esta diversidad, las regulaciones resultan sustancialmente semejantes, pero sí lo suficiente como para provocar dificultades, sobre todo si no se hace una interpretación adecuada, flexible y uniforme de las normas. El problema es que en un momento dado, que una regla se interprete en uno u otro sentido, puede llevar a que se entienda que el documento, o alguno de los extremos consignados en él, tiene una mayor o menor eficacia, a que se disponga de un mayor o menor margen de interpretación, a que determinados agentes del proceso puedan considerarse o no exentos de responsabilidades, etc…; así la normativa misma, por su falta de uniformidad, complica aún más matices y controversias de por sí delicados.

Comenta Zabala Blanco un ejemplo de esta diversidad, por más que sea una cuestión menor, y al que ya nos referimos: mientras la Ley básica, seguida en este punto por varias autonómicas, utiliza el término instrucciones previas, hay siete comunidades que emplean la denominación voluntades anticipadas (es la más frecuente, por influencia de las comunidades pioneras). Y luego hay cuatro que «han optado por denominaciones únicas y diferenciadas, prueba palpable de la falta de una deliberación común previa que constituye un adelanto de otras importantes diferencias»[30]. Diferencias que además, en ocasiones, contrastan con lo prevenido en la Ley básica, realidad de difícil justificación[31].

El profesor Seoane, en su notable trabajo de síntesis del año 2011, comentando este «gigantesco cuerpo normativo», señala: «esta heterogeneidad normativa es cuantitativa y cualitativa. De una parte, ni el Estado ni las Comunidades Autónomas han regulado las instrucciones previas con un número de disposiciones, una extensión y un detalle semejantes. De otra parte, es desigual la calidad y el acierto: junto a leyes o decretos valiosos para orientar los procesos de toma de decisiones existen normas precipitadas, imprecisas e incluso contradictorias. Son variados los grados de rigor jurídico y la terminología empleada, y algunos contenidos están todavía pendientes de un adecuado desarrollo legislativo o reglamentario, bien por no haber sido objeto de regulación, bien por haberlo sido de forma deficiente»[32].

---

[30] Zabala Blanco, *op. cit.,* pág. 77.
[31] Casos en que «debería prevalecer la norma básica». Moreo Ariza, pág. 2268.
[32] Cfr. Seoane, J. A., *op. cit.* (2011), pág. 13.

En un sintético y no exhaustivo repaso de divergencias, matices y oscuridades podemos identificar: discordancias en cuanto a la capacidad del menor maduro para otorgar el documento; divergencias y dudas respecto a incapacitados e incapaces naturales; matices diversos respecto a las modalidades de forma del otorgamiento; apreciación del cumplimiento de los requisitos de capacidad y forma en ciertos casos; valor a dar a los documentos que no cumplen ciertos requisitos; revocación y valor de las manifestaciones hechas por el otorgante al médico que le atiende; inscripción en el registro y valor de los documentos no inscritos, diferenciando diversos tipos de situaciones y según la modalidad de otorgamiento (ante notario, funcionario, testigos); control previo (o no) de legalidad; carácter de la intervención de figuras como la Comisión de valoraciones, de Aragón, sin equivalente en otras comunidades; papel de los Comités de Ética Asistencial; diferencias en las referencias normativas a los límites a que alude la Ley 41/2002: *lex artis*, buena práctica clínica, contraindicación, deontología médica; divergencias en reconocimiento explícito de la objeción de conciencia. Y diferencias más o menos de matiz en alusiones o silencios en cuanto a limitaciones para ser testigo, representante, alcance de los poderes y funciones de este último, interpretación… Cada una de estas divergencias, por más que a veces parezca insignificante, puede repercutir en todo lo demás, e impone una tarea interpretativa y de discernimiento en ocasiones difícil[33].

No podemos reflejar todos los detalles de las normativas. Tras enunciar el artículo 11 de la Ley 41/2002, pasaremos a analizar algunas cuestiones concretas.

> Art. 11. Instrucciones previas
>
> 1. Por el documento de instrucciones previas una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

---

[33] Como se indicó en el texto, quién más, quién menos, en la doctrina, critica o al menos se manifiesta perplejo ante estas divergencias. Moreo Ariza aboga por la necesaria «armonización de los aspectos contradictorios». Cfr., *op. cit.,* pág. 2288. Vid. también Seoane, *ibídem*, pág. 31; Simón, Barrio y Júdez, *op. cit.,* pág. 2. Para un examen de urgencia de algunas de ellas, y crítica, citemos, entre tantos, aparte del estudio de Moreo Ariza, Moscoso Torres, *op. cit., passim.,* si bien, alguna de las carencias denunciadas por este autor parece estar más o menos resuelta, en concreto la imposibilidad de otorgar el documento ante notario, aspecto modificado por Decreto de 13 de marzo de 2012. Particularmente incisivo y crítico, Casado Blanco, M., «Aspectos éticos y legales de las instrucciones previas», en *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal,* núm. 9-10, 2009-2010, págs. 135-147.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis,* ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.
5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formuladas de acuerdo en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema nacional de salud.

3. SOBRE EL OTORGANTE DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS

Hay una diferencia entre la «mayoría de edad sanitaria» relativa a la prestación de consentimiento informado, y la necesaria para el válido otorgamiento de voluntades anticipadas. Y sobre esta divergencia parece complicar todavía más la cuestión considerar las posibilidades que algunos derechos civiles territoriales otorgan a los menores, a partir de cierta edad, para actuar por sí mismos, aún con asistencia de otra persona. En cuanto a esto último, sin detenernos en ello, cabría llegar a imaginar, incluso en un mismo «ámbito territorial sanitario», una diferencia entre quienes, por tener la vecindad civil del mismo, podrían actuar a una edad más temprana, y aquellos otros que teniendo vecindad común habrían de atenerse a las determinaciones de la ley sanitaria, aún autonómica, con efectos distintos en este punto[34].

No es igual lo que requiere la Ley básica para el consentimiento informado (dieciséis años, aún no estando emancipado, art. 9.3), y para el testamento vital (mayoría de edad, art. 11.1). Y lo llamativo es que regulaciones autonómicas posteriores a la Ley 41/2002, por ejemplo, la valenciana, consideran bastante la condición de emancipado (con lo que no coinciden exactamente con la idea de la Ley básica ni para una cosa ni para la otra). No es fácil justificar diferencias de trato en este punto, en una normativa que ha de ser cuidadosa a la hora de

[34] Vid., sobre este punto, por todos, PARRA LUCÁN, «Voluntades anticipadas», cit., pág. 84 y sigs., «La capacidad del paciente» (2003), *passim,* y la normativa civil aragonesa y navarra.

fijar condiciones de igualdad entre todos en el ejercicio de los derechos básicos vinculados a la atención sanitaria[35].

Entrando en el fondo de la cuestión, dos líneas de pensamiento hay en la doctrina, y alguna reflexión cabría ensayar sobre este particular. Muchos denuncian incoherencia entre las capacidades reconocidas al mayor de dieciséis años y el régimen general del menor emancipado, y esta opción legislativa de reservar al mayor de edad el otorgamiento de Voluntades anticipadas[36]. Habría que tener en cuenta además la tendencia marcada por la Ley de protección jurídica del menor, y la naturaleza de esta manifestación, que inclinaría a optar por permitir hacer a quien tiene discernimiento suficiente lo que de otro modo nadie podrá hacer por él. Pero hay también quien piensa, y es perfectamente legítimo, que el legislador ha querido tener aquí en cuenta el carácter particularmente delicado y la gravedad de las decisiones en esta materia, estableciendo una regla especial que así lo refleja[37]. *Prima facie*, no es en absoluto descabellado dar por buena esta opción legislativa. Y la reciente Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 3 de octubre de 2012, puede abonar esta interpretación, por cuanto refleja una aproximación entre voluntad actual y voluntad prospectiva pero en sentido contrario, restringiendo la eficacia de las manifestaciones de voluntad del menor maduro precisamente en los casos graves de rechazo a tratamiento, que constituyen materia propia de testamento vital.

De todas formas, estamos planteando algo que podría suceder entre los dieciséis y los dieciocho años y, no nos engañemos, escasos serán los testamentos vitales que se quieran otorgar en este periodo de la vida. Es lógico entonces imaginar que si una persona a esta edad quiere otorgar, sin dilación, un documento de este tipo, será por razones cualificadas. Por ejemplo, porque padece una dolencia cuyo previsible desenlace aconseja dejar claras ciertas voluntades… pero entonces acaso tenemos ya en el ordenamiento la solución del

---

[35] Cfr. Gallego Riestra, *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal,* Aranzadi, 2009, págs. 167-168. Este autor ofrece una reflexión completa sobre esta problemática en págs. 162-168. Y aún mostrándose de acuerdo con López Sánchez, Plaza Penadés y Domínguez Luelmo en juzgar incoherente la solución legal (sin desdeñar el punto de vista de Parra Lucán, ni olvidar las reflexiones de Berrocal Lanzarot, que manifiesta sus dudas al respecto), reconoce sin embargo que es clara en el sentido de reservar a los mayores de edad el otorgamiento del documento, y debe aplicarse de modo uniforme.

[36] Vid. la doctrina indicada en nota anterior. Por todos, Domínguez Luelmo, *La expresión anticipada…,* cit., págs. 414-415; y con más extensión y referencias, Berrocal Lanzarot, *op. cit.,* pág. 179 y sigs.

[37] En concreto, Parra Lucán, *Voluntades anticipadas,* cit., pág. 85; hace también esta reflexión Larios Risco, *op. cit.,* pág. 13. Y tal solución estaría en línea con otras en derecho comparado, por ejemplo, en el Derecho inglés.

problema: basta y podría encauzarse ese deseo a través de una versión adaptada del consentimiento informado, interpretado con flexibilidad[38].

Más dudas puede plantear el caso de que por ejemplo el interesado practica un deporte de riesgo, y desea dejar claras ciertas previsiones por si sufre un accidente. Esto nos lleva a meditar qué solución dar a estos supuestos: si está permitido que a partir de cierta edad pueda realizar actividades que conllevan un riesgo a la propia vida, quizá no tiene entonces sentido impedir el otorgamiento de voluntades anticipadas, realizado acaso con la intervención o anuencia de padres o tutor[39]. Si bien las fronteras de las actividades a las que cabría vincular la admisión concreta de un documento de este tipo, pueden ir desdibujándose: motociclismo, montañismo, cursos de vela, ciclismo… ¿dónde poner la frontera?

Tomando pie de la reflexión de GALLEGO RIESTRA y a la vista de los criterios que refleja la Circular 1/2012, encontramos en realidad (y también sucede para el consentimiento informado), dos órdenes de voluntades del menor maduro: aquellas que no suponen una decisión grave en relación con vida e integridad personal, y las que sí implican una disposición de las mismas. En este último caso, lo que manifieste el menor, también en la esfera del consentimiento informado, está sujeto a control, y su eficacia se condiciona al juicio de lo que le conviene objetivamente. Para el resto de asuntos, vale la reflexión de GALLEGO RIESTRA: «…¿Tan grave sería reconocer validez a una instrucción de un menor maduro por la que se declara donante de órganos y desea que sus cenizas, tras la incineración sean arrojadas al mar? Obviamente no. Lo que se trasluce es el temor a que pueda hacer declaraciones sobre la disponibilidad sobre la propia vida». Y antes había planteado: «cabe preguntarse si no es más un temor a lo que el menor pueda disponer que al hecho en sí de que lo haga»[40]. Respecto a esta cuestión, más bien tautológica, hay que decir: por supuesto es ese temor el que inspira la solución legal. Y en efecto, tal solución no es la única imaginable, ante el dilema puede optarse por dos caminos, acaso en el fondo muy semejantes: dejar que el menor maduro otorgue instrucciones previas, pero sometiendo a un especial control previo o posterior de eficacia sus manifestaciones respecto a retirada de tratamientos o cuestiones semejantes. O bien privarle de esta

[38] Las normativas admiten el juego de una voluntad considerada actual, para que se proyecte a lo largo del proceso sanitario. «El paciente tendrá también derecho a que se tome en consideración su voluntad, expresada con anticipación ante el personal facultativo del centro sanitario cuando no se encuentre en situación de manifestarla en el momento de la intervención y conste por escrito debidamente firmada» (art. 4.1 de la Ley 2/2001 de Galicia).

[39] Tengamos en cuenta que «el artículo 162-1.º, por sí mismo, no supone que el menor realizará por sí sólo todos los actos relativos a derechos de la personalidad (…). Lo único y muy importante que hace es excluir la representación, pero cabe exigir para una actuación del menor susceptible de afectar irreparablemente a sus derechos de la personalidad, el asentimiento de sus guardadores o intervención de una autoridad externa a la familia». Cfr. LACRUZ-DELGADO, *Elementos de Derecho Civil,* I-2, Dykinson, 2010, pág. 129 y sigs.

[40] Cfr. GALLEGO RIESTRA, *op. cit.,* pág. 166.

facultad, pero teniendo muy presente su voluntad expresada por otros cauces, que habría de cumplirse salvo que se juzgue perjudicial y siempre en aquellos aspectos que ejemplifica GALLEGO RIESTRA para sugerir se le permita otorgar testamento vital. Hoy por hoy, a la vista del pronunciamiento de la ley básica, hay que atenerse a esta segunda opción[41].

Para una eventual reforma del sistema, hay quien propuso que se diera valor al documento dictado por un mayor de dieciséis años, con tal de que al llegar a la mayoría de edad lo revise y lo confirme. Se tendría en cuenta lo querido por esta persona en el tiempo que corre hasta su llegada a la mayoría de edad (con el especial juicio de aplicabilidad que convenga), requiriendo luego, para que tenga igual efecto en situaciones futuras, la realización de un nuevo documento, confirmando el anterior, después de los dieciocho años[42].

Respecto a la exigencia de que el otorgante sea «capaz», ha planteado también incertidumbre: ¿Cualquier persona judicialmente incapacitada tiene vedado otorgar Documento de voluntades anticipadas?

Si esta debiera ser la interpretación del texto legal, observa DOMÍNGUEZ LUELMO: «no acierto a entrever los motivos que han guiado al legislador a adoptar esta decisión cuando se trata de incapacitados con aptitud para entender el alcance de su declaración». Y plantea como ejemplo de esto último «alguna de las situaciones en que el incapacitado es sometido a simple curatela»[43]. Pero es posible ir más allá, como hace PARRA LUCÁN[44]. Y MOSCOSO TORRES: «Sólo en el caso altamente improbable de que se trate de una persona incapacitada judicialmente con sentencia que contenga un pronunciamiento expreso acerca de la incapacidad para otorgar este específico documento habría que excluir en principio la posibilidad de su otorgamiento. Pero si (…) no contiene pronunciamiento expreso, no tiene que excluirse de forma absoluta la posibilidad de su otorgamiento[45].

---

[41] Solventándose la falta de testamento vital con decisiones a tomar por el equipo médico de acuerdo con quienes ostentan la habilitación legal para consentir por sustitución, siempre han de tenerse presentes los deseos expresados anteriormente por el paciente. Por tanto, un documento escrito, un conjunto de indicaciones realizadas por el menor a sus allegados (con tal que pueda acreditarse), este tipo de información no puede desconocerse a la hora de tomar las decisiones cuando aquél ya no pueda manifestarse. Conviene recordar la distinción, que explica muy bien SEOANE, entre «voluntades previas» y «documento de voluntades previas» (*op. cit.* [2011], pág. 17). Aunque no contemos estrictamente con lo segundo, hemos de tener en cuenta lo primero.

[42] La idea se apuntó por NAVARRO MICHEL, M., «Médicos, familia y pacientes. Sobre las voluntades anticipadas», en *Revista Jurídica de Cataluña,* 2007, núm. 3, pág. 703.

[43] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.* (2008), págs. 414-415.

[44] PARRA LUCÁN, dando a la anterior sugerencia un alcance general, entiende que «es "capaz" para otorgar voluntades anticipadas quien sea "capaz" para entender el alcance de su otorgamiento». Cfr. *Voluntades anticipadas,* cit., pág. 86.

[45] Cfr. MOSCOSO TORRES, *El documento de instrucciones previas…,* cit., espec. pág. 15 y sigs., pág. 17.

Esta última solución parece acaso chocar con la clara manifestación (o no tan clara) de ciertas normativas autonómicas[46], y no es tan evidente que la Ley 41/2002 haya de interpretarse así[47]. Pudiera pensarse que, igual que con los menores, el legislador ha querido dejar la confección del documento sólo al alcance de los plenamente capaces. Quienes no lo sean, llegado el caso, verían atendidos sus intereses por otra vía: el consentimiento informado por sustitución. Que además, parece *prima facie* la opción prevista por el artículo 9.3.*b)* Ley 41/2003 para cualquier prestación de consentimiento informado «cuando el paciente esté incapacitado legalmente», sin especificar más[48]. Pero eso sí, para este último caso, la Ley básica dispone que «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario»[49]. De forma que en este contexto, las manifestaciones de quien puede encontrarse incapacitado judicialmente van a tener un claro valor, y probablemente, por qué no, también los deseos y preferencias que pudo manifestar con cierta antelación, e incluso plasmar en algún documento (aunque, por estar incapacitado, no haya podido hacer un documento formal de instrucciones previas)[50].

Pero en sentido contrario, también hay normativas que permiten al incapacitado, si la sentencia no lo excluye especialmente, otorgar el documento. Algunas quizá tímidamente, otras con mayor claridad[51]. Tendencia que coincide con el

---

[46] Normativas que exigen «no haber sido incapacitado judicialmente» (Madrid, La Rioja, Murcia) o incluso «plena capacidad de obrar» (Cantabria, Baleares). La mayoría alude a persona «capaz», o «con capacidad legal suficiente».

[47] Entiende Gallego Riestra que la interpretación adecuada del artículo 11.1 de la Ley 41/2002 debe impedir otorgar instrucciones previas a todo incapacitado judicialmente (para regir su persona), salvo que de la sentencia resulte explícitamente otra cosa; y critica acerbamente el artículo 4.2 de la Ley andaluza. Cfr. *op. cit.,* págs. 160-161.

[48] Alguna Ley autonómica prevé que «el derecho corresponde al representante legal», pero «deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del incapaz» [cfr. art. 6.1.*b)* de la Ley 3/2001, de Galicia, y, semejante, art. 9.1 de la Ley 1/2003, de Valencia].

[49] Artículo 9. 5, redactado según la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dispone también, entre otras cosas, que la prestación del consentimiento por representación se hará siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

[50] En las normativas autonómicas encontramos disposiciones interesantes en este sentido. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 3/2001, de Galicia (reforma de 2005) prevé, entre otras cosas, que «cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará información adecuada a su capacidad. La opinión de éste será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad». Y, también para este caso, los artículos 10, 11 y 12, respectivamente, de las recientes leyes de Andalucía, Aragón y Navarra, establecen que «para la interpretación de la voluntad del paciente se tendrán en cuenta (…) sus deseos expresados previamente» (cfr. art. 11.4 de la Ley Foral 8/2011).

[51] Cfr. artículo 2.1 de la Ley 7/2002 del País Vasco; igualmente, el artículo 2 de la Ley 6/2005 de Castilla-La Mancha interpreta la condición de «persona capaz» como la «que no se

reconocimiento, en cuanto al consentimiento informado, de que éste puede otorgarse por un incapacitado si la sentencia no lo impide específicamente y el médico responsable (del modo previsto en los arts. 20, 19 y 20 de las últimas leyes andaluza, aragonesa y navarra respectivamente) aprecia suficiente grado de discernimiento. Esta es la tendencia que parece (y debiera) imponerse, a mi juicio, también para el testamento vital. Si bien el problema lo vamos a seguir teniendo por la diversidad legislativa; en aras a una interpretación uniforme de la normativa, cabría manejar, con PARRA LUCÁN, la combinación sistemática de sus expresiones literales con el criterio general de incapacitación gradual y dependiente de la sentencia propio de nuestro derecho[52].

Si la solución a generalizar fuera, pues, esta última, pasa a primer plano la apreciación de la capacidad natural. Pertinente en dos supuestos: incapacitado a quien la sentencia no impida otorgar el documento; y persona no incapacitada pero con discapacidad o patología que incite a dudar acerca de la conveniencia de que emita el documento[53].

En el primer supuesto, es lógico pensar que requiere un examen más cuidadoso que para cualquier otra persona antes de otorgar el documento, pero la ley no dice gran cosa sobre este punto. Hay una única previsión, y parece un tanto oscura, en las leyes aragonesa y andaluza, en el sentido de que si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgar el documento, lo notificará al Ministerio Fiscal para que inste, en su caso, ante la autoridad judicial «un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida»[54]. Me parece más ajustada la solución que expongo a continuación:

---

encuentre *incapacitada judicialmente para emitirla*» (cursiva mía, arts. 2 y 3). Y en sentido positivo, las Leyes 6/2002 de Aragón (arts. 12 y 15.3), y 5/2003 de Andalucía (arts. 2 y 4.2) consideran con «capacidad legal suficiente» para emitir la declaración a «los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación».

[52] Sólo pudiera representar un obstáculo a esta solución alguna norma autonómica que habla rotundamente de «plena capacidad». Y puede quedar la duda acerca de si la permisión al incapacitado requiere una manifestación positiva de la sentencia, o se ha de deducir de la ausencia de una manifestación negativa. La normativa autonómica parece favorable a esta última opción.

[53] Como resulta de la normativa del consentimiento informado, y plantea MOSCOSO TORRES también para el testamento vital. Cfr. *op. cit.,* págs. 18 y 20.

[54] Cfr. artículo 4.1 de la Ley 5/2003 de Andalucía, y 15.3 Ley 6/2002 de Aragón. Entonces… ¿qué sucederá en el *ínterim?* Mientras dure tal proceso, parece que se suspendería la posibilidad de otorgar el documento. Y cualquiera presentado o procedente de registro que, firmado en tales fechas, se hubiera podido hacer ante testigos, quedará sujeto a la posible tacha de ineficacia. Pero como pudiera suceder que una persona incapacitada tenga momentos de mayor o menor lucidez, me parece, y así lo apunto en el texto, que debiera bastar con que un dictamen médico garantice (o no) que nos encontramos ante un periodo de lucidez, para poder otorgar válidamente (o lo contrario). Para el consentimiento informado de una persona incapacitada, el médico responsable sí «valorará la capacidad de hecho del paciente, en la

Si se trata de una persona sujeta a tutela, y se explicita alguna cautela en la sentencia, habrá que atenerse a ella[55]. Y si nada en concreto se hubiera previsto, sigue siendo obvio que una persona sujeta a tutela requiere una especial atención por parte de su tutor. Por más que se trate de actos personalísimos (así como el consentimiento informado puede darse por sustitución, nadie se ha planteado que quepa otorgar instrucciones previas «por sustitución»), a la hora de otorgar voluntades anticipadas, me parece que el tutor debe estar informado de lo que su pupilo se propone hacer, y asegurarse de la obtención de algún dictamen médico de discernimiento suficiente avalando la aptitud del declarante. Considero necesaria a estos efectos su intervención y su firma. Y estando al tanto de todo, podrá en su caso poner en conocimiento del juez su opinión de no encontrarse el pupilo en condiciones de emitir una voluntad suficientemente fiable[56].

El segundo supuesto no recibe una especial atención legal, y aquí es de notar que, mientras en la regulación del consentimiento informado, la reciente normativa autonómica prevé específica y detalladamente esta situación de incapacidad de hecho, y su examen por el médico responsable, de modo cuidadoso y con la aconsejada intervención de otros profesionales, nada especial se dice respecto a testamento vital. Las circunstancias son diversas en el otorgamiento

---

forma establecida en el artículo 20» (arts. 10. 2 de la Ley 10/2011, de Aragón; 10.2 de la Ley 2/2010, de Andalucía, y 11.2 de la Ley Foral 8/2011), y podrá decidir en consecuencia.

[55] Si es persona sujeta a curatela, nada va a distinguirla de cualquier otra a la hora de otorgar el documento, salvo que el juez haya incluido el caso entre los que precisan la asistencia del curador.

[56] Para estos casos de persona incapacitada sin pronunciamiento expreso en la sentencia, explica Moscoso Torres: «El notario o el funcionario (…) ha de apreciar si la persona (…) tiene capacidad suficiente para ello. (…) Hay que determinar (…) si el sujeto está en condiciones de prestar una declaración coherente y querida de voluntad vital anticipada. (…) A pesar de tratarse de un procedimiento más técnico-jurídico que médico, el notario o el funcionario correspondiente puede servirse del dictamen de facultativos para apreciar la capacidad, posibilidad expresamente admitida en el artículo 665 del Código Civil en materia de testamentos». (Dispone: «siempre que el incapacitado en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad»). «Y para tales casos puede tenerse en cuenta los criterios que las llamadas "leyes de muerte digna" de Andalucía, Aragón y Navarra, proporcionan para que los médicos puedan apreciar la capacidad» (cfr. Moscoso Torres, *op. cit.,* pág. 18). Efectivamente, en los artículos 20 de la Ley 2/2010, 20 de la Ley 10/2011 y 19 de la Ley Foral 8/2001, cara a la prestación de consentimiento informado, se detallan los factores que los facultativos han de evaluar para determinar el alcance de la capacidad de hecho del paciente, aconsejando además que cuenten con la opinión de otros profesionales implicados en su atención. Pero tengamos en cuenta que el documento, en principio, puede otorgarse simplemente ante testigos (sin que hayan de intervenir notario, funcionario o facultativo alguno). Por eso me parece que en el caso analizado, con carácter general, no debiera autorizarse un otorgamiento de Testamento Vital, al menos, sin que el tutor esté informado de ello y, aplicando el artículo 665 del Código Civil por analogía, sin que notario, funcionario o testigos cuenten con esos dictámenes facultativos.

de este último, que puede perfectamente hacerse fuera del contexto hospitalario y del padecimiento de patología alguna. Acaso a lo más que se puede llegar es al examen sumario y afirmación, bajo su responsabilidad, de la competencia del otorgante por parte de notario, funcionario o testigos. Sin embargo, quizá no estaría de más alguna mayor reflexión sobre este punto, cuando se trata de personas que, sin estar incapacitadas, vayan a formular su declaración en un contexto hospitalario, tengan algún tipo de discapacidad o se conozca que se encuentran bajo determinado tratamiento psiquiátrico… Por otra parte, siempre nos podemos encontrar después, y acaso haya que optar por la ineficacia del acto, que el equipo asistencial revele que quien en su día redactó el documento padece en realidad un estado depresivo, personalidad ciclotímica, trastorno bipolar, etc., que muy probablemente le afectó en su día cuando redactó el documento, y que ello deba llevar, *a posteriori*, a cuestionar la eficacia de su manifestación.

Una cuestión interesante es la apreciación de la voluntad revocatoria. En las normativas autonómicas con frecuencia encontramos la exigencia de que la revocación del Documento se haga con los mismos requisitos formales que tuvo el otorgamiento[57]. Pero otras veces se alude sólo a que se deje constancia por escrito, o «dejando constancia por escrito o indubitadamente»[58]. Es claro por otra parte que existiendo una voluntad actual, ésta prevalecerá sobre lo declarado en el documento; por lo tanto, cualquier persona que tenga suficiente discernimiento y aptitud para expresar eficazmente su voluntad, puede hacer una manifestación que contradiga lo expresado en Voluntades previas o dejar sin efecto el Documento[59]. Y es interesante que quepa encuadrar aquí indicaciones desprovistas de la formalidad de las Instrucciones previas y realizadas previamente al estado posterior de inconsciencia, incluso relativamente alejadas en el tiempo, todo depende de la mayor o menor amplitud con que se interpreten expresiones legales como «el tratamiento en curso», o «el proceso sanitario»[60]. Manifestaciones por escrito, incluso simplemente firmadas, y aún acaso verba-

[57] Vid. por ejemplo, artículo 4.2 de la Ley 7/2002 del País Vasco.

[58] Sin concretar si dejará constancia por escrito el paciente o puede hacerlo el médico ante una manifestación verbal de aquél. Al menos, habrá de firmar el paciente. Vid. artículos 5.5 de la Ley 3/2001, de Galicia, y 17.4 de la Ley 1/2003, de Valencia.

[59] En Andalucía, el artículo 8 de la Ley 5/2003, después de establecer que la Declaración podrá ser revocada o modificada cumpliendo los requisitos para su otorgamiento, dispone: «si una persona ha otorgado una declaración de voluntad anticipada y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquélla, para la situación presente *o el tratamiento en curso* prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario (las cursivas son mías) aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad» (cfr. art. 8.2).

[60] Vid. artículo 4.2.º de la Ley 3/2001, de Galicia: «El paciente tendrá también derecho a que se tome en consideración su voluntad, expresada con anticipación ante el personal facultativo del centro sanitario cuando no se encuentre en situación de manifestarla en el momento de la intervención y conste por escrito debidamente firmada».

les, pero de las que haya constancia indubitada, son de tener en cuenta, en este sentido y en este contexto[61].

Los problemas pueden venir cuando la persona haya sido incapacitada después de otorgar el documento y pretende luego revocarlo. Si entendiéramos estrictamente ciertos requisitos, no lo podría ya revocar. Pero pienso que hay que tener muy en cuenta todo lo que hemos ido señalando respecto a la voluntad eficaz de la persona incapacitada; y por otra parte, quien mantenga cierto grado de discernimiento, contará a su favor con el conjunto de reglas que le habilitan para participar en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario[62].

4. ACERCA DEL CONTENIDO DEL TESTAMENTO VITAL

Como indica Larios Risco, a partir del concepto genérico de las voluntades anticipadas, se ha ido produciendo una especie de ensanchamiento de su posible contenido, «avanzando de la mera oposición al encarnizamiento terapéutico, a la pretensión eutanásica, pasando por disposiciones relativas al modo en que se desean recibir los cuidados o tratamientos en situaciones de dependencia». Es interesante contemplar lo que cabría calificar como «contenido típico» a través de los modelos propuestos por diferentes entidades. El autor citado identifica tres tipos básicos[63]:

El primero respondería al modelo promovido por la Conferencia Episcopal Española en el tiempo en que se inauguraba la legislación sobre este asunto. Conforme al mismo, el otorgante requiere ante todo que no se prolongue el proceso de su muerte, en situación terminal e irrecuperable, por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios, solicitando asistencia religiosa en el momento de la muerte; que no se practique la eutanasia y que se le administren los cuidados adecuados para paliar los sufrimientos.

El segundo modelo, propuesto por la Asociación Derecho a Morir Dignamente, fue mucho más allá, en sus primeras formulaciones, llegando a incluir la solicitud de administración de las sustancias necesarias para terminar de forma rápida e indolora con la vida. Este punto, a la vista de la legislación vigente, queda planteado ahora como un *futurible*: «Si para entonces la legislación regula el derecho a morir con dignidad mediante eutanasia activa, es mi voluntad morir

---

[61] Vid. sobre todos estos puntos las observaciones de Parra Lucán, *op. cit.,* págs. 82-83.

[62] «…Cuando a criterio del médico responsable, el incapacitado reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su capacidad. La opinión de éste será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su capacidad». Cfr. artículo 6.1.*b),*2.º de la Ley 3/2001, de Galicia. Vid., también, artículos 5.2 y 9.5 de la Ley básica, y 10.3 y 4 de las leyes andaluza y aragonesa y 11.3 y 4 de la navarra sobre el proceso de la muerte.

[63] Cfr. Larios Risco, *ibídem*, págs. 7 y 8.

de forma rápida e indolora de acuerdo con la *lex artis ad hoc*»[64]. En cualquier caso, la asociación propone, a la hora de utilizar los actuales modelos de las Comunidades Autónomas, insistir en la renuncia a cualquier tratamiento de soporte vital, «o cualquier otro que pueda prolongar mi supervivencia», y en la solicitud de la sedación terminal. Se trata, como vemos, de acercarse todo lo que sea posible al modelo eutanásico terminal[65].

El tercero, de carácter ecléctico, lo identifica LARIOS RISCO en los formularios que figuran como anexo a la normativa del Registro de Voluntades anticipadas de varias Comunidades Autónomas, a partir del que en su día propuso el Comité de Bioética de Cataluña. Si bien, podemos encontrar entre ellos sutiles diferencias de matiz, unos parecen más cercanos al primer modelo, otros se aproximan un tanto al segundo. En la propuesta del Comité de Bioética de Cataluña se encuentra la solicitud de evitar la prolongación artificial de la vida mediante tratamientos o medidas terapéuticas extremas (técnicas de soporte vital, ventilación mecánica, diálisis, reanimación cardiopulmonar, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial), y la de cuidados paliativos, pero sin llegar al acortamiento drástico de la vida ni a su eliminación.

El artículo 11.1 de la Ley 41/2002 indica tres contenidos básicos: la voluntad del otorgante respecto a los cuidados y el tratamiento de su salud; el destino de su cuerpo y de sus órganos; y la designación de un representante. Deben completarse —explica SEOANE— «con la aportación de la legislación autonómica y sectorial hasta configurar los seis apartados que actualmente configuran las posibilidades legales». En todo caso, estas referencias legales «no han de ser entendidas como un *numerus clausus*, sino como una enumeración abierta». Examinemos estos contenidos, siguiendo en parte a este autor[66] (si bien, dedicaremos un epígrafe específico al representante sanitario):

Respecto a las actuaciones médicas y tratamientos, las instrucciones pueden versar tanto sobre los que se desea como sobre aquellos que no se desea recibir en situaciones clínicas concretas. Puede tratarse tanto de la renuncia a recibir como del deseo de interrumpir o retirar tratamientos ya instaurados, «así como decisiones sobre medidas paliativas, de analgesia, sedación, cuidados de con-

---

[64] Cabe incluir esta solicitud, condicionada a hipotéticos cambios legislativos. Vid. STSJ de Asturias, de 16 de abril de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

[65] Es interesante, para apreciar las diferencias de planteamiento entre modelos, el comentario y sugerencias que respecto al modelo propuesto por la Comunidad de Madrid, realiza la Asociación DMD. Vid. http://www.eutanasia.ws/documentos/Testamento_vital/Guia%20Testamento%20Vital%20A4.pdf.

[66] Vid. SEOANE, *Derecho e instrucciones previas,* cit., pág. 11 y sigs.; vid. la explayación de estos contenidos en el comentario de FERNÁNDEZ CAMPOS, *Comentarios a la Ley 2/2009,* 2012, *ad.* artículo 50, pág. 246 y sigs.; también ABELLÁN-GARCÍA, *Estudio jurídico…* (2008), cit., pág. 123 y sigs.; DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.,* pág. 416 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* pág. 193 y sigs.; MOREO ARIZA, *op. cit.,* pág. 2271 y sigs.

fort y otras». En este punto, se perciben diferencias de matiz entre normativas cuyo discurso se construye alrededor de la situación terminal y evitación del encarnizamiento terapéutico, y otras que de modo más aséptico explican las posibilidades como autonomía que solicita o rechaza tratamientos[67].

Los testamentos vitales, en origen, en la práctica clínica norteamericana (y también en Inglaterra), están dirigidos más bien a expresar y concretar el rechazo de tratamientos, se trata de una perspectiva negativa, en un contexto de legitimación de lo que cabría calificar, con los matices y reservas que se quiera, de modalidades de eutanasia pasiva. Sin embargo, entre nosotros el documento puede contener la declaración en el sentido de «impedir que se le aplique cualquier tipo de eutanasia activa o pasiva, indicando que se agoten todas las posibilidades de acuerdo con el estado de la ciencia (así se destaca en las leyes autonómicas sobre derechos de los pacientes de Castilla y León, Navarra y La Rioja)»[68].

---

[67] Como ejemplo del primer planteamiento, encontramos en varias leyes autonómicas preceptos así: «En el supuesto de situaciones críticas vitales e irreversibles respecto a la vida, podrá incorporar declaraciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas, o no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios» (art. 6. 1 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid). Más aséptico, el artículo 2.4 de la Ley 7/2002 del País Vasco dispone que las instrucciones pueden referirse «tanto a una enfermedad o lesión que la persona otorgante ya padece como las que eventualmente podría padecer en un futuro, e incluir previsiones relativas a las intervenciones acordes con la buena práctica clínica que desea recibir, a las que no desea recibir y a otras cuestiones relacionadas con el final de la vida». Una determinación bien organizada y detallada de las previsiones posibles del documento lo ofrece la Ley 9/2005 de La Rioja, en su artículo 5.

[68] Cfr. Domínguez Luelmo, *ibídem,* pág. 416. Es interesante examinar nuestra temática en este sentido y, aunque no podamos extendernos en ello, excedería el carácter introductorio de estas páginas, esta perspectiva plantea curiosas y sugerentes incógnitas. ¿Hasta qué punto puede exigir un paciente que se conserve su vida con todos los medios disponibles por la ciencia? ¿No debe existir, también en esta dirección, un límite de razonabilidad? Parece claro, así lo encontramos en manifestaciones doctrinales, jurisprudenciales y legislativas, que no existe el deber jurídico por parte de los equipos sanitarios, de conservar una vida humana que ya sólo podría funcionar artificialmente, como «apéndice de una máquina» (en expresión de Spaemann). Un mandato de conservación de la vida a cualquier coste chocaría también con las posibilidades, siempre limitadas, que los servicios públicos sanitarios pueden ofrecer a los ciudadanos. A partir de cierta frontera, por tanto, no puede haber reproche jurídico alguno a quien rehúsa continuar esta exasperación (llamémosla así) tecnológico-terapéutica. Interesantes cuestiones se suscitan también si nos planteamos, como un caso de laboratorio, pero no imposible, como es bien sabido, este asunto en una pura relación contractual de derecho privado. Imaginemos un multimillonario excéntrico que encarga a una clínica privada muy avanzada que conserve su vida artificialmente durante largo tiempo (salvo imponderables), a cambio de una generosa remuneración. ¿Este compromiso constituiría una obligación exigible, mirando el caso desde la perspectiva causal? ¿Quién y en qué condiciones se ocuparía del cumplimiento, pero también de la eventual modulación, de esta voluntad del «no difunto»? ¿El estipendio que la clínica recibiría podría sujetarse a alguna limitación, a solicitud de herederos forzosos? ¿Qué enfoque dar a las cuestiones de premoriencia, u otras a las que el derecho, por lo insólito de la situación, no se ha enfrentado? Sí conocemos algunos casos de mantenimiento con vida artificial de una mujer para que se produjera un alumbramiento.

Los deseos del paciente han de ponerse en conexión con la situación clínica en que se encuentre; ésta nos dará también la medida del carácter proporcionado o desproporcionado de un tratamiento, apreciaciones que, junto a la de su carácter ordinario o extraordinario, siguen teniendo importancia. En los modelos orientativos presentados por las Comunidades Autónomas se incluyen referencias a estas situaciones; pero es lógico pensar que será el otorgante mismo quien, asesorado por el médico que le esté informando, concrete los rasgos de la situación en que quiere que se actúe de una u otra manera. De todas formas, con frecuencia, será necesaria una tarea de interpretación y adaptación, porque las situaciones en el ámbito clínico son inciertas y cambiantes, aceptando diferentes calificaciones y graduaciones que se escapan a lo que en un momento dado se pudo prever. Por eso se ha considerado también importante, y así se refleja en varias normativas autonómicas (no en la Ley estatal), incluir la denominada *historia de valores*[69], cuya utilidad, sin embargo, en mi opinión, depende mucho del previo diálogo asistencial. Y no está claro que una exposición más o menos genérica de tales valores pueda servir siempre de apoyo para tomar ciertas decisiones irreversibles. Aparte de que deben descartarse interpretaciones que, aún coherentes con tal cuadro de objetivos vitales, pudieran conducir a soluciones contrarias al ordenamiento jurídico o contravenir la *lex artis*…

Respecto a las manifestaciones acerca del destino del cuerpo, sus órganos y tejidos, esta posible parte del contenido (de carácter *mortis causa*), se justifica por varios motivos, aunque no falta quien lo ha considerado criticable por innecesario[70]: de entrada, porque la vinculación del documento con la historia clínica del paciente lo convierte en instrumento idóneo para que el personal sanitario conozca a tiempo estos deseos, con la inmediatez y urgencia de las situaciones que se plantearán. Y en segundo lugar, porque con una manifestación clara en este documento, se disipan las dudas que en nuestro sistema sigue planteando, en la práctica, la *difícil* relación directa entre la voluntad implícita del paciente y los servicios sanitarios, sin necesidad de intermediario alguno[71].

---

[69] Por ejemplo: artículo 5 de la Ley Foral 8/2011: Definición r: Valores vitales: conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte.

[70] Cfr. Gallego Riestra, *El derecho del paciente…* (2009), cit., pág. 172.

[71] Cierto es que en Derecho español, quien no se manifestó en contrario se convierte automáticamente en potencial donante de órganos; pero también que los equipos médicos no suelen actuar en la práctica sin el permiso de los familiares. A una manifestación del familiar directo en el sentido de que el finado no hubiera deseado nunca donar sus órganos, el médico no se va a oponer. Con la manifestación positiva en el documento, aunque de antemano no fuera necesaria, se deja claro ahora que «no se requerirá ninguna autorización» (art. 9.1 de la Ley Foral 11/2002). Vid., sobre este punto, Domínguez Luelmo, *La expresión anticipada…,* cit., págs. 416-417; y extensamente, Fernández Campos, *Derecho y salud, ad.* artículo 50 de la Ley 3/2009, cit.

Es posible también incorporar el consentimiento del varón para la utilización de su *material reproductor*, en el marco de las previsiones del artículo 9 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Y en fin, alrededor del esquema esencial, las normativas autonómicas van colocando ampliaciones y especificaciones. Se refieren a: acompañamiento durante la enfermedad y atención a los acompañantes; asistencia espiritual; información asistencial al propio paciente y a sus familiares y allegados[72]… y ya para después de la muerte, previsiones relativas a funeral y enterramiento.

SEOANE plantea una distinción entre dos tipos de «contenidos normativos» en el Documento: reglas y principios. En su opinión, tanto unas como otros «tienen carácter normativo, esto es, guían la conducta de forma obligatoria». Las reglas son mandatos disyuntivos y definitivos, que indican de modo directo lo que hay que hacer. Los principios son normas de carácter más flexible y abierto y, en cuanto mandato, susceptibles de diversos modos y grados de cumplimiento. En este contexto, la decisión sobre la donación de órganos y tejidos, o la designación de representante, corresponderían al primer sector. Mientras que «aquellas manifestaciones de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de la salud del otorgante de carácter genérico, y aun las de tenor más casuístico, que pueden plantear problemas por la dificultad de establecer su correspondencia con el «supuesto de hecho» previsto en el momento del otorgamiento, parecen acomodarse mejor al modelo de los principios». Esto «excluye su aplicación automática y exige interpretación y ponderación para su cumplimiento»[73].

5. BREVES ACOTACIONES RELATIVAS AL REPRESENTANTE DESIGNADO EN VOLUNTADES ANTICIPADAS

Forma parte del contenido posible del Documento la designación de representante sanitario. En nuestro sistema aparece como interlocutor con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas[74]. No nos

---

[72] Sobre este punto, vid. MATEO SANZ, J., «El derecho a la información asistencial», en *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León,* Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 77 y sigs.

[73] Cfr. SEOANE, *Derecho y planificación anticipada (2006),* cit., pág. 290, y *Derecho e instrucciones previas,* cit., pág. 28. La Recomendación CM/Rec(2009)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a los poderes de representación continuados y las instrucciones previas en casos de incapacidad, plantea una distinción entre las instrucciones *(instructions),* de carácter vinculante, y los deseos *(wishes),* que merecen respeto, sin aquél mismo rigor vinculante. Y en la memoria explicativa de la recomendación se anima a los Estados miembros a que distingan en su legislación qué elementos de las instrucciones previas tiene una u otra consideración.

[74] Artículo 11.1 de la Ley 41/2002. SEOANE incluía entre sus propuestas de mejora de la legislación, en 2006: «3. Precisar la regulación del representante»: (…) identificando sus

detendremos por extenso en este punto, pero sí hay que señalar que la relativa ambigüedad de la normativa ha dado pie a una controversia doctrinal acerca de su función, enmarcable entre dos extremos: considerar que sin instrucciones que interpretar no cabe actividad del representante, y en el polo opuesto, entender que puede el otorgante limitarse a nombrar a esta persona dejándole completa libertad de decisión. La doctrina se mueve, matizando, más o menos cerca de uno u otro[75].

En la primera tendencia se situaría SANCHO GARGALLO: el representante no puede suplir la voluntad del otorgante ni tampoco sustituir a los médicos «en la interpretación y aplicación de las instrucciones previas». …«Puede contribuir a aclarar los términos que no queden claros (…), pero no suplir omisiones o sustituir voluntades o ejercer una delegación de la capacidad de decidir». Expresa esta opinión, aún más radicalmente, CANTERO MARTÍNEZ. Más matizadamente, MOREO ARIZA acepta la facultad de integrar «la falta de decisión del paciente sobre el problema concreto suscitado siempre que consten al menos los valores o previsiones genéricas que permitan inducir la voluntad»; pero «en el caso de imprevisión total del supuesto de hecho clínico advenido y falta de mención de valores genéricos, el representante carece de facultades, retornando éstas a los familiares y allegados»[76].

En una posición intermedia, aunque no lejana de los anteriores planteamientos, situaríamos a DOMÍNGUEZ LUELMO: «deben existir siempre instrucciones previas que, en su caso, podrá acomodar a esas circunstancias el representante (…). Lo que no cabe es designar representante para que decida en lugar de aquél» (…). Hay que «dar prioridad absoluta a la voluntad expresada por el paciente, *con arreglo a los criterios generales de interpretación*», pudiéndose acudir al *auxilio* del representante «*cuando existan carencias o lagunas en el documento*». En este línea se mueve también BARRAL I VIÑALS. Y SEOANE, que inicialmente abogó por no conceder al representante la facultad de sustituir la voluntad del otorgante, matiza luego, en la línea de DOMÍNGUEZ LUELMO, este planteamiento en su trabajo de 2011[77].

---

funciones, que pueden sintetizarse en las tres siguientes: interlocutor con los profesionales sanitarios y demás personas implicadas en la relación asistencial, intérprete cualificado de la voluntad del otorgante, y garante del respeto de la voluntad manifestada». Cfr. *Derecho y planificación anticipada…,* cit. (2006), pág. 289.

[75] Vid., sobre esta discusión, por todos, BERROCAL LANZAROT, *Autonomía…,* cit., pág. 198 y sigs.; FERNÁNDEZ CAMPOS, *Ad* artículo 50, cit., nota 48.

[76] Cfr. SANCHO GARGALLO, *Las instrucciones previas…,* cit., pág. 223 y sigs.; CANTERO MARTÍNEZ, J., *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital,* Albacete, Bomarzo, 2005, pág. 80; MOREO ARIZA, *op. cit.,* págs. 18 y 32.

[77] Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, *La expresión anticipada…,* cit., págs. 423 y 424; BARRAL I VIÑALS, I., «El llamado testamento vital», en BELLO JANEIRO y MALUQUER DE MOTES (coords.), *La tutela de las personas mayores,* Xunta de Galicia, 2003, págs. 87-110, pág. 107; y comparar SEOANE (2006), cit., pág. 289, y (2011) cit., pág. 22.

En la tendencia que admite, con distintos matices, la delegación de la facultad de decisión, cabe situar los planteamientos de ALVENTOSA DEL RÍO, GALLEGO RIESTRA, FERNÁNDEZ CAMPOS, FRANCINO I BATLLE[78]. También a BERROCAL LANZAROT, en principio matizadamente, siguiendo a este último autor, pero llega a afirmar: «…Y ante la falta de instrucciones expresas sobre una determinada actuación, deberá, como intérprete máximo de la voluntad del otorgante, actuar conforme hubiera sido el deseo de éste; no decidiendo en su lugar arbitrariamente, *salvo autorización expresa en contrario*»[79]. En esta última posición, ya más cercana al extremo, entre quienes sostienen que el otorgante tiene libertad para dotar al representante del más amplio poder decisorio estaría LÓPEZ SÁNCHEZ: podría establecer que la decisión del representante prevalezca sobre la propia voluntad manifestada en el documento, en caso de contradicción, tal como plantea alguna doctrina y modelos norteamericanos (si bien, con ésta previsión se trata en aquel sistema básicamente de salvar, entre otros posibles, el desfase entre lo manifestado y el estado actual de la ciencia, lo que nuestro ordenamiento resuelve por otro camino)[80].

Diversos autores, tanto en España como, antes, en el ámbito norteamericano, han manifestado ciertas reservas, y al menos es común indicar que la decisión por sustitución constituye el punto más delicado de toda esta problemática[81]. No es lo mismo *escuchar* del propio interesado el rechazo de un tratamiento, que recibir y aceptar la decisión en este sentido procedente de un tercero, por mucha confianza que se supone tuviera con el paciente[82]. Siempre puede haber

---

[78] Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, *op. cit.,* pág. 181; GALLEGO RIESTRA, *op. cit.,* pág. 173; FERNÁNDEZ CAMPOS, *ibídem;* FRANCINO I BATLLE, F., *El otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Cuestiones prácticas,* VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 2002, págs. 215-232, págs. 222-224.

[79] Cfr. BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* págs. 198-199. Comparar, sin embargo, con lo que expone en página 200.

[80] Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Testamento vital y voluntad del paciente,* Dykinson, Madrid, 2003, págs. 127 y sigs., pág. 130.

[81] «…Toda información que no parte directamente del propio paciente es esencialmente poco fiable. (…) Ningún análisis interpretado o, aún peor, intuitivo por familiares, amigos y otras terceras personas de los valores personales e intereses privados del paciente es aceptable sin más deliberación. La vida es lo suficientemente impredecible como para ser adecuadamente fijada en los DVA. (…) Sin una evidencia carente de ambigüedad, el representante no puede reconstruir lo que el paciente hubiera deseado si no se hubiera vuelto incompetente. Idealmente por tanto los sustitutos no debieran descansar sólo en testimonios pasados del y sobre el paciente sino que debieran participar directa y activamente en las deliberaciones previas a la redacción del DVA para poder interpretar adecuadamente las palabras y los deseos del enfermo al que sustituyen en la toma de decisiones». Cfr. K. MARTÍNEZ, *op. cit.,* págs. 92-93. Para reflexionar sobre los problemas que plantea el juicio sustitutivo, es útil el estudio, desde una óptica autonomista, de SIMÓN, P., y BARRIO, I., «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida de personas incapaces», en *Revista Española de Salud Pública,* 2006; 80, págs. 303-315.

[82] Los autores incluidos en el primer sector doctrinal antes aludido, también en su versión matizada, insisten en que «nadie puede ceder la facultad de decidir sobre derechos persona-

una sombra de duda acerca de si en el *ínterim* entre el nombramiento del representante y la enfermedad posterior ha podido haber un cambio de opinión, de opciones vitales, una variación en la relación de confianza[83]… Como explica la doctrina, lo ideal es que las decisiones vengan consensuadas por el equipo médico y el representante (cuando haya dudas interpretativas razonables; si no las hay el *interlocutor* simplemente ha de *exigir el cumplimiento*)[84].

Acerca de la controversia a la que aludimos antes, entiendo que en nuestro ordenamiento disponemos de suficientes datos normativos para afirmar que el otorgante puede designar a una persona representante suyo en materia de decisiones sanitarias, sin más especificaciones. Sitúa entonces a esa persona en la misma posición que ocuparía quien viene legitimado legalmente para otorgar el consentimiento informado por sustitución[85]. Es a él a quien ha de dirigirse el equipo médico para informarle y recabar su asentimiento acerca de las acciones u omisiones consideradas adecuadas al tratamiento del paciente. Y ante cualquier dilema que se plantee, es la manifestación del representante (porque así lo quiso el paciente) con la que hay que contar. No hace falta que el documento contenga ulteriores instrucciones[86].

---

lísimos —la integridad física y la atención sanitaria— a un tercero». Cfr. Moreo Ariza, *op. cit.,* pág. 18; Barral i Viñals, *op. cit.,* pág. 107. El consentimiento por sustitución se prevé y admite porque «no hay más remedio» y ha de sujetarse a cautelas.

[83] Por eso, el artículo 2.3.*b)* de la Ley 7/2002, del País Vasco, declara la extinción del nombramiento a partir de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o de la ruptura formalizada de la unión de hecho. En Baleares sucederá igual «a no ser que el declarante manifieste expresamente que la representación continúa vigente» (art. 5.2 de la Ley 1/2006).

[84] Cfr. Requero Ibáñez, *op. cit.,* pág. 15, recogiendo en este sentido el texto de las Consideraciones sobre el Documento de Voluntades anticipadas de la Comisión de Bioética de Cataluña, apartado G.

[85] Con el punto a favor del representante de que es el interesado quien demuestra su confianza en él, no se trata de una designación legal. Pero sin dejar de constituir un mandato de protección, emparentado con autotutela y poderes preventivos, «una legitimación indirecta por sustitución más que por representación, de origen legal, un *tertium genus,* a caballo entre la representación legal y la voluntaria». Cfr. Berrocal Lanzarot, *op. cit.,* págs. 201-203.

[86] En este sentido cabe tomar como punto de partida lo que en su día manifestó Parra Lucán: «debe respetarse la voluntad de quien designa a otra persona en quien confía para que, precisamente, llegado el caso de que él no pueda expresar su voluntad, decida lo que le parezca más conveniente y le sustituya, tomando decisiones en lugar del otorgante (expresamente, art. 5 de la Ley de La Rioja)». Cfr. (2006) cit., pág. 84. Si bien hay que compaginar esta idea y completarla con las matizaciones que en el texto se van a indicar. En la normativa autonómica, se habla de «facultades para tomar decisiones en lugar del otorgante» en La Rioja (art. 5 de la Ley 9/2005), de que «caso de no poder expresar por sí misma su voluntad, la sustituya», en Valencia (art. 17.1 de la Ley 1/2003); en Andalucía se reconoce la función de sustitución en la prestación del consentimiento informado [art. 3.2 de la Ley 5/2003, vid., en el mismo sentido, en art. 51.1.*a)* de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre], etc… La tendencia actual es aceptar la concreción por parte del otorgante del alcance de la función del representante. Los artículos 9.6 de la Ley 2/2010 de Andalucía, y 9.5 de la Ley 10/2011, de Aragón, establecen que «la persona interesada podrá determinar las funciones de la persona

De todas formas, lo interesante es examinar la propia actuación decisoria del representante. No podemos pensar que va a tener incluso más libertad que la que el ordenamiento reconoce al otorgante mismo y al equipo médico. Si aquél y éste están respectivamente limitados e inspirados en su tarea por el ordenamiento jurídico y las reglas de la buena práctica asistencial, no cabe pensar que al representante se le permite tomar cualquier decisión, a su libre albedrío. No puede vincular al equipo sanitario una decisión sobre la que quepa dudar que esté o no en coherencia con el estilo de vida, los valores y los deseos que corresponderían al paciente[87]. Su nombramiento y la confianza depositada en él pueden chocar en concreto con decisiones discutibles en este sentido. Y a veces, incluso, ante la gravedad de la duda planteada, cabe entender que haría falta que la decisión del representante se viera refrendada por una determinación específica de las instrucciones previas.

Las decisiones de sustitución siempre tienen menor fuerza que la voluntad actual del paciente capaz, y en su operatividad se combinan con criterios generales del ordenamiento acerca del beneficio del sustituido[88]. Es preciso examinar si el nombramiento de representante sin más especificaciones (o para cuando ha de decidir sobre cuestiones no contempladas en las instrucciones), le sitúa en una posición equivalente a la que tienen los llamados legalmente a prestar el consentimiento informado por sustitución, o le confiere una posición reforzada en comparación con ellos. Puede parecer que el designado se encuentra más cercano a la «voluntad del paciente», y entonces en un grado o con un matiz de mayor autonomía; pero aún así, entiendo que no termina de igualar su poder decisorio por completo a lo que sería voluntad actual del paciente capaz. Un nombramiento que no vaya ligado a especiales y concretas instrucciones es admisible en nuestro derecho, pero no significa en él plena libertad, sino cercanía a la posición del sustituto legal, tanto mayor cuanto más parcas sean las manifestaciones que acompañen al nombramiento.

Las recientes normativas sobre el proceso de la muerte se preocupan por la delimitación y los criterios de la actuación del representante, igual que lo hace

---

representante, que deberá atenerse a las mismas». En Navarra, el artículo 10.3 de la Ley Foral 8/2011, habla de poder «limitar o ampliar» estas funciones. Vid. más referencias en Carbonell Crespí, *op. cit.,* págs. 151 y sigs.

[87] V.gr: «dentro de los límites señalados en el párrafo anterior, la actuación del representante estará orientada a hacer valer lo que el otorgante hubiera preferido en el caso de que pudiera decidir. De no conocer la que hubiera sido su voluntad (…) estará orientada a hacer valer todo cuanto contribuya a los mejores intereses del otorgante» (art. 5.1 del Decreto-ley de La Rioja).

[88] En el caso de sustitución legal, se ve muy bien, por ejemplo, entre nosotros, en relación con los menores: vid. *Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado,* de 3 de octubre de 2012. Y en general, vid. las reflexiones de Romeo Casabona, *op. cit.,* págs. 219-221; y Alonso Álamo, M., «La eutanasia hoy:…», en *Aspectos médicos y jurídicos del dolor* (2008), págs. 243 y sigs., págs. 291-293.

la Resolución 1859 (2012) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, acaso en direcciones no plenamente coincidentes. En esta última (también antes, en la Recomendación 1418 (1999), se manifiesta una preocupación por los abusos a que los poderes sanitarios pudieran dar lugar, y se insiste en que, en caso de duda, ha de prevalecer la solución a favor de la prolongación de la vida[89]. Conforme a nuestras normativas, la atención a la voluntad presumible del paciente, de acuerdo con sus valores y opciones vitales guía la decisión del sustituto designado, pero *también* la del legal (v.gr., arts. 9.4 y 10.4 de la Ley 10/2011 de Aragón, y 10.2 y 11.4 de la Ley Foral 8/2011). Y en ambos casos, su actuación buscará el *mayor beneficio*, junto al respeto a la dignidad personal del representado (cfr. arts. 9.3, y 10.4, y 11.4, respectivamente). Ahora bien, la manifestación recogida en el artículo 51.3 de la Ley Foral 17/2010 (y semejantes en 6.1 de la Ley gallega 3/2001, 9.3 de la Ley 1/2003 valenciana), se refiere sólo al sustituto legal: «En el caso de que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil». No tiene por qué constituir este dato, sin embargo, un argumento definitivo, hay que tener en cuenta, por ejemplo, cómo se mantiene el control de autoridad con criterios objetivos de interés del representado en el supuesto de la autotutela[90].

Entiendo que el simple nombramiento de representante, sin más, le sitúa en posición semejante al sustituto legal; y a falta de evidencias sólidas acerca de las preferencias presumiblemente actuales del otorgante, le obliga a combinar el juicio sustitutivo con el criterio objetivo del mejor interés. Incluso, aún cuando el otorgante hubiera manifestado ciertas opciones vitales de modo genérico, en caso de decisiones graves la persistencia de una duda razonable determinará que la decisión deba inspirarse en criterios objetivos atinentes a la salud y al beneficio del paciente[91]. Cuanto menos definidas sean las instrucciones, menos fuerza va a tener la opción que se pueda hacer por una decisión irreversible que se aleje de tales criterios. Porque pudiendo haber incluido el otorgante fácilmente

---

[89] Vid. Recomendación 1418 (1999), y Resolución 1859 (2012), puntos 7.7 y 7.8: para luchar contra los abusos haría falta instaurar un sistema de control e intervención de una autoridad competente «especialmente en los casos en que el mandatario no actuara *de acuerdo a los términos de su encargo o en el interés del mandante*»… «Las decisiones no pueden tomarse basadas sobre juicios de valor generales; en caso de duda, la decisión debe siempre ser favorable a preservar la vida del interesado y a la prolongación de su vida».

[90] Vid., sobre este punto, por todos, De Montalvo (2009), cit., págs. 335-338.

[91] Se plantean dudas en casos límite y que puedan conducir a resultados irreversibles: pensemos: ¿El que una persona sea testigo de Jehová permite inferir, sin más, que no desea recibir una transfusión de sangre, aunque no se haya manifestado concretamente al respecto? Imaginemos que nombra representante, pero no hace manifestación alguna específica sobre el particular. Conocer sus opciones ideológicas, religiosas… ¿Debería llevarnos a aceptar, sin más, la decisión del representante de que no se le practique la trasfusión?

una instrucción precisa que diera fuerza a aquella opción, no lo ha hecho. Y en caso de duda «es mejor equivocarse a favor de la vida»[92].

6. ACERCA DE LA EFICACIA Y LÍMITES DEL DOCUMENTO[93]

Como explica incisivamente CHUECA RODRÍGUEZ, el problema principal que plantean las instrucciones previas (sobre todo en el aspecto en que fija su atención, el rechazo de tratamientos) «tiene que ver con el hecho de que sitúa en una posición de tensión al profesional de la medicina que debe *tenerlas en cuenta*»[94]. Qué duda cabe de que en principio, cuando adquiere carta de naturaleza el documento de que venimos hablando, el criterio general, *prima facie*, va a ser el reflejado por el artículo 11.2 de la Ley 41/2002: «cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito». Consecuentemente, ABELLÁN-GARCÍA, bajo el epígrafe «una nueva obligación moral y legal del médico cuyo incumplimiento puede generar consecuencias jurídicas», procede a «desglosar el conjunto de obligaciones que origina para los facultativos la expresión anticipada de voluntades»[95]:

1. Aceptar los documentos, lo que implica también, en las Comunidades Autónomas en que la inscripción es determinante para su validez, el deber de entregar el documento al departamento competente del centro sanitario para su remisión al Registro correspondiente.
2. Incorporar a la historia clínica los documentos que facilite directamente el paciente, sus familiares, allegados o representante legal. Cuando no conste en la historia clínica, el facultativo debe verificar su existencia a través una consulta al Registro correspondiente, uniéndolo después a la historia clínica.

---

[92] Expresión del Tribunal Supremo de New Jersey en el caso Conroy. Vid. SIMÓN y BARRIO, *Criterios éticos…* (2006), cit., págs. 307 y 313.

[93] Sobre la eficacia y límites de las instrucciones previas, puede verse, por todos: CARBONELL CRESPÍ, *op. cit.,* págs. 96 y sigs., 190 y sigs.; TUR FAÚNDEZ, *op. cit.,* pág. 4879 y sigs.; QUIJADA GONZÁLEZ, *op. cit.,* págs. 488 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* pág. 234 y sigs.; ABELLÁN-GARCÍA, *op. cit.,* pág. 134 y sigs.; OLIVÁN DEL CACHO, J., «Límites a las voluntades anticipadas», en *El Justicia de Aragón,* 2006, cit., pág. 131 y sigs.; SANCHO GARGALLO, *op. cit.,* pág. 235 y sigs.; SEOANE, *Derecho e instrucciones previas,* cit. pág. 23 y sigs.; COUCEIRO, A., «Las directivas anticipadas en España: contenido, límites y aplicaciones clínicas», en *Revista de Calidad Asistencial,* 22-4, pág. 213 y sigs., pág. 217 y sigs.; DE MONTALVO, *Límites a la autonomía de la voluntad…,* cit., *passim.*

[94] Cfr. CHUECA RODRÍGUEZ, R., *Los derechos fundamentales…* (2008), cit., págs. 9-10.

[95] Enumeración inspirada en el artículo 20 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de Extremadura. Cfr. ABELLÁN-GARCÍA, *op. cit.,* págs. 117 y sigs.

3. Respetar lo dispuesto por el paciente en el documento, con las limitaciones legales. Y aquí este autor introduce algún apunte acerca del difícil asunto de las *consecuencias jurídicas del incumplimiento*. Señala, citando a GÓMEZ TOMILLO, que «para algún autor la desatención de las instrucciones puede ser sancionada jurídico-penalmente como comportamiento subsumible bajo la rúbrica del delito contra la integridad moral, dado su carácter vinculante para el médico. Serían los casos de imposición de un tratamiento médico (por ejemplo de tipo paliativo) no consentido, o la omisión de un cuidado paliativo indicado y deseado por el paciente».

   Ahora bien, como muestra de lo resbaladizo de este terreno y con un razonamiento algo confuso (aunque puede intuirse su sentido), ABELLÁN-GARCÍA considera improbable imaginar en la práctica que el médico pueda «incurrir en responsabilidades penales derivadas de la muerte del paciente por incumplimiento de las instrucciones previas», pues, desde la perspectiva de la causalidad jurídica, «si el enfermo se termina muriendo la razón de ello no habría sido el incumplimiento de instrucciones previas sino su grave enfermedad (que ya tenía)»[96]. Y es interesante lo que indica a continuación: «por el contrario, si el paciente se reanima y vive no podríamos hablar entonces de resultado antijurídico desde el punto de vista penal»[97].

   Por lo tanto, en opinión de este especialista, si finalmente el paciente vive, no importa que el médico haya incumplido las instrucciones previas, aunque ello haya podido suponer molestias, dolores y gastos, acaso porque la conservación del bien superior de la vida compensa esos inconvenientes. Otra cosa sería que pudiera acreditarse con verosimilitud que el paciente ha podido conservar la vida igualmente con un tratamiento alternativo y aún con el mismo utilizado, pero habiéndose producido un incumplimiento que suponga invasión inconsentida, dolores e incomodidades innecesarias: pienso que volveríamos a la posibilidad de imponer una sanción, incluso penal…

   Y retorna ABELLÁN a la idea de sanción (obviando la penal), cuando concluye: «A pesar de lo anterior, en los casos más extremos de encarnizamiento terapéutico con un enfermo, o de desprecio absoluto e injustificado a su voluntad manifestada previamente, contraviniendo abiertamente en cualquiera de los dos supuestos las instrucciones

---

[96] Ahora bien, si las instrucciones solicitaran la aplicación de determinado tratamiento y el médico fuera negligente o doloso en no aplicarlo, máxime si está indicado, por supuesto que hay responsabilidad penal, que se superpone a la derivada del incumplimiento: incluso por homicidio.

[97] Vid. SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN, *Derechos del médico en la relación clínica,* Granada, Comares, 2006, págs. 111-113.

previas (…) no es desde luego descartable que el profesional sanitario incurra en responsabilidad disciplinaria y administrativa; y, además, en responsabilidad civil por daño moral (derivado de la falta de respeto a su autonomía como paciente), acción esta última que habrían de ejercitar, lógicamente, los herederos del paciente en el caso de que hubiera fallecido este último». Volveremos más adelante sobre este punto. Pero apreciamos en esta explicación las sutilezas y dificultades del asunto.

Continuemos con las obligaciones que para el facultativo implica la existencia de Voluntades anticipadas:

4. «Razonar por escrito en la historia clínica la decisión final que se adopte en relación a las instrucciones que incorpore el documento» (especialmente si se trata de su no aplicación, por la concurrencia de causa que lo justifique, conforme al art. 11.3 de la Ley 41/2002).
5. «Informar a los pacientes del carácter y finalidad del documento de voluntades anticipadas, y ayudarle en la redacción del mismo de forma expositiva». Este es un asunto también resbaladizo. En materia de consentimiento informado, el acento se pone desde un principio en la información que el facultativo ha de proporcionar al paciente sobre lo que se propone hacer y las alternativas admisibles, habiendo desarrollado el Tribunal Supremo una doctrina acerca de sus características y extremos que debe comprender. Luego, el paciente asiente o no, y el médico actuará en consecuencia. Como es lógico, desde esta óptica el déficit informativo adquiere particular relevancia. Por el contrario, en voluntades anticipadas, si bien muchas veces la redacción del documento vendrá como consecuencia de una labor informativa previa por parte de los servicios de salud (tarea de incentivo y asesoramiento en que las normativas sanitarias insisten cada vez más), y aunque la intervención de notario, testigos y/o funcionario puede contribuir a una cierta ponderación reflexiva, una cosa es que se afirmen una y otra vez los genéricos deberes de los servicios sanitarios en la atención informativa, y otra ponerse a definir concretamente qué *requisitos informativos* puede tener la elaboración del Documento para ser eficaz, y cómo construir una hipotética eficacia negativa del déficit informativo. Se trata de una diferencia más entre consentimiento informado y voluntades anticipadas, instrumentos distintos en el mismo ámbito del juego de la voluntad del paciente, y a lo más que se puede llegar en este asunto, hoy por hoy, es a una referencia general, como hacen algunos autores, a la utilización de la teoría de los vicios del consentimiento.
6. Aconsejar a los pacientes la actualización del contenido del documento, cuando aparezcan posibilidades médicas que el enfermo no hubiera

previsto». En nuestro derecho (a diferencia de otros ordenamientos) no existe una regla de actualización obligatoria del documento.

Ahora bien, lo escrito en el Documento va a pasar por filtros que determinarán qué de lo literalmente expresado se convierte en voluntad actuante y actuada. Puede suceder que las decisiones a tomar difieran de lo allí manifestado. Los *límites* de aplicación de las voluntades anticipadas, según la Ley básica, van a ser su adecuación al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* y a la situación concreta actual[98]. Estos tres condicionantes interactúan entre sí, y a su vez inciden en una cuestión que no sólo es previa a la confrontación con los límites, sino que coexiste y se mezcla con esta operación de contraste: la interpretación del documento.

Si se concluyera que lo expresado en el documento no puede ser eficaz en sus propios términos, no significa que el interesado no vaya a tener la mejor atención, aplicando los criterios generales de la actividad asistencial y recogiendo en todo lo posible, interpretada y adaptada, su voluntad, tanto la que plasmó en el documento como la que pueda inferirse de sus valores, comportamiento y opiniones. Labor en que el equipo médico ha de contar con el consentimiento informado por sustitución, tomando las decisiones consensuadas, en primer término, con el representante designado en el documento, y si no lo hay, con quienes ostentan la legitimación para prestarlo.

El límite del ordenamiento descarta que el testamento vital se convierta en justificación de actuaciones contrarias a la Ley, como es lógico. Pero ¿qué sucede con el impuesto por la *lex artis*[99] (buena práctica clínica, según algunas normativas)? Su inclusión fue criticada en la discusión parlamentaria por entender que su operatividad se confunde con la del propio ordenamiento jurídico, en cuanto éste prohíbe ciertas conductas, o bien la tiene en cuenta para apreciar la responsabilidad en el acto médico. Pero fuera de ahí, todo lo que sea solicitar una abstención, pasividad, aunque la intervención estuviera indicada, o la renuncia al tratamiento haya de tener un resultado fatal, estaría amparado por el derecho[100]. Mejor sería entonces, indica SEOANE, entender el

---

[98] Vid. artículo 11.3 de la Ley 41/2002; sustancialmente igual, con alguna precisión o matiz, en la normativa autonómica.

[99] La *lex artis (ad hoc)* «consiste en la forma correcta de actuar por parte de un profesional atendiendo a las circunstancias que se le presentan de disponibilidad de tiempo, medios, lugar donde se encuentra, etc.» (cfr. ABELLÁN-GARCÍA, *op. cit.,* pág. 137, nota 71). Para nuestra temática hemos de tener presente el Código de Deontología de la Organización Médica Colegial (versión 2011), especialmente el artículo 36.

[100] Cfr. artículos 2.4 y 8.5 de la Ley 41/2002, y, por ejemplo, artículo 2.4 de la Ley 7/2002 del País Vasco. Sin embargo, en línea con el Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, la senadora GÁMEZ MATA justificó su inclusión porque «podrían darse ciertas instrucciones previas que, sin ser contrarias al ordenamiento jurídico, fueran extravagantes o excéntricas. Entendemos que no debemos permitir que esto ocurra, y ello quedaría salvaguardado con la

límite como *contraindicación*, a la que se refiere alguna normativa autonómica, que juega para conductas positivas, intervenciones «que el profesional no debe indicar ni realizar, aunque sea a petición del paciente». Una versión de la *lex artis* de carácter técnico, no tanto *deontológico*[101]; si bien, añade SEOANE, sí se introduce en ella la dimensión ética, en cuanto ésta incluye precisamente el respeto a la autonomía del paciente, lo que desemboca en aquél control de intervenciones y *modus operandi* a evitar, nunca en confrontar con el límite una solicitud de abstención[102].

Esta visión, así planteada, refleja el sentir de un amplio sector de la doctrina[103]. Ahora bien, de entrada, hay que combinarla con el apunte que justificó la introducción de este límite, en la línea con el Informe explicativo del Convenio de Oviedo, en relación con una interpretación afinada de lo que el otorgante realmente hubiera querido rehusar, teniendo en cuenta su habitual condición de lego en medicina, y la eventual aparición de nuevas evidencias científicas y técnicas clínicas. Y por otra parte, vamos a ensayar recoger algún punto de vista que, o bien se opone frontalmente a aquella visión, o bien pudiera tender a matizarla.

En el primer caso, habría que situar a quienes, como SILVA SÁNCHEZ, juzgan que, mientras para la voluntad actual de paciente competente es aplicable tal doctrina, no ocurriría lo mismo con las instrucciones previas, que por constituir voluntad prospectiva, estarían sujetas a una especial confrontación con (toda) la *lex artis*: también una solicitud de abstención habría de descartarse «si el contenido del documento va más allá de las prescripciones de la *lex artis* médica sobre omisión de tratamiento». Así se resolvería cuando «un paciente inconsciente en situación de riesgo vital (…) hubiera rechazado todo tratamiento en situación de inconsciencia, o lo rechazara para determinadas circunstancias» siendo así que en el caso en cuestión no pudiera «afirmarse bajo ningún concepto que el tratamiento rechazado supusiera un mero aplazamiento de la muerte o prolongación artificial de la vida». Por ejemplo, a quien dejó establecido que no desea bajo ningún concepto una reanimación, y se encuentra inconsciente

---

referencia a la *lex artis*, que es el código de conducta de los médicos, un código no escrito que impediría excentricidades o extravagancias en las últimas voluntades». Cfr. BOCG, *Diario de Sesiones del Senado,* 2002, VII Legislatura, Pleno n. 106 de 23/10/2002, pág. 6397 y sigs., espec. pág. 6404.

[101] Por eso critica SEOANE especialmente las referencias de la normativa a la «ética profesional» (Madrid), y a la «ética médica» (Aragón).

[102] Cfr. SEOANE, *Derecho e instrucciones previas…,* cit., pág. 24.

[103] «Las demandas de limitación o abstinencia de tratamiento deberían respetarse siempre, pues la abstención de tratar no se puede objetar ni se puede invocar la «buena práctica» o la *lex artis* como excusa para no seguir una limitación de tratamiento, porque no se puede imponer un tratamiento en contra de la voluntad. De hecho la limitación del tratamiento es la razón de ser del DVA». Cfr. BUSQUETS FONT, J. M., «Las voluntades anticipadas en Cataluña», en *Instrucciones previas en España* (2008) cit., pág. 187 y sigs., pág. 195.

después de un accidente, habría que practicar la reanimación[104]. Muchos autores reflexionan acerca de este último tipo de supuestos[105].

Antes de seguir sobre ellos, y con carácter general, no estaría de más una última observación, en el contexto de la contraposición entre la posición, que parece hoy mayoritaria, de SEOANE y la observación de SILVA. Plantearse si efectivamente todo comportamiento de abstención del facultativo queda cubierto bajo el manto de la autonomía del paciente, o aún pudiera haber solicitudes de abstención donde, atendiendo a especiales circunstancias, cupiera considerar que el designio de morir cualifica de tal forma la pasividad solicitada que el médico debe rehusar la petición, o al menos no está obligado a atenderla. Si bien, aparte de tratarse de casos muy de laboratorio, aunque en la doctrina penal se sigue discutiendo acerca de las modalidades omisivas de cooperación al suicidio, este tipo de razonamiento parece hoy de compleja viabilidad[106]. Pero enlazando con este tema, y cara a sopesar la actitud que debe o puede tomar el médico frente a ciertas instrucciones, viene a la mente la discusión doctrinal acerca de si ciertos comportamientos (retirar un respirador, una sonda, etc…) constituyen acción u omisión[107]. Autorizadas voces, como la de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, se decantan por la primera opción al menos en ciertos casos, si bien parece que la tendencia general es considerar el supuesto, contemplado globalmente, como de abstención u omisivo[108]. Encuentro razo-

---

[104] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.,* págs. 1, 5-6 y nota 32.

[105] «Tendría que distinguirse, a su vez, si las voluntades anticipadas son para situaciones irreversibles o para situaciones concretas de reversibilidad, pues no es lo mismo el uso de un respirador en un paciente terminal de cáncer que en una persona que ha sufrido un accidente de tráfico y se le puede salvar la vida empleándolo unos días». Cfr. MARCOS DEL CANO, *op. cit.,* pág. 25; parecida reflexión en CARBONELL CRESPÍ, *op. cit.,* pág. 102, citando a NAVARRO MICHEL, M., «El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado "testamento vital")», en *La Notaría,* 2003-2, pág. 19 y sigs.; y en GIL, *op. cit.,* págs. 4, 9-10.

[106] A la vista de la doctrina que presenta, por todos, ROMEO CASABONA, *Decisiones...,* cit., pág. 213 y sigs., y doctrina allí citada (v.gr., TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal* (art. 143), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 77 y sigs.). Vid., sin embargo, los autores citados en su nota 24 (por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, «La intervención omisiva en el suicidio de un tercero», en *AP,* 1998, pág. 906 y sigs.). Pensemos en el caso extremo de una persona que manifieste su inequívoca intención de suicidarse y deja dispuesto que, en caso de fracasar en su intento, rechaza todo auxilio médico.

[107] Vid. sintética referencia de la discusión en URRUELA MORA y ROMEO MALANDA, «Tendencias actuales en la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en *Revista de Derecho Penal,* 2011, núm. 34, págs. 35-74, pág. 67, nota 39; también ALONSO ÁLAMO, «La eutanasia hoy…», en *Aspectos médicos y jurídicos...* (2008), págs. 243 y sigs., págs. 279-280; y en el mismo volumen ROMEO CASABONA, *op. cit.,* pág. 232; y las observaciones de SANZ MORÁN, *La eutanasia: algunas consideraciones de política legislativa,* pág. 306 y sigs., pág. 315 y sigs.

[108] Vid., por todos, ROMEO CASABONA, *ibídem*, espec., pág. 232. Y el comentario de CHUECA RODRÍGUEZ respecto de jurisprudencia alemana en *El poder de disposición...* (Procura, n. 1, 2011), cit., págs. 48-49.

nable esta última perspectiva, más allá de una contemplación naturalista del acto (y, como apuntó ESER, evita plantear soluciones alternativas teñidas de cierto cinismo). Ahora bien, acaso en este tipo de supuestos el facultativo que rehúse retirar, por ejemplo, el ventilador, va a tener a su favor la incerteza en este asunto, y acaso cupiera plantear que para la calificación del supuesto no sólo haya que alejarse del análisis naturalista del comportamiento, sino que intervenga el contexto en que se mueve[109]: omisión, en el de evitación del encarnizamiento terapéutico, o incluso en el caso en que el paciente hubiera dispuesto que, transcurrido cierto tiempo prudencial, se le retire el respirador; acción, en otros contextos…

Volviendo al hilo central de nuestro argumento, cabe enfrentarse a aquellos casos de que hablábamos (aplicación de las instrucciones en supuestos de reversibilidad), de dos formas, desde el punto de vista de los límites: entender, con DE MONTALVO, en una postura cercana a la de SILVA SÁNCHEZ, y a la que parece inclinarse GIL, evocando esos contextos de los que hablábamos, que las solicitudes en instrucciones previas adquieren todo su vigor en situaciones caracterizadas por dos notas: la terminalidad y la futilidad. En la medida en que nos alejemos de tal contexto, entraría en juego la *lex artis* como límite para modular o rehusar una solicitud de abstención.

Otros autores, como SÁNCHEZ-CARO, NAVARRO MICHEL, REQUERO o el propio GIL, parecen anudar aquí el límite de la *lex artis* con el juego del tercer límite (desfase de lo previsto en las instrucciones respecto a la situación actual, contemplada globalmente y en relación con las posibilidades de la medicina), y con la interpretación[110]. Nada podría oponerse a la solicitud de abstención si resulta clara y terminante (en esto se diferencia esta solución de la anterior), pero sí cabe obviarla en estos casos si hay duda, a través de una interpretación a favor de la conservación de la vida; y por supuesto hay que evitar una analogía *contra vita* en la interpretación y aplicación de las voluntades anticipadas. En la medida en que puede ser difícil que exista una correlación perfecta entre las instrucciones y el caso planteado, el médico conserva una cierta libertad en estos casos, para decidir en beneficio del paciente; pero no tan decisiva como en la opción anterior.

Hemos de decir, por último, que la tarea interpretativa del testamento vital, entrelazada con la consideración de sus límites (lo que se decida puede resultar de una interpretación aplicativa del documento, o de una decisión de sustitución, constatada la inaplicabilidad del mismo, en que también se tiene

---

[109] Distinciones de este tipo (si bien no coincidentes con las que apunto en el texto) plantean autores como TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio…,* cit., pág. 113 y sigs.; vid. ALONSO ÁLAMO, *ibídem;* y otros citados por ROMEO CASABONA, *ibídem*. Se trataría de un razonamiento como el que muestra CHUECA RODRÍGUEZ, pero enfocado en sentido distinto.

[110] Vid. el epígrafe «desfases e interpretación», de REQUERO IBÁÑEZ, *op. cit.,* pág. 13 y sigs.

en cuenta para atenderla en lo posible la voluntad del otorgante), no se resuelve sin más en estar pendientes de lo que indique el representante; el equipo médico también interpreta y valora, ofrece las alternativas y en este sentido su diagnóstico de la situación, explica MARCOS DEL CANO, sigue constituyendo el eje de las decisiones[111]. Ahora bien, tiene como interlocutor (igual que con un paciente competente el médico presenta las alternativas y espera respuesta), al representante. Y obviamente éste contribuirá, según su leal saber y entender, a que la interpretación que se haga refleje todo lo que sea posible la auténtica voluntad del paciente y velará por su cumplimiento (cuando los límites legales lo admitan). De todo esto no podemos ocuparnos por extenso, pero sí apuntar las dificultades en que se puede encontrar el médico responsable, tanto porque acaso haya de ocuparse de valoraciones que trascienden de lo estrictamente asistencial, como porque, explica algún autor, puede encontrarse entre la espada y la pared, temiendo una reclamación judicial tanto si actúa en un sentido como en el contrario[112]. Este problema lo puede plantear en algún caso concreto la discrepancia entre médico, representante y familiares.

En los casos controvertidos el médico se servirá, si la urgencia no lo impide, del asesoramiento del Comité de Ética Asistencial[113]. Y si aún habiendo

---

[111] «En cualquier caso, el pivote sobre el que gira la decisión es el diagnóstico médico, que vinculará en cierto modo las decisiones». Cfr. MARCOS DEL CANO, *Voluntades anticipadas,* cit., pág. 16. Y SANCHO GARGALLO afirma que el representante no puede suplir la voluntad del otorgante ni tampoco sustituir a los médicos «en la interpretación y aplicación de las instrucciones previas», *op. cit.,* pág. 223 y sigs.; también MOREO ARIZA, *op. cit.,* pág. 18 (contra, VILLAR ABAD, G., «La regulación de las instrucciones previas en la Ley 41/2002», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica,* Madrid, 2004, pág. 339). En lo relativo a las posibilidades actuales de la medicina, desfase con el caso planteado, *lex artis,* etc., y su contraste con la voluntad incorporada al documento, el médico mantiene su espacio de valoración y decisión. Aunque la normativa parece alejarle de la toma de decisiones, hemos de hacer de ella una interpretación realista. Vid.. ABELLÁN SALORT, *op. cit.,* pág. 46. El otorgante, pero también el representante, puede ser un lego en cuestiones clínicas. No es descabellado pensar que la opinión del representante va a tener, en ocasiones, distinto peso, según se trate o no también de un médico.

[112] Vid., sobre estas dificultades, por todos, TUR FAÚNDEZ, *El documento…,* cit., págs. 4881-4883; y las referencias a estos problemas en los estudios de MOSCOSO TORRES, GIL, QUIJADA GONZÁLEZ, LARIOS RISCO, REQUERO IBÁÑEZ, etc.

[113] Tanto la legislación como la doctrina confieren a los Comités de ética un carácter sólo consultivo. Cfr. ROMEO CASABONA, *Decisiones…,* cit., pág. 219; MARCOS DEL CANO, *op. cit.,* págs. 16-18; QUIJADA GONZÁLEZ, *op. cit.,* pág. 381. Hay que indicar que, únicamente, en Aragón, se instaura por el Decreto 100/2003 (art. 5) una Comisión de valoraciones, a la que parece corresponder una revisión inicial de la aplicabilidad del documento, y cuya relación con equipo médico y comité de ética no termina de estar claro. Vid. OLIVÁN DEL CACHO, *op. cit.,* pág. 140 y sigs.; CARBONELL CRESPÍ, *op. cit.,* págs. 191-192. Y no parece que la inscripción en los registros, tal como se configura nuestro sistema, pueda considerarse momento adecuado para efectuar un control previo de la legalidad del contenido. Con independencia de tal consideración, y respecto al tema, discutido en la doctrina, de si una instrucción contraria al ordenamiento invalida el documento mismo, la STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 16 de abril de 2012, entiende injustificada la denegación de

sopesado las circunstancias y realizadas las consultas pertinentes, persistiera el conflicto, alguna legislación alude a la posible mediación por parte de dicho Comité[114]; y de forma aislada, en Murcia, el Decreto 80/2005 señala en su artículo 6 que decidirá la Dirección del centro sanitario, consultado aquél; la mayoría de las normativas, sin embargo, partiendo de la garantía general que ofrecen los servicios de salud del cumplimiento de las instrucciones, parecen dejar la apreciación de los términos y límites del mismo al médico responsable. Por eso, puede ser conveniente solicitar del juez de guardia el permiso y confirmación para la intervención de que se trate[115]. Y en este contexto, adquiere importancia la posibilidad de objeción de conciencia del profesional, que le libera de seguir indicaciones que le supongan un grave conflicto personal (estamos pensando, insisto, en supuestos dudosos y difíciles, que acaso rara vez acaecerán).

Efectivamente, si por la rotundidad con que unas instrucciones estén redactadas, y aún entendiendo un facultativo que debiera jugar el límite de la *lex artis*, le asalta el temor a una ulterior reclamación de responsabilidad, o la Dirección del Centro, ante el requerimiento del representante, impusiera, por ejemplo, la retirada de un soporte vital, o incluso el juez ordenara el cumplimiento a rajatabla de cierta disposición, el médico debe poder acogerse a la objeción de conciencia[116]. Son varias las legislaciones autonómicas que recogen esta posibilidad, sin concretar más, e indicando que no ha de ser obstáculo para la normal prestación de los servicios sanitarios. En este punto, en la doctrina hay quien, como SEOANE, propugna una visión muy restrictiva de su posible juego[117]. Entre otras razones, por entender que con los límites legales (como se dijo en la discusión parlamentaria de la Ley 41/2002) basta para que cualquier médico se sienta razonablemente cómodo aplicando las instrucciones, lo cual pudiera parecer reduccionista. Y también por la falta de la necesaria delimitación de los casos concretos en que jugaría la objeción. Aunque el argumento fuerte seguramente tenga que ver, como en lo relativo a la *lex artis*, con la no pertinencia de la objeción cuando lo que se solicita del médico es una actitud

---

inscripción de un documento por incluir una solicitud de eutanasia condicionada a su eventual validez en el momento de aplicación.

[114] Artículo 8.2 de la Ley 9/2005 de La Rioja. Cfr. BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* pág. 200, nota 274.

[115] Vid. para el caso distinto, pero cercano, de rechazo de tratamiento por menores de edad y/o sus padres, el *modus operandi* sugerido por la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado.

[116] Vid. la Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Sobre esta objeción de conciencia, ABELLÁN-GARCÍA, *Estudio jurídico…,* cit., pág. 146 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* págs. 252-253; TALAVERA FERNÁNDEZ, P., *Objeción de conciencia y voluntades anticipadas,* disponible *on line:* www.san.gva.es/cas/prof/bioetica/docs/prot.PedroTalaveraFernandez.

[117] Vid. SEOANE, «El perímetro de la objeción de conciencia médica», en *InDret,* 4/2009; COUCEIRO y SEOANE, «La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado» (I), en *Revista de Calidad Asistencial,* 26-3, 2011, págs. 188-193.

pasiva, de abstención, no tanto una actuación. Sin embargo, no parece imposible identificar y prever de modo preciso alguno de estos supuestos, seguramente cuando se pretende imponer al facultativo un determinado *modus operandi*, y probablemente también entre aquellos en que se plantea proceder a la retirada de un determinado cuidado o soporte vital, en definitiva, aquellos sobre los que gravitan las dudas y reservas a que hemos aludido en relación con los límites de las instrucciones previas[118].

Respecto a las responsabilidades en que puede incurrir el facultativo en caso de incumplimiento de las instrucciones, como apuntamos más arriba, no es asunto fácil y son escasos los puntos de referencia jurisprudenciales. ¿Con qué se puede encontrar un médico? Las responsabilidades pueden ser penales, administrativas y civil por daños. Ahora bien, parece que sólo en los casos más evidentes, de flagrante desatención a las instrucciones y requerimientos del representante, van a desplegarse con toda su virtualidad. Más complicados son los casos, dudosos, en que puede intervenir una interpretación que admita diversas variantes, y en que el facultativo hace constar en la historia clínica razones de cierto peso para justificar una adaptación o incumplimiento de algún extremo de las instrucciones, y es objeto después de una reclamación de responsabilidad.

Desde el punto de vista penal, la doctrina plantea el posible encuadramiento de lo que acaezca, o bien en el delito de lesiones (art. 147 y sigs.), en el de coacción (art. 172 CP) o, como apunta Gómez Tomillo, en los delitos contra la integridad moral (arts. 173 y sigs. CP)[119]. Si bien, como explican Silva y Gómez Tomillo[120], vamos a encontrarnos problemas de tipificación (por razones como la ausencia de voluntad contradictoria *actual* del paciente, o si no cabe apreciar particulares daños, etc.)[121]. Y puede concurrir, si no causa de justificación en

---

[118] Tomás-Valiente Lanuza, que adopta una posición menos restrictiva, ofrece al menos algún interesante ejemplo cuando se trata de imponer al facultativo la realización de una intervención positiva en condiciones que le resulten inaceptables. Cfr. *Nuevas y viejas formas de paternalismo…,* cit., págs. 68-70. Vid. también, Larios Risco, «Libertad de conciencia y atención sanitaria en el final de la vida», en *Libertad de conciencia y salud. Guía de casos prácticos,* Comares, Granada, 2008, pág. 136 y sigs.

[119] Aparte de posibles variantes de homicidio, si el resultado de muerte conecta con una actuación médica no consentida. Vid. por todos, Gómez Tomillo, «Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta», en *La Ley,* 6300, 21 de junio de 2005; y «Tratamiento y límites jurídicos penales de la eutanasia activa indirecta. El derecho a no sufrir», en *Aspectos médicos y jurídicos del dolor…,* cit., pág. 179 y sigs., espec. pág. 195 y sigs. Y, en el mismo volumen, Romeo Casabona, *Decisiones ante la proximidad de la muerte…,* cit., y doctrina allí citada.

[120] Pues no existe en nuestro derecho un delito de tratamiento médico arbitrario o coactivo. Cfr. Silva Sánchez, *op. cit.,* nota 33; Gómez Tomillo, *Tratamiento y límites…,* cit., pág. 196.

[121] Los casos reales en que se plantean responsabilidades penales de este tipo, apuntan Urruela Mora y Romeo Malanda, son extraordinariamente escasos. Cfr., *op. cit.,* pág. 59 y sigs.

la actuación médica, sí al menos estado de necesidad disculpante[122]. Pero la absolución penal no impediría otro tipo de responsabilidades. En cuanto a las disciplinarias, también aquí es relevante que la decisión del facultativo vaya frontalmente en contra de sus deberes de atención a la autonomía del paciente, y acaso con desatención a las indicaciones de la dirección del centro sanitario, sin haber optado por la vía de la objeción.

La responsabilidad civil por daños es una temática aún por delimitar[123]. Recientemente, DE MONTALVO ha planteado sus dificultades[124]. En los ya célebres Autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 2004 y 2005, el fallo se limita a reconocer la razón que asistía al testigo de Jehová y que la autorización por el juez de Instancia de una transfusión de sangre no era ajustada a Derecho, pero sin extraer de ello más consecuencias[125]. Hay quien explica que con esta base pudiera haberse reclamado, en otro procedimiento, una indemnización del daño moral[126]. Pero… ¿A quién correspondería indemnizar? El facultativo solicitó permiso para actuar a la autoridad judicial, y éste le fue concedido…

DE MONTALVO sugiere imaginar diversos escenarios, y concluye resaltando lo nebuloso de esta materia. Parece lógico pensar que en muchos casos, pueden ser trasplantables al supuesto los criterios por los que la Jurisprudencia viene concediendo indemnizaciones en caso de daños en intervenciones realizadas sin suficiente consentimiento informado, si bien se trata de una jurisprudencia compleja y confusa[127]. Hace falta para ello que quepa identificar un daño físico relevante, vinculado al simple daño moral, y que pueda sobreponerse al beneficio ínsito en el mantenimiento de la vida, si tal es el caso. Si en contra de instrucciones y manifestación del representante, se opta por una intervención que aparecería sólo como una más entre las opciones posibles, que poco puede ofrecer en términos de mantenimiento y calidad de la vida, o directamente calificable como encarnecimiento terapéutico, y resulta el paciente vivo pero en condiciones precarias, parece claro que cabrá imponer una importante indemnización. Caso

---

[122] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ibídem*, pág. 5 y nota 29.

[123] Parece lógico pensar que si la ley está imponiendo al médico una obligación de respeto del testamento vital, y su observancia forma además parte de la *lex artis,* su incumplimiento ha de tener consecuencias indemnizatorias. Lo reconocen autores como REQUERO IBÁÑEZ, TUR FAÚNDEZ, ABELLÁN-GARCÍA, etc. Vid. BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* pág. 257.

[124] Me sirvo en esta parte de la exposición de la reflexión de DE MONTALVO en su Ponencia «Decisiones al final de la vida y responsabilidad civil de los profesionales sanitarios», en *Congreso Multidisciplinar sobre Testamento Vital,* Las Palmas de Gran Canaria, octubre de 2012, presentación y audiovisual en Testamentovital.wordpress.com.

[125] AAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 22 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004/308812), y 18 de marzo de 2005 *(JUR* 2005/196739). Vid. BERROCAL LANZAROT, *op. cit.,* págs. 420 y sigs.; ABELLÁN-GARCÍA, *op. cit.,* págs. 148 y sigs.

[126] Cfr. ABELLÁN-GARCÍA, *ibídem*, pág. 150.

[127] La doctrina que comenta esta jurisprudencia en tema de responsabilidad médica por ausencia o deficiente consentimiento informado es abudante. Vid. por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario…,* cit., pág. 309 y sigs., y allí, más referencias.

distinto sería, quizá, que la intervención a la que se opone un representante, interpretando unas instrucciones, resulte indicada y ofrezca posibilidades ciertas de recuperación, con una razonable calidad de vida. ¿Qué sucederá si realizada conforme a *lex artis*, con la diligencia adecuada, salva la vida del paciente pero le acarrea severas secuelas, incluibles, por más que poco probables, en los hipotéticos riesgos de la intervención, y atribuibles también a la grave patología de partida? ¿La desatención de las instrucciones imputaría directamente todo el daño, tendría los mismos efectos indemnizatorios que en el supuesto anterior? Hay que examinar aquí si hay *incumplimiento*, o por el contrario se juzga justificado haber hecho caso omiso o una adaptación de las instrucciones, por el juego de límites e interpretación. Y si se juzga responsable al facultativo, por cuanto ignoró el derecho del paciente de rechazo del tratamiento, hasta dónde alcanza la indemnización. ¿La duda más o menos razonable acerca de si debe cumplir una voluntad prospectiva o una decisión del representante, le sitúa en mejor posición que si directamente hubiera desatendido una voluntad actual del paciente? ¿Puede esperar una reducción de la indemnización, vinculada más al incumplimiento de la voluntad del paciente, y menos a la causalidad respecto de las secuelas de la intervención?

Otro caso que cabe plantear es que el paciente muere, efectivamente, como consecuencia de su grave enfermedad, pero más tarde de lo previsible si se hubieran cumplido las instrucciones, produciéndose en el *interim* especiales sufrimientos, gastos y molestias. ¿Puede considerarse en algún caso justificada cierta dilación del proceso, por razón de un facultativo que desea apurar las posibilidades de recuperación? En estos casos, una vez fallecido el paciente, se plantean problemas de legitimación, pero cabe sostener que pudiera prosperar una acción indemnizatoria ejercitada por los herederos «si fuera obvio que el ya finado la hubiera ejercitado». Planteará problemas la apreciación y valoración de los conceptos a indemnizar. Si sólo se trata de compensar un mayor gasto injustificado, será más fácil que prospere la acción y la valoración.

7. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Un aspecto en que insistir antes de concluir es la relación que existe entre el documento de instrucciones previas y lo que viene denominándose *planificación anticipada de la atención*[128] al final de la vida, concepto general y más amplio, y en que la doctrina especializada identifica la reflexión y el diálogo médico/paciente (y paciente/representante) como esencial: no obtendría los beneficios que se presupone la utilización del documento desligado de este clima relacio-

[128] Vid. la bibliografía presentada por SEOANE (2011), pág. 16.

nal. Sobre este punto cabe hacer multitud de consideraciones, comenzando por el escaso tiempo que existe a veces en el ámbito asistencial para el diálogo, y la reticencia de pacientes y allegados a hablar abiertamente de la muerte, y más aún con cierta anticipación: es significativo que en algún trabajo de campo realizado sobre este asunto, los encuestados admitían en un tanto por ciento muy elevado un teórico interés en la formulación de voluntades previas, y sin embargo, a la pregunta de si estarían dispuestos a redactarlas próximamente, a muchos menos interesaba, dejándolas casi la mayoría para un incierto futuro[129]. Por otra parte, se ha revelado en la experiencia norteamericana que muchos que las habían realizado, al ingresar luego en el hospital, deseaban revocarlas. Es importante tener en cuenta la evolución psicológica que suelen tener las personas cuando lo que era abstracto y más o menos lejano (aunque fuera previsible) se convierte en cercanía e inmediatez de la enfermedad, la limitación, la dependencia de otros (cuyo apoyo, cercanía y disponibilidad se revela ahora anhelado de una manera nueva) y la muerte, y convendría que nadie quedara prisionero de unas voluntades anticipadas que hubiera querido modificar (tengamos en cuenta además la irreversibilidad de ciertas decisiones, que obliga a ser cautos). Si todo se termina reduciendo a la firma de un documento cuya *obtención*, más que reflejar el interés por y la realidad de una atención cuidadosa del otorgante, deriva del deseo de evitar complicaciones judiciales, puede llegar a convertirse el testamento vital en un *complemento* más de un paciente realmente abandonado[130].

Teniendo esto presente, es interesante reflexionar acerca de los modelos de testamento vital que ofrecen, por ejemplo, los servicios de salud de las Comunidades autónomas. Ciertamente esos modelos, no vinculantes, pueden ser muy útiles si se hace de ellos un uso prudente, en el contexto de ese diálogo del que hablábamos. Pero, como apuntó Tur Faúndez[131], a la vista de esos formularios puede venir a la mente la idea de los *contratos de adhesión*, predispuestos para que el declarante vaya rellenando o ponga una «x» en una serie de casillas,

---

[129] Cfr. Simón Lorda, P.; Tamayo, M. I., Velázquez, M. J. *et alii,* «Conocimientos y actitudes del personal de enfermería acerca de las voluntades anticipadas en dos áreas sanitarias de Andalucía», en *Revista Enfermería Clínica,* 2008, 18, págs. 11 y sigs.: los encuestados, con una valoración abstracta buena del documento, contestaron en un 83 por 100 que «lo harían en algún momento de su vida», pero a la pregunta de si estarían dispuestos a redactarlo durante el año siguiente, la proporción bajó al 51 por 100.

[130] Para reflexionar sobre estos puntos, me remito, por todos, a Seoane (2011), cit., pág. 31, al sugerente artículo de K. Martínez Urionabarrenetxea (2007), cit., págs. 90 y sigs. (si bien en la edición electrónica que manejo, hay un desajuste en la numeración de las notas, no achacable seguramente al autor, que dificulta su utilización); y a De Montalvo, *Muerte digna…* (2009) cit., pág. 191 y sigs.

[131] Tur Faúndez, *op. cit.,* pág. 4882: «Podríamos estar en este supuesto ante una modalidad negocial similar al contrato de adhesión y, por tanto, una problemática también similar a la que el contrato de adhesión genera».

lo que acaso no se compadece del todo bien con la idea de proceso reflexivo, rigurosamente individual a la vez que dialogado, que conduciría a la redacción del documento[132]. Por lo demás, ha observado K. MARTÍNEZ, en su interesante estudio, que muchas veces lo que se responde tiene mucho que ver con el modo en que está formulada una pregunta, y observa, con carácter general, que «elaborar un DVA sin una deliberación entre médico y paciente difícilmente es mejor que no tener un DVA»[133].

Salvo algún apunte general relativo a su importancia[134], poco se ha podido concretar acerca de los posibles test del nivel de información y reflexión del otorgante y su repercusión en la validez y eficacia del documento[135]. No es asunto fácil y quizá es imposible resolverlo de forma plenamente satisfactoria. ¿Cómo organizar las cosas para poder acreditar que lo expresado es fruto de un proceso informado de reflexión? La realidad, hoy por hoy, es que «la regulación del testamento vital no estimula a los pacientes para que discutan con sus médicos el problema del cuidado terminal antes de firmar el documento»[136].

La doctrina especializada insiste en la conveniencia de la asesoría sanitaria[137]. Igualmente se ha indicado «la necesidad de que paciente y sustituto dediquen tiempo a dialogar sobre sus preferencias y escalas de valores para

---

[132] Pensemos que a nadie se le ha ocurrido idear este tipo de formularios para la redacción de un testamento.

[133] Cfr. K. MARTÍNEZ, *op. cit.,* pág. 91. «En un estudio con 201 pacientes de la tercera edad se vio que según el modo de presentación de una intervención médica, un 12 por 100 la aceptaba y un 30 por 100 la rechazaba. Tras una nueva presentación en la que los médicos les explicaron dicha intervención de forma distinta, el 75 por 100 de los enfermos cambió su respuesta. Lo que no hace más que subrayar la importancia de hablar siempre con el paciente. Pero es que, además se ha comprobado que las respuestas que dan los pacientes a las preguntas que se les hacen de cara a rellenar un DVA están influidas en gran medida por la respuesta inherente por defecto en la propia pregunta, lo que cuestiona la supuesta efectividad de los DVA para preservar la autonomía del paciente». Esto «no hace más que subrayar la importancia de hablar siempre con el paciente». *Ibídem,* págs. 95-96.

[134] «El Documento debe ser la culminación de un proceso reflexivo, asesorado». Cfr. Exposición de Motivos de la Ley de La Rioja, n. 5. En esta Ley la idea se plasma en el articulado (art. 3): «…Una vez que el otorgante se ha informado, reflexionado y comunicado sus preferencias de cuidados y tratamientos a su representante y seres queridos…». Pero no deja de ser un *desideratum,* que no se concreta en requisito alguno. En el Documento «Estrategia en Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud» (Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007, pág. 86) se señala como recomendación, que en la historia clínica del paciente deberá existir un apartado específico donde se hará constar el proceso de información al paciente, así como sus deseos expresados en relación con su cuidado, etc.

[135] No sabemos qué información tenía el otorgante. Vid. TUR FAÚNDEZ, *op. cit.,* págs. 4880-4881.

[136] Cfr. SIURANA, J. C., *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria,* Trotta, Madrid, 2005, págs. 98-99.

[137] «La ayuda personalizada de un sanitario parece muy interesante de cara a la calidad de los documentos de voluntades anticipadas». Cfr. K. MARTÍNEZ, *op. cit.,* pág. 94. BUSQUETS FONT, en *Instrucciones previas en España* (2008) cit., pág. 187 y sigs., incluye interesantes consideraciones sobre información en la redacción del documento.

que, llegado el momento, el juicio sustitutivo sea realmente aplicable»[138]. Quizá debiera introducirse algún requisito o trámite que permita asegurar y constatar ese diálogo del otorgante, tanto con un asesor sanitario (por ejemplo, su propio médico de cabecera) como con su representante[139].

En esta misma línea de ideas, conviene dar la importancia que tiene al cambio de opinión, y a una eventual voluntad revocatoria que a lo mejor no se ha llegado a plasmar en un documento formal, pero de la que pudiera haber indicios a los que se ha de estar atento[140]. En relación con esta problemática, en diversas legislaciones se da al documento un plazo de validez, debiendo el interesado confirmarlo cada cierto tiempo para que no caduque[141]. Quizá sea un sistema interesante y adecuado a la naturaleza de la figura que examinamos. Acaso cabría plantear, cara a eventuales ajustes de nuestra legislación, incluir algún inciso o matiz acerca del valor meramente indiciario de un documento firmado por su autor en un momento alejado en el tiempo, salvo renovación reciente, y en una situación personal muy diversa de la actual.

Tanto los análisis de campo realizados desde hace tiempo en Estados Unidos, como los estudios que empiezan a abundar en España[142], muestran una

---

[138] Cfr. Simón y Barrio, *Criterios éticos...* (2006), cit., pág. 307. «Los sustitutos (…) debieran participar directa y activamente en las deliberaciones previas a la redacción de los DVA» (K. Martínez, *op. cit.,* pág. 93).

[139] En un modelo de testamento vital enviado por el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona a los responsables de clínicas y hospitales catalanes, a que alude Tur Faúndez, *op. cit.,* pág. 4875, se propone la designación como representante del médico de cabecera. Quizá fuera conveniente que el médico de cabecera hiciera constar de algún modo (sea o no representante, no cabe obligar a que lo sea), que el documento, a su juicio, ha sido suficientemente meditado, que el otorgante cuenta con el oportuno asesoramiento, y que quien va a ser nombrado representante tiene (al menos, a decir del otorgante) conocimiento de las cuestiones sanitarias y de los objetivos del paciente.

[140] «…Las decisiones más sostenidas son las que se han tomado tras deliberar con el médico. En un estudio, las preferencias sobre tratamientos de soporte vital eran solo moderadamente estables a los dos años, y variaban según el escenario de la enfermedad. Los participantes, sin embargo, no eran conscientes de esos cambios». K. Martínez, *op. cit.,* pág. 95.

[141] En la legislación de California se prevé su renovación cada cinco años, así como en Austria (salvo, en este último caso, que el otorgante hubiera señalado un plazo menor en el documento). En Francia la eficacia del documento se renueva cada tres años. Cfr. Berrocal Lanzarot, *op. cit.,* págs. 260-261.

[142] Vamos contando con un conjunto notable de estudios realizados desde el ámbito clínico y de la bioética asistencial. Señalemos, entre otros muchos: Abad, E.; García, A.; Martínez, S.; Sánchez, R., y Molina, A., «Exploración del fenómeno de la planificación anticipada de decisiones al final de la vida. Visión de los profesionales que cuidan personas mayores», en *Revista Enfermería Clínica,* 2006, 16, págs. 127-136; Simón, P.; Tamayo, M. I.; Velázquez, M. J., *et alii,* «Conocimientos y actitudes del personal de enfermería acerca de las voluntades anticipadas en dos áreas sanitarias de Andalucía», en *Revista Enfermería Clínica,* 2008, 18, págs. 11-17; Nebot, C.; Ortega, B.; Mira, J. y Ortiz, L., «Morir con dignidad. Estudio sobre voluntades anticipadas», en *Gaceta Sanitaria,* 24-6, 2010, págs. 437-445; Molina, J.; Pérez, M.; Herreros, B.; Martín, M. D., y Velasco, M., «Conocimiento y actitudes ante las instrucciones previas entre los pacientes de un hospital público de la Comunidad de Madrid»,

utilización del documento relativamente (allí), o absolutamente (aquí) escasa, y parecen revelar que estará lejos de ser mayoritaria[143]. Entre nosotros, probablemente, las campañas de información y concienciación en esta materia y cierta evolución en la mentalidad tanto del personal sanitario como de la población en general, motivarán un incremento de su empleo. Pero aún así cabe predecir que estaremos lejos de alcanzar el nivel cuantitativo de utilización propio de los Estados Unidos, que aún así, en este país, se sigue considerando por muchos muestra de un auténtico fracaso del sistema[144].

Y no se trata sólo de un problema de información, razones profundas (en parte nos hemos referido a ellas) explican este modesto nivel de implantación. Ahora bien, como apuntáramos al inicio de estas páginas, sólo en la mentalidad radicalmente autonomista norteamericana, si hubiéramos llegado a pensar que todos «debieran» redactar su testamento vital, como si estuviéramos sin él un tanto perdidos y constituyera el quicio basal de la relación médico-paciente al final de la vida, podría considerarse un evidente fracaso que sólo se llegue a utilizar, pongamos por caso, por un 10/15 por 100 de las personas, o de los pacientes con determinadas patologías, o de quienes han alcanzado una cierta edad; fracaso entonces que resultará indicativo de que hay que poner el acento en otros detalles y explorar otros caminos, de lo que se viene ocupando la doctrina norteamericana, pero que para nosotros ha de servir sólo como aviso o toque de atención para no desenfocar nuestra diversa perspectiva. Entre nosotros, a mi modo de ver, ha de prevalecer la idea de que lo realmente importante es

---

en *Revista Clínica Española,* 2011, 211 (9), pág. 450 y sigs.; comentado por Ameneiros, E., Carballada C. y Garrido, J. A., «Reflexiones sobre el documento de instrucciones previas», en *Revista Clínica Española,* 212-8, 2012, págs. 420-421; y respuesta, por Molina *et alii,* en págs. 422-423. Este último estudio muestra que, de las personas encuestadas, una vez informadas (y encontrándose en el hospital), a casi un tercio les gustaría realizar las IP (si bien, en el 42 por 100 de los casos, contestaron familiares directos, interpretando lo que entendían respondería el propio paciente). En Estados Unidos, en condiciones similares, en algunos estudios esta proporción llega por encima del 60 por 100 (pacientes hospitalarios). Ameneiros, Carballada y Garrido, en «Los documentos de Instrucciones Previas y la planificación anticipada de las decisiones sanitarias», en *Galicia Clínica,* 2011, 72-3, pág. 121 y sigs., presentan una tabla de los documentos registrados en España a 1 de enero de 2010 (169,5 por cada 100.000 habitantes).

[143] «…Pese a haber transcurrido varios años desde su incorporación a la sociedad norteamericana, su implantación es aún mínima, bien porque la mayoría de los ciudadanos no quieren hablar acerca de la muerte, o bien porque saben que finalmente acabarán bajo los cuidados de otros. Su conclusión es que no es realista, y ni siquiera deseable, pensar que con un uso más amplio de las voluntades anticipadas, las personas podrán dirigir su propio cuidado». En 2001, el porcentaje de ciudadanos que habían emitido un testamento vital en EEUU era inferior al 25 por 100. Cfr. De Montalvo (2009), cit., pág. 198.

[144] Cfr. Seoane (2011) cit., pág. 29 y bibliografía allí citada. Para las carencias y problemas que plantea el sistema basado en los documentos de voluntades previas en USA, aparte de la bibliografía citada en nota 14, es relevante The President's Council on Bioethics, *Taking Care. Ethical Careving in our aging society,* Washington, 2005, espec. págs. 52 y sigs.

contar con el instrumento para quien desee usarlo, y si tal sucede no tiene por qué constituir un fracaso su limitada utilización. La propia fuerza de las cosas la irá conduciendo a un nivel adecuado, sin necesidad de forzar los procesos.

Por poner un símil, sirviéndonos de un ejemplo, eso sí, alejado de nuestra temática, podemos pensar en el documento de capitulaciones matrimoniales. Sólo el Código de México de 1928 (art. 98) estableció como obligatoria su redacción a la hora del matrimonio. En los países de nuestro entorno, explica CARBONNIER, el legislador da prevalencia a lo pactado en capítulos, pero a la vez toma cartas en el asunto y establece por su cuenta un régimen legal, que responde a «un modelo en el cual la sociedad expresa su ideal en cuanto a las relaciones pecuniarias de los esposos»[145]. Tan importante como tener previsto el valor del documento, es contar con un sistema de reglas y protocolos de actuación por defecto, suficientemente respetuoso con la dignidad y el interés de las personas, regido por la prudencia que debe inspirar cualquier planteamiento y solución del jurista, y en el que se pueda confiar. Planteamiento acorde a nuestro sistema europeo de criterios, y que la práctica concreta demuestra hoy por hoy ajustarse a nuestro modo de pensar y de actuar.

En los Estados Unidos, las deficiencias del sistema de las Instrucciones Previas, han motivado el desarrollo de nuevos instrumentos que contribuyan a precisar el significado de la voluntad del paciente. El denominado *Cuestionario de preferencias de soporte vital* (*LSPQ*) y las *Órdenes médicas para tratamientos de soporte vital (POLST)*[146], tratan de facilitar una mejor formación y expresión y una constatación más precisa de la voluntad del paciente ante diversos escenarios clínicos. En las POLST, propuestas y firmadas luego por el equipo médico en documento de un color llamativo que se incorpora a la historia clínica, si se deja en blanco la correspondiente casilla, se interpreta como deseo del paciente de que se apliquen todos los tratamientos disponibles. Reflejan, por su inmediatez, sencillez y precisión, un interesante esfuerzo para hacer más fácil el diálogo comprensible por y con el paciente, con resultados concretos. Ahora bien, no siempre van a ser utilizables, pues a veces ni siquiera en estas condiciones su realización está al alcance del paciente, ni termina por despejar todas las dudas. Y por otra parte, volvemos a lo mismo, indica SEOANE, «si las POLST son utilizadas como corolario de un proceso de planificación anticipada de la atención responderán a un enfoque comunicativo, producto del diálogo (…). Por el contrario, si se limitan a reemplazar el documento de instrucciones previas

---

[145] Cfr. CARBONNIER, J., *Essais sur les Lois,* 1979, pág. 36. A este respecto, también GARRIDO DE PALMA, «Matrimonio y régimen económico hoy, perspectivas de futuro», en *RDN,* 1985, pág. 117 y sigs.

[146] Sobre estas nuevas propuestas en el contexto de la preocupación profesional por el proceso de planificación anticipada de la atención, vid. SEOANE (2011), cit., págs. 29-31; DE MONTALVO (2009), cit., págs. 201-202. Diversos estudios muestran que allí donde se han implantado, su emisión y aplicación en el ámbito hospitalario es muy superior al testamento vital.

no dejarán de ser otro formulario, más seguro y eficaz que las herramientas jurídicas precedentes, sobre todo para los profesionales, pero inadecuado para superar el enfoque formalista, centrado en el documento»[147].

Y para terminar, permítaseme una observación de carácter dogmático-jurídico. Cuando hablábamos del contenido del documento, aludíamos a la Recomendación CM/Rec(2009)11 del Consejo de Europa, que plantea, como inspiración para las legislaciones, la diferencia entre instrucciones (*instructions*) y deseos (*wishes*), lo que vincula SEOANE a la distinción que propone entre «dos tipos de contenidos normativos en las instrucciones previas»: reglas y principios[148]. Sin embargo, hemos de notar que la expresión *deseos* tiene un distinto perfil que *principios*; esta observación nos llevaría muy lejos, y aquí sin más a concluir con un breve apunte, en el sentido de matizar la calificación de negocio jurídico que muchos asignan a las instrucciones previas[149].

Entre los últimos que ofrecen un desarrollo de este encaje, hemos de citar a FERNÁNDEZ CAMPOS, en su comentario al artículo 50 de la Ley 3/2009 de Murcia[150]. Para este autor, nos encontraríamos ante un *verdadero negocio jurídico civil en el ámbito de la sanidad*, «que supone el reconocimiento de la eficacia de la autonomía privada (…) al regular con arreglo a los intereses de cada sujeto, estos aspectos de la asistencia sanitaria o de las actuaciones médicas relativas a su salud y su integridad física, en definitiva, *concernientes a su vida y a su dignidad*». Y señala como caracteres del mismo contener declaraciones de voluntad unilaterales, no recepticias, personalísimas, de carácter formal y esencialmente revocables, produciendo efectos tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Esta elaboración doctrinal no termina de convencerme plenamente. Cierto que el documento se muestra como un envoltorio de declaraciones de voluntad de diversa naturaleza y alcance, tanto *inter vivos* como *mortis causa*[151], y contiene manifestaciones negociales. Pero aparte de que alguna de las notas

---

[147] En estas propuestas norteamericanas sigue manifestándose esta tensión permanente, esta búsqueda un tanto exasperada y la necesidad de contar a cada momento con una voluntad concreta y constatable del paciente.

[148] Cfr. SEOANE (2011), cit., pág. 28.

[149] Vid., entre otros, TUR FAÚNDEZ, *op. cit.,* págs. 4871-4873; MOREO ARIZA, *op. cit.,* pág. 2270; GALLEGO RIESTRA, *El derecho del paciente…,* cit., pág. 152. Si bien, otros autores pasan un poco como de puntillas sobre este asunto, y hablan simplemente de acto jurídico o de declaración (REQUERO IBÁÑEZ, MOSCOSO TORRES, etc).

[150] Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit., ad.* artículo 50.

[151] No se trata de un contrato ni de un testamento. Puede ser interesante para la reflexión una comparación (contexto, finalidades, realidad en que trata de incidir, repercusión en el entorno de interesados), entre testamento vital y testamento en sentido estricto. En este último, cuando pone en juego su eficacia el otorgante ya no está; y se trata esencialmente del reparto de sus bienes (dominio privado del *decuius,* con sus limitaciones legales en pro de ciertas personas) que, bien mirado, poco interesará ya actualmente al finado (y sí, en cambio, a familiares, etc.). No se plantea conflicto alguno que tenga que ver con su vida (a lo más, con el respeto de su memoria).

indicadas pueden ofrecer dudas (v.gr., el carácter no recepticio), entiendo que existen peculiaridades en la figura que, cuando menos, requerirían matizar bien la construcción, acudiendo a la idea de *negocio sui generis* en el ámbito sanitario (de modo semejante a como hizo en su día la doctrina civilista al elaborar la teoría del «negocio jurídico de derecho de familia», con relación al matrimonio).

No cabe equiparar, me parece, lo que aquí sucede con el negocio jurídico construido por la doctrina generalista del derecho privado, manifestación de la fuerza normativa de la voluntad privada configuradora de relaciones jurídicas, en tema de derechos subjetivos [152]. Aquí, es la Ley la que configura la relación sanitaria, en una serie de aspectos, incluyendo, en consideración a derechos fundamentales, y dando vigor a una obligación del médico de atender a la voluntad del paciente. Es necesario, entonces, abrir cauces para la manifestación de esta voluntad.

La Ley dibuja la relación sanitaria, estableciendo requisitos clave de consentimiento del paciente que se llenan de diversas formas. Determina las obligaciones del personal sanitario conectándolas ordinariamente a la voluntad del paciente [153]. Y fija una especial delimitación del juego de esta voluntad que no existe de igual modo en el ámbito del negocio jurídico privado común; porque no están en juego, sin más, derechos subjetivos, sino derechos de la personalidad [154].

RESUMEN

FINAL DE LA VIDA. INSTRUCCIONES PREVIAS. TESTAMENTO VITAL

Se exponen en este estudio, de entrada, las coordenadas del contexto histórico y conceptual en que se encuadra esta realidad asistencial y jurídica, designada en la legislación española con denominaciones diversas: documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas, testa-

ABSTRACT

END-OF-LIFE. ADVANCE DIRECTIVES. LIVING WILL

The present study primarily sets forth the guidelines of the historical and conceptual context that fits this legal and care reality, designated by the Spanish legislation with different names: advance directive, living will. After a brief review of this legislation, I offer an introductory

[152] Vid., por todos, S. Romano, «Atti e negozi giuridici», en *Frammenti di un dizionario giuridico,* Giuffre, Milano, 1947. Bianca, *Diritto civile 3. Il contratto,* 2.ª ed., 2000, reimpr., Giuffré, Milano, 2002, pág. 17.

[153] «La información y el consentimiento son obligaciones legales como medio de respeto a la autonomía y autodeterminación de los pacientes. Es decir, el consentimiento no es tan sólo el componente del negocio jurídico en el sentido del Derecho Civil, sino que (…) el consentimiento libre e informado es manifestación de un derecho fundamental, y en cuanto tal confiere legitimación al acto médico en todas las proyecciones jurídicas, civiles o penales de dicho acto». Cfr. Parra Lucán, *op. cit.* (2006), pág. 80.

[154] Vid. F. de Castro, «Los llamados derechos de la personalidad», en *ADC,* 1959, pág. 1237 y sigs.

mento vital, etc. Tras una breve reseña de esta legislación con observaciones críticas, ofrezco un examen introductorio de varios aspectos de su régimen jurídico y problemas que plantea: el otorgante y su capacidad, el contenido del documento, con una reflexión relativa a la figura del representante sanitario, y cuestiones relativas a la eficacia y límites del documento. Finalmente se incluyen observaciones acerca de su valor e impacto en el contexto de la denominada planificación anticipada de la atención al final de la vida.

examination of various aspects of its legal regulation, as well as other related problems: the grantor and his capacity, the content of the document with a reflection on the figure of the health representative, and issues according to the effectiveness and limits of the document. Finally, it also includes observations about its value and impact in the context of the so-called advanced care planning at the end of life.

(Trabajo recibido el 5-7-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

Revisión de las principales doctrinas civilistas que impiden la incorporación del *trust* en España

por

ANA CRISTINA GÓMEZ PÉREZ
Catedrática Asociada
Universidad de Puerto Rico

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. PATRIMONIOS *EX LEGE:*
   2.1. Delimitación y origen moderno del concepto «patrimonio»:
      2.1.1. *El patrimonio separado.*
      2.1.2. *Patrimonio separado de afectación.*
      2.1.3. *Patrimonio autónomo sin sujeto titular.*
   2.2. La intervención del Orden Público Económico en la creación de patrimonios separados:
      2.2.1. *Postulaciones doctrinales en torno al concepto de Orden Público y la libertad de pacto en el contexto de creación de patrimonios separados.*
      2.2.2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo v. Dirección General del Registro y el Notariado: Dicotomía en la cuestión de la relación de Orden Público y la autonomía de la voluntad.*
      2.2.3. *La doctrinal moderna en torno al planteamiento de Orden Público como límite a la voluntad contractual.*
   2.4. Revisión del principio *favor creditore*.
3. LA NOCIÓN UNITARIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL:
   3.1. El concepto de propiedad.

3.1.1. *La unidad en el Derecho real de propiedad.*

3.2. ANOMALÍAS EN EL CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD:

3.2.1. *Usufructo con facultad de disposición.*
3.2.2. *Enfiteusis.*
3.2.3. *Multipropiedad.*
3.2.4. *Los fondos bursátiles.*

4. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los temas de mayor estudio en el Derecho moderno es la internacionalización de las instituciones jurídicas. La comparación de soluciones adoptadas por otros sistemas y la posibilidad de incorporarlas en el ordenamiento interno. En ese ámbito se encuentra el *trust,* una institución de impronta anglosajona que por su versatilidad y utilidad se ha ido introduciendo en varios ordenamientos civilistas de Latinoamérica[1] y Europa[2].

En contraste, la doctrina clásica del Derecho Civil español aduce la presencia de cuatro barreras jurídicas que impiden la incorporación del *trust* en España: 1. El *numerus clausus* de Derechos reales. 2. La ausencia de una causa contractual[3]. 3. La imposibilidad de crear patrimonios separados por autonomía de la voluntad[4], y 4. La imposibilidad del desdoblamiento de la propiedad en el

---

[1] Algunos ejemplos son Argentina. Ley 24.441 de 22 de diciembre de 1994, Bolivia. Ley de 25 de febrero de 1977, Ecuador. Ley de Mercado de Valores, núm. 107 del 23 de junio de 1998 (arts. 109 a 138) y México, núm. 24562, Cap. V. De fideicomisos.

[2] Entre estos se encuentran Italia. El 9 de febrero de 2006, la Cámara de Diputados aprueba la questione di fiducia, il disegno di legge n. 6323, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273. Francia. Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (Journal Officiel de la République Française du 21 février 2007).

[3] El Derecho español civilista incorpora, del Código Civil francés de 1804 la teoría de la causa como un requisito esencial del contrato. Esta teoría esboza que es necesaria una causa propia y adecuada para que exista una trasmisión real y formal de la propiedad.

Según fue interpretado por el STS, de 30 de junio de 1987: *«En nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y trasmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido: es preciso la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento del fin práctico querido por los contratantes».*

El *trust* de acuerdo a su concepción en el derecho angloamericano, consiste en un negocio mediante el cual una propiedad, que originalmente pertenece a un sujeto denominado fideicomitente, transmite su titularidad a un fiduciario quien debe cumplir con un fin determinado. La relación entre el fideicomitente y fiduciario es una de crédito, la transmisión de la propiedad puede ser temporal o permanente, pero siempre está obligado a cumplir con el fin encomendado en beneficio de un tercero.

[4] Como expone VIRGOS SORIANO, Miguel, *El* trust *y el Derecho español,* Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pág. 62: *«Un resultado extraño para el ordenamiento español que arranca del principio de responsabilidad patrimonial universal (…) En efecto el Derecho español no*

ordenamiento español[5]. Las dos últimas aun se mantienen vigentes y requieren una revisión actual a la luz de la evolución del derecho.

2. PATRIMONIOS *EX LEGE*

La teoría general del patrimonio surge del movimiento social-económico del siglo XIX que intentó circunscribir la responsabilidad del deudor a la esfera civil y liberarlo de la responsabilidad penal (cárcel por deuda). El patrimonio nace, así, como una «proyección económica de la personalidad».

Dos siglos después de que apareciera en escena, el patrimonio ha pasado de ser una mera abstracción dogmática[6] de algunos elementos jurídicos (responsabilidad universal, transmisión de derechos hereditarios…), a ser una noción práctica que responde a cambios sociales y económicos. En el siglo XXI, el concepto del «patrimonio» se diferenció de la esfera personal, para incluir nuevas *estructuras financieras* (Instituciones de Inversión Colectiva[7] —en adelante IIC— Fondos de Titulización Hipotecaria[8]) *organizaciones públicas* (Patrimonio Municipal de Suelo[9]), condenar actividades económicas (arts. 252 y 295[10] del Código Penal, en adelante CP) y orientar *inversiones sociales* (patrimonio protegido del incapacitado[11] y el *Trust funds at the*

---

autoriza que se formen por autonomía privada patrimonios separados y, menos aún, patrimonios separados que sólo respondan de deudas determinadas y no pueden ser alcanzados directo indirectamente (en sus cuotas o participaciones) por los acreedores de su titular».

[5] Discutido en el capítulo IV.

[6] La cual fue definida en su momento como *«una categoría falsa, que se podía borrar impunemente de la dogmática civil o, mejor todavía, se debía reducir a su mera significación social, metajurídica, absolutamente inaprovechable o más bien innecesaria para la construcción científica del Derecho».* FAIRÉN MARTÍNEZ, J., «Patrimonio y responsabilidad», en *RDN,* 1962, núm. 36, pág. 303.

[7] España. Regulados por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. *Boletín Oficial del Estado,* de 5 de noviembre de 2003, núm. 262; Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, el reglamento de la Ley 35/2003. *Boletín Oficial del Estado,* de 23 de noviembre de 2005, núm. 280. Modificado por Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre, Real Decreto 361/2007 y Real Decreto 217/2008.

[8] España. Regulados por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado,* de 14 de julio de 1992, núm. 168. Modificada por la Disposición Final cuarta de la Ley 5/2009, de 29 de junio.

[9] España. Artículo 276.2 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/1992, que fue declarado vigente por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. Boletín Oficial de Estado, 13 de febrero de 1993, núm. 38.

[10] España. El Nuevo Código Penal incorpora en su Título XIII, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», específicamente Sección 2.ª sobre apropiación indebida.

[11] España. 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. *Boletín Oficial del Estado,* de 19 de noviembre

Inter-American Development[12] como el que tiene el Gobierno español en el Banco Mundial).

Estos «nuevos patrimonios» —la mayor parte de ellos normalizados en las últimas tres décadas— se caracterizan por una estructura interna compleja, que precisa de una administración especializada y se caracterizan por la completa segregación e incomunicabilidad con el patrimonio general de su titular, la consecución de un fin y la existencia de un régimen fiscal especial. Lo que plantea una noción completamente renovada de lo que puede ser denominado como un «patrimonio segregado de su titular».

El tema de patrimonio separado que se pretende desarrollar ha sido objeto de múltiples interpretaciones y corrientes doctrinales, algunas superadas por las nuevas aportaciones del Derecho positivo y la jurisprudencia. Como se expondrá a continuación, las necesidades sociales y económicas exigen que se atemperen las aproximaciones doctrinales de la figura. El conflicto entre la autonomía de la voluntad patrimonial y la garantía crediticia no puede resolverse con una simple remisión a la estructura tipificada. Es necesaria una elaboración doctrinal que reconozca —como ya lo hacen algunas manifestaciones jurisprudenciales— una mayor libertad contractual individual.

2.1. Delimitación y origen moderno del concepto «patrimonio»

El término «patrimonio» no es unívoco para todos los ámbitos del Derecho. Tampoco se encuentra definido por ninguna ley que haga alusión directa o circunstancial al término. Para comprender su exégesis es necesario analizar los caracteres que el ordenamiento jurídico le atribuye:

Unidad: Es un conjunto que proporciona cohesión a la diversidad de elementos que lo componen y que sirve para explicar el estado jurídico de algunos bienes y derechos en cuanto a: 1) su relación como garantía crediticia (art. 1911 del CC); 2) la transmisión de derechos y obligaciones por el causante (art. 657 y sigs. del CC); 3) el fenómeno de subrogación real. Como explica García García, *«[e]ste tratamiento unitario lo tiene el patrimonio por razón de la responsabilidad, la gestión y la administración del conjunto de bienes»*[13].

La normativa erige al patrimonio como epicentro con legitimación activa procesal (arts. 6 y 7 LEC), con un régimen tributario específico (art. 35.8 de la

---

de 2003, núm. 277. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado,* de 2 de marzo de 1995, núm. 281.

[12] Disponible en internet: http://www.iadb.org (última consulta 24 de abril de 2005).

[13] Véase, García García, José, «Teoría General del Patrimonio», en Cabanillas Sánchez, Antonio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Madrid, Civitas, 2002, pág. 581.

Ley General Tributaria[14], en adelante LGT) y con acciones de protección de su integridad (Ley Concursal[15], acción pauliana[16] —art. 1111 del CC— entre otras).

Subrogación real: Relacionado con la unidad e identidad que se le reconoce al patrimonio, está el concepto de subrogación real. En esencia, supone la sustitución de un elemento de la masa por otro, recibiendo el bien que le sustituye el mismo destino y afección[17] del anterior.

Valoración económica[18]: El significado completo de su sustancia económica sólo se adquiere cuando se considera que el patrimonio es el objeto sobre el que se ejecuta la responsabilidad derivada por el incumplimiento de lo prometido, para restaurar el perjuicio patrimonial causado al acreedor por el mismo. El ordenamiento busca satisfacer el interés del acreedor de ser posible en igual sustancia (*in natura)* que el interés o expectativa incumplida, pero de no ser posible se ha de entregar el equivalente que le hubiera reportado la ejecución *in natura*[19]. Por lo tanto, no cabe la ejecución de la propia persona, la única compensación posible es la de tipo patrimonial.

En conclusión, los elementos que integran su noción son:

— Conjunto unitario de bienes y derechos,
— susceptibles de una valoración económica,
— sujetos a un régimen de responsabilidad y subrogación específica.

---

[14] España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado,* de 18 de diciembre de 2003, núm. 302.

[15] España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *Boletín Oficial del Estado,* de 10 de julio de 2003, núm. 164.

[16] España. El artículo 1111 del Código Civil prevé: *«los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».*

[17] La STS de 20 de noviembre de 1991, Sala de lo Civil (ponente: Villagómez Rodil), dispone sobre el principio de subrogación real que *«las nuevas fincas tienen la misma consideración que las antiguas».*

En la STS de 17 de septiembre de 2001, Sala de lo Administrativo, se resolvió que *«a efectos de tope de ingresos, no cabe considerar renta los incrementos patrimoniales por venta de acciones, pues al igual que ocurre con las plusvalías generadas por la venta de inmuebles, también en la venta de acciones lo que ocurre es que un elemento patrimonial es sustituido por otro».*

[18] Castán Tobeñas entiende que el patrimonio *«[e]s posible la valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido. Quedan extraños al patrimonio los demás bienes y derechos; así los bienes de la personalidad y lo concerniente al estado civil de la persona».* Castán Tobeñas, José, «En torno a la teoría del Patrimonio», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación,* 1950-1952, núms. 1, 3 y 4, pág. 38.

[19] Señala Cordón Moreno que en el Derecho práctico procesal, *«la ejecución específica resulta frustrada la mayoría de las veces, al optar el deudor ejecutado por el resarcimiento del equivalente económico. El legislador, consciente de la inevitabilidad de esta realidad práctica, se ha preocupado de adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de este equivalente económico».* Cordón Moreno, A., «Ejecución de condenas no pecuniarias», en *Enciclopedia Jurídica Básica,* Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pág. 2635.

Por lo tanto, el patrimonio puede ser definido como epicentro organizado de bienes, derechos y pasivos[20], sujetos a una valoración económica, y que forman una unidad para su gestión, tratamiento y responsabilidad.

2.1.1. *El patrimonio separado*

Existen muchas interpretaciones doctrinales en torno a los tipos de patrimonio[21] y su adscripción a una titularidad. Sin embargo, existe consenso sobre el hecho de que algunos conjuntos gozan de un estado de segregación del patrimonio general. Su creación responde a un momento de pendencia determinado (*concepturus,* ausente, concurso…) o a la existencia de intereses específicos (fondos de pensiones, de inversión…) y su extinción a la muerte de su fundamento jurídico.

En la búsqueda de características propias, estas masas se presentan como una entidad independiente de cualquier otro conjunto, ostentan un régimen diferenciado de responsabilidad respecto al patrimonio personal y una completa incomunicabilidad con las obligaciones de éste. Además, requieren por

---

[20] En el Derecho español no existe controversia sobre la inclusión de los elementos pasivos en el patrimonio. Denominada teoría del patrimonio neto, tal y como destaca Rivero Hernández, y menos considerando su explícita mención en legislaciones como la LC de 2003 y la LF de 2002. Rivero Hernández, F., «Teoría General del Patrimonio». Fugardo Estivill, J. M. y Garrido Medero, M., *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial.* Madrid, Bosch, 2007, vol. I, pág. 122.

[21] De forma que De Castro, «El patrimonio», *ob. cit.,* pág. 35 y sigs., considera que son cinco los tipos de patrimonio (personal, separado, colectivo, con titular interino y el afectado a un fin); De los Mozos, José L., «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *Revista de Derecho Privado,* 1991, año núm. 75, mes 7-8, pág. 810, sólo contemplan dos tipos de patrimonio (general personal y el patrimonio separado compuesto por destinados a un fin y separado por otras consideraciones); Díez-Picazo, Luis, «Autonomía privada y derechos reales», en AA.VV., *Libro homenaje a Ramón Roca Sastre,* Madrid, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1974. págs. 299-303. Por su parte argumenta que son cuatro los tipos de patrimonio (personal, colectivo, separado y en situación interina) y para Lacruz, José, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General,* Madrid, Bosch, 1984, pág. 650, sólo existen dos tipos (el personal y el autónomo compuesto por el colectivo y el separado).

Un tratamiento más confuso es el que ha mantenido el Tribunal Supremo refiriéndose al «patrimonio separado» cuando se trata de *«aportaciones o bienes, que pasan a formar un* patrimonio separado *que no necesariamente significa que existe autonomía patrimonial entendida como persona jurídica propia»* (5/7/1999 y 25/10/1999); para diferenciar los patrimonios personales de los fundadores y el patrimonio particular de persona jurídica (8/7/2002, 25/10/2001, 11/10/1999, 31/12/1999, 21/12/1998, 24/10/1995, 27/1/1995, 31/1/1995, 31/12/1993 y 17/3/1990); para establecer la separación patrimonial entre los bienes privativos y la comunidad de gananciales (20/11/1999, 19/11/1992 y 3/12/1984). El TS se expresa en términos de «patrimonio autónomo» para denominar la situación de los bienes cuando se constituye una persona jurídica (27/1/1995) y la situación en que se encuentran los bienes en la sociedad irregular (23/10/1990, 16/5/1990, 13/2/1985, 21/12/1970).

lo general de la intervención de unas reglas concretas de gestión y control (realizar un inventario —arts. 1010-1034 del CC, art. 75 LC, art. 3.3 de la Ley 41/2003, prestar una caución, art. 791 del CC—, representación en los procesos judiciales —arts. 5,6,7 y 798 de la LEC—, rendir cuentas —art. 799 de la LEC—) y su administración corresponde a veces a su titular (por ejemplo, heredero fiduciario) o a veces a otro sujeto (por ejemplo, administrador concursal o societario).

2.1.2. *Patrimonio separado de afectación*

El destino le dota de unidad y le atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas. Esa afectación requiere del reconocimiento de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento. Actúa independiente del patrimonio general de la persona, con una vida jurídica propia y un régimen de responsabilidad diferenciado, que sólo atiende a sus obligaciones concretas. Como datos característicos se encuentran:

— La exigencia de una delimitación de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio separado.
— Una separación respecto de cualquier otro patrimonio. Lo que en ocasiones significa que en un mismo titular se encuentren varios conjuntos de patrimonios que son independientes entre sí.
— Su adscripción a un fin que sirve para darle unidad a la masa, lo que puede ser vía *ex lege* o *ex contratus*. En esta característica adquieren primacía las reglas relativas a la subrogación real. El patrimonio no puede considerarse como un objeto a efectos de su enajenación conjunta, pero los bienes singulares que lo componen sí lo son. En otras palabras, gracias a la operación de subrogación real está protegida la identidad de las cosas que forman parte la masa.
— Está sometido a unas medidas particulares de administración y conservación. Esta condición se justifica en la independencia de su titularidad, lo que requiere de unas reglas de control sobre las acciones que puedan afectar su integridad.
— Se rige por normas que ofrecen publicidad en cuanto a las condiciones del patrimonio y su fin. Este principio es necesario para la protección de los terceros que se relacionan con la masa. Es evidente que para cumplir con este propósito, se necesita que se acredite mediante acto documentado —por lo general susceptible de inscripción[22]— la fecha que señalará el inicio de la responsabilidad independiente. Este motivo lleva a Bosh Carrera a plantear que para evitar el fraude de acreedores,

[22] De acuerdo a los artículos 1278 y 1285 del Código Civil y el artículo 3 LH.

es necesario que en su constitución se «*requiera habitualmente de una triple garantía: escritura pública o sentencia judicial, inscripción en un Registro no administrativo —si es el caso— e inscripción en el Registro Administrativo a los efectos de supervisión y control*»[23].

— A pesar de que múltiples legislaciones se expresan en términos de patrimonios separados adscritos a un fin, no existe un tratamiento homogéneo para la figura.

Entre sus variantes se encuentran:

— Los que se amparan bajo el concepto de «personas jurídicas». En este supuesto están las sociedades mercantiles y civiles, y las personas jurídicas sin carácter lucrativo, como asociaciones (art. 35 del CC), fundaciones (Ley de Fundaciones[24], en adelante LF) y agrupaciones de interés económico (Ley 12/1991[25]).

— El patrimonio fiduciario como una entidad económica independiente de su constituyente, destinada a un fin y sin personalidad jurídica propia. En el Derecho español no está regulado, aunque una figura similar es el fideicomiso (art. 781 y sigs. del CC). En el Derecho Foral existe la institución de la gestión de la herencia por el albacea universal (art. 316 de CS[26]) y el fideicomiso de elección y distribución (art. 148 y 149 CS) en el Derecho catalán; la fiducia sucesoria en el Derecho de Aragón (Ley 1/99[27]); el fiduciario fideicomisario (arts. 281-288 de la Compilación[28]) en el Derecho de Navarra; el comisario (art. 32 y sigs. Compilación Foral y Ley 3/92[29]) de Derecho del País Vasco en Vizcaya; heredero o legatario distribuidor (arts. 18-23 de la Compilación) y el cónyuge fiduciario (arts. 71 y sigs. de la Compilación[30]) en el Derecho de Baleares.

---

[23] Véase, Bosh Carrera, Antonio, *La admisión a nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el* trust *y los fideicomisos),* Madrid, Bosch, 2007, pág. 595.

[24] Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. *Boletín Oficial de Estado,* de 27 de diciembre de 2002, núm. 310.

[25] Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico. *Boletín Oficial del Estado,* de 30 de abril de 1991, núm. 103.

[26] Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado,* de 27 de febrero de 1992, núm. 50.

[27] Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. *Boletín Oficial de Navarra,* de 3 de septiembre de 1982, núm. 106.

[28] Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco,* de 7 de agosto de 1992, núm. 153.

[29] Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco,* de 7 de agosto de 1992, núm. 153.

[30] Decreto Legislativo 79/1990, del Gobierno de las Islas Baleares, de 6 de septiembre. Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. *Boletín Oficial del Estado,* de 28 de mayo de 1993, núm. 127.

— Los fondos (de inversión, pensión y titulización), en los que el conjunto formado por las participaciones forman un todo independiente administrado profesionalmente por una entidad financiera.
— Los bienes y derechos separados para la constitución de una fundación o una sociedad. Hasta el momento en que se transforme en una persona jurídica, la masa patrimonial está afecta a una finalidad (art. 11 LF y arts. 15 y 16 de Ley de Sociedades Anónimas —en adelante LSA—[31]). En el Derecho Autonómico de Madrid la afectación puede, incluso, extenderse hasta después de la extinción de la personalidad jurídica (Ley 1/1998[32], art. 27.2 de la Comunidad Autónoma de Madrid en adelante CAM)[33].

2.1.3. *Patrimonio Autónomo sin sujeto titular*

En estos patrimonios la titularidad del conjunto pertenece al propio patrimonio y, por lo tanto, existe una completa segregación entre las obligaciones adquiridas por éste y las de cualquiera de los sujetos que intervengan en su constitución, administración o beneficios. Mediante su reconocimiento jurídico, no sólo se excluye este patrimonio de la garantía crediticia de su constituyente, sino que se derogan sus facultades de libre utilización para adscribirlas a un fin[34].

El comportamiento de estas masas, descritas por Lupoi[35] bajo el término de *patrimonio segregado*, es que no existe ningún grado de comunicación con otros patrimonios. A diferencia de otras figuras, como por ejemplo el patrimonio separado donde la comunicación se desarrolla en una vía *(one-way)*, lo que implica que:

---

[31] Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. *Boletín Oficial del Estado,* de 1 de febrero de 1991, núm. 28.

[32] Ley de 1/1998, de 21 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, *Boletín Oficial del Estado,* de 12 de agosto de 1998, núm. 192.

[33] Tal afirmación ha sido respaldada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que interpreta la legislación autonómica al marco de los principios constitucionales sobre fundaciones y concluye que: *«Los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador».*

La fundación es *«una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados»*. STC 341/2005, de 21 de diciembre de 2005.

[34] Como expresa Lisoprawski, «[l]*a afectación guarda similitud con el usufructo en el sentido de que impera como un desmembramiento de la propiedad».* Lisoprawski, Silvio y KIPER, Claudio, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización,* Buenos Aires, De Palma, 1996. 142 págs.

[35] Lupoi, Maurizio, Trust: *A comparative study.* CamBridge: CamBridge University Press, 2000, págs. 377-386.

— En algún momento las obligaciones del titular del patrimonio general podrán gravar al patrimonio separado —fenómeno que se produce cuando las razones de existencia de dicho patrimonio desaparezcan y los bienes regresen a la masa general o cuando los acreedores se subroguen en la posición del deudor-titular patrimonial—.
— El patrimonio separado es un supuesto de enriquecimiento del patrimonio personal, puesto que por lo general al completarse el fin regresa al patrimonio de su titular.

Estas razones justifican la inexistencia de una completa incomunicabilidad entre el patrimonio general y el patrimonio separado. En cambio, un patrimonio autónomo —carente de personalidad jurídica— se presenta como una entidad completamente independiente de cualquier sujeto, en la cual se requiere, para el ejercicio de las facultades de disposición de los bienes y el cumplimiento del fin, de un órgano administrativo.

Para ARROYO AMAYUELAS[36], en esta situación se encuentra la herencia yacente[37] o el *trust.* En este último la segregación implica que aunque existe un disponente inicial del patrimonio *(settlor)*, un administrador y titular de sus derechos *(trustee)* y un tercero que se enriquece de la masa *(beneficiary),* no existen canales de comunicación entre los patrimonios de los sujetos involucrados. Como expresa LUPOI, «*There is a total and definitive separation*»[38].

En el *common law* esta separación patrimonial se obtiene con la división de la propiedad entre dos sujetos (*trustee* y *beneficiary);* el patrimonio está al margen de las obligaciones personales de ambos. Por lo cual ha sido considerado como una institución compuesta de Derechos *sui generis* con una división horizontal del Derecho de propiedad.

La principal crítica al reconocimiento de esta institución es que todo Derecho es *a fortiori* facultad jurídica de un sujeto. El hecho de que el

---

[36] Véase, ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial,* V. 1. *ob. cit.,* pág. 629.

[37] En la herencia yacente es una *universitas rerum,* definida por la STS de 21 de junio de 1943, como *«la masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser una verdadera persona jurídica, se le otorga transitoriamente y para fines limitados, una consideración unitaria»* y que puede ser declarada en concurso (arts. 1.2, 3.4, 6.2.2 LC) o ser objeto de anotaciones en el Registro, *«cuando se plantean anotaciones preventivas de embargo contra la herencia yacente y los herederos ignorados. O bien cuando resulta imprescindible la inscripción de los bienes en esa situación (...) Las soluciones de la práctica en estos casos, pasan por aplicar alguna de las teorías sobre la herencia yacente: o bien practicar la inscripción a nombre del causante, expresando que queda pendiente de aceptación de los herederos; o bien, expresando que la inscripción se practica como bien de la herencia yacente de la persona del causante».* GARCÍA GARCÍA, José, «Teoría General…», *ob. cit.,* pág. 590.

[38] LUPOI, Maurizio, *Trust*, *ob. cit.,* págs. 377-386.

patrimonio tenga un fin determinado no lo asciende a categoría de objeto de derechos[39].

En resumen, existe una construcción moderna sobre el patrimonio y es su consideración como un ente autónomo al margen de cualquier titularidad. Sólo le corresponden cargas y responsabilidades propias y no se requiere para este propósito su transformación en una persona jurídica. Este modelo ha permitido que se introduzca una figura como el *trust* en lugares donde se aplican estrictas normas sobre el Derecho de propiedad.

2.2. La intervención del Orden Público[40] económico en la creación de patrimonios separados

Uno de los temas de discusión jurídica moderna es la protección del principio *favor creditoris* en la creación de patrimonios segregados. Permitir que ciertos bienes o derechos formen un nuevo conjunto con sus propias responsabilidades e inmune a los ataques de los acreedores de su constituyente exige, para la doctrina mayoritaria, que la unidad patrimonial no pueda ser alterada por el simple arbitrio de su titular; se requiere del reconocimiento *ex lege*[41]. Como ha puesto de relieve Arroyo Amayuelas, la creación de estas masas

---

[39] Como señala Ferrara, Francisco, «Teoría de las personas…», *ob. cit.,* pág. 147: *«[Ee]l derecho es un poder de voluntad, no de una determinada persona, sino de un determinado género. Si pues, al derecho no le es esencial un determinado sujeto, no será tampoco en general esencial algún sujeto. Pero en esta última consecuencia es donde anida el sofista. De no ser esencial un determinado sujeto, no se puede deducir que no sea esencial, en absoluto, el sujeto: de la indiferencia de la indivisibilidad del ente, la superfluidad del ente mismo. Sería, como dice Unger, querer argumentar que como es indiferente cuál sea el actor que desempeña una parte secundaria de un drama, de aquí se siga que no hace falta ningún actor. Y Bohlau dice, en forma asaz viva; la boca broncínea de la artillería habla palabras de muerte, ya sean Linz o Kuntz los cañoneros. Pero, ¿quién vio jamás disparar un cañón sin que un artillero disparase?».*

[40] El tema de orden público ha cobrado vigencia en el ámbito europeo sobre todo en cuanto a la interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Como explica González González, R., «Límites a la construcción de un orden público en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE, de 28 de marzo de 2000, Krombach c. Bamberski)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2000), año núm. 4, núm. 8, págs. 593-618, existen en el Derecho comunitario varios «parámetros constitucionales de «orden público» en materia de derechos fundamentales (los dos Estados implicados) y un tercer parámetro de «orden público comunitario», que debe interpretar el Tribunal de Justicia de manera uniforme a los efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas».

[41] La generalidad de la doctrina entiende que es necesario la legalidad para reconocerle el carácter de patrimonio separado. Plantea Rivero Hernández, J., «Teoría General»…, *ob. cit.,* pág. 83, *«únicamente hay patrimonio cuando y en cuanto un ordenamiento determinado lo considera y le da tratamiento como tal».* Cámara de Lapuente expresa que es *«imposible que la autonomía de la voluntad privada forme un patrimonio autónomo en vulneración del principio de responsabilidad universal».* Cámara de Lapuente, Sergio, «El *trust* y la fiducia,

reguladas por la libertad individual «*generalmente se niega, por considerar que el artículo 1911 del Código Civil es de Orden Público*»[42].

Esta interpretación se basa en la concepción estricta del Orden Público[43] como límite a la libertad contractual entre particulares[44] (art. 6 y 1255 del CC). Como expresa DE CASTRO:

> «*Los legisladores franceses del Code inventaron la cláusula de Orden Público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía*»[45].

En este sentido, es necesario detenerse en la naturaleza del Orden Público[46] como restricción a la autonomía privada, puesto que algunas de sus consideraciones jurídicas han variado. La protección de la seguridad del tráfico económico no requiere, a mi entender, en la actualidad de medidas tan extremas como sancionar la nulidad de los pactos limitativos de la responsabilidad universal.

---

posibilidades para una armonización», en CÁMARA DE LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho privado europeo,* Madrid, Colex, 2003. Capítulo 39, págs. 1108-1109.

[42] ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España. Patrimonio Familiar, profesional…», *ob. cit.,* pág. 629.

[43] IZU BELLOSO, José, «Los conceptos de Orden Público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 58 (abril-junio de 1988), pág. 237 y sigs.

[44] La relación entre la noción de Orden Público y la de autonomía de la voluntad es planteada inicialmente por el alemán NIPPERDEY bajo la denominación de la *Drittwirkung.* Dicha teoría afirma que la protección de los derechos fundamentales del ser humano no sólo existe para el poder público, sino que regula las relaciones entre particulares. Consiste en la protección de los derechos constitucionales en los contratos, fijando parámetros a la libertad de pactos y capacidad de renunciar a dichos derechos *(Gestaltungsfreiheit).* Cuando se vulnera el principio de igualdad entre los contratantes, al afectado sólo le queda la vía de la impugnación por lesión a sus derechos fundamentales. En este caso, se plantea un problema sobre la capacidad que tienen los entes particulares para pactar validamente renuncias a los derechos protegidos por la Constitución, es aquí donde interviene el Orden Público y sanciona esta actuación privada (art. 6.2 de CC y 1255 del CC) al impedir, por estar fuera del comercio, la renuncia a cualquier derecho fundamental. Al mismo tiempo, se sanciona como nulo cualquier ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 del CC), pues se consideran como no válidos los contratos con condiciones discriminatorias para alguna de las partes.

Tal y como ha sido planteado por ALFARO, intervienen como límites de la autonomía privada el reconocimiento en la Constitución de los derechos fundamentales de la persona y específicamente, en el mandato del artículo 10.1 de CE, sobre dignidad de la persona. Sobre la doctrina alemana y la introducción en España, véase ALFARO, A., «Autonomía de la voluntad privada», en *ADC,* 1993, tomo XLVI, fascículo I, enero-marzo, págs. 121-122.

[45] DE CASTRO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El Orden Público. La protección del consumidor», en *ADC,* 1982, vol. IV, págs. 1030-1031.

[46] Las primeras alusiones al Orden Público se remontan al periodo clásico romano, en el que se aplicaba la fórmula *ius publicum privatorum pactis mutari non potest,* como principio imposible de derogar por la voluntad de los particulares.

A pesar de las alusiones al Orden Público por el Código Civil (arts. 6, 1255 y 594 47 del CC), el término no ha sido explicado por el legislador. La única referencia a su contenido se encuentra en la Exposición de Motivos de la derogada Ley de Arbitraje de 1988[48], que al dar instrucciones sobre la impugnación de las decisiones de acuerdo arbitral, se refería al Orden Público[49] en atención a los *principios contenidos en nuestra Constitución*. Esta disposición normativa zanja, definitivamente, la discusión doctrinal que intentaba atar la noción a principios tan indeterminados como la moral[50].

El Orden Público, según DÍEZ-PICAZO[51], consiste en el conjunto de «*aquellas normas donde se cristalizan las convicciones básicas de un grupo humano respecto a su propia organización fundamental*». Su «*desconocimiento desnaturalizaría*» el sistema jurídico. Por tanto, constituye un orden fundamental de la comunidad. Se compone de principios similares al concepto de *valores superiores*[52] reconocidos por la Constitución (art. 1 y art. 10.1 CE) sobre la dignidad de la persona e interviene como límite de la autonomía.

---

[47] La única institución jurídica codificada de Derecho privado que tiene mención explícita sobre el Orden Público es el artículo 594 del Código Civil sobre servidumbres prediales. Dice así: *«Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público».*

[48] España. Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de arbitraje. *Boletín Oficial del Estado,* de 7 de diciembre de 1998, núm. 293 (derogada por la Ley 60/2003, de arbitraje. *Boletín Oficial del Estado,* de 26 de diciembre de 2003, núm. 309), que aunque en su artículo 41 reconoce la impugnación del laudo arbitral por ser contrario al Orden Público, no hace ninguna referencia específica al contenido del término. Es probable que esta exclusión, según explica la Exposición de Motivos de la Ley, responda a la necesidad de que el concepto se adecue a la *«incorporación de nuestro país al elenco creciente de Estados que han adoptado la Ley Modelo».*

Como explica GONZÁLEZ SORIA: *«[l]a nueva (…) viene a consolidar ese desarrollo del arbitraje tanto nacional como internacional y a posibilitar especialmente el desarrollo de este último en nuestro país*». Lo que en definitiva requiere de la incorporación de conceptos más internacionales que estén acorde con los principios generales de la Ley Modelo de UNCITRAL [en línea]. [ref. de 1 de octubre de 2006] Disponible en la Web: Comentarios a la Ley de arbitraje http://www.aranzadi.es/

[49] En cuanto a la situación práctica de impugnación de laudos arbitrales por ser contrarios al Orden Público, las sentencias de la SAP de Guipúzcoa de 28 de julio de 2000 *(AC* 2001/944) y de 18 de abril de 1998 aclaran que en el caso de acuerdos sociales por una Sociedad de Responsabilidad Limitada pueden ser sujetos al proceso arbitral puesto que no procede considerar que sus normas procesales sean de Orden Público y como expresa la sentencia de la SAP de Pontevedra, de 10 de febrero de 2003 *(AC* 2003/431) sobre estos acuerdos, sus normas «*no quedan excluidas de arbitraje».*

[50] Con esta afirmación normativa se descarta la discusión doctrinal que por años acompañó al concepto de Orden Público relacionándolo con conductas morales predeterminadas. El artículo 16 de la CE al proclamar la libertad ideológica y religiosa, impide que un concepto basado en afirmaciones morales pueda ser impuesto a los particulares.

[51] DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Madrid, Tecnos, 1986, Tomo I, Vol. 2, pág. 746.

[52] IZU BELLOSO, José, «Los conceptos…», *ob. cit.,* pág. 240.

El Tribunal Constitucional, sentencia número 19/1985, de 13 de febrero, expresa que:

> «*El respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del Orden Público, y que, en consecuencia, han de tener por nulas las* estipulaciones contractuales incompatibles *con este respeto*» (énfasis suplido). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo indica que son: «*el conjunto de principios jurídicos (…) que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*»[53].

Esta aproximación refleja el carácter temporal imperante en el Orden Público. Como otras normas del Ordenamiento Jurídico, tiene que ser interpretada por el artículo 3.1 del Código Civil —en su Titulo Preliminar— acorde con «*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*»[54]. El término, por lo tanto, responde a circunstancias cambiantes, propias de cada tiempo y lugar, así como a ideas políticas y sociales imperantes en una sociedad en un momento determinado[55].

En definitiva, el Orden Público es el conjunto de normas de rango superior que rigen los pactos entre individuos y actúa como límite al autonomía de la voluntad[56], en aras de excluir la trasgresión del interés público, sancionando cualquier vulneración al principio de igualdad o lesión de los derechos fundamentales de los contratantes (art. 6 y 1255 del CC) declarándolos estas estipulaciones como nulas[57] (art. 7.2 del CC). Se conduce como un mecanismo para corregir

---

[53] En la STS de 5 de abril de 1966 que lo define, criterio que ha sido sostenido por la STS de 31 de diciembre de 1979, Sala de lo Civil (ponente: Castro García, J.).

[54] Uno de los ámbitos donde más se refuerza su carácter temporal es el familiar. Los conceptos de Orden Público han variado significativamente a través de los tiempos con la inclusión de nuevos valores sociales. Ejemplos de esto es el reconocimiento de la igualdad entre los hijos, la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, la validez del acto de separación entre los cónyuges, el reconocimiento de los efectos legales de los actos realizados por la mujer casada en representación de su propio patrimonio, entre otros.

[55] Ese carácter temporal y dinámico del término impide que se pueda establecer con precisión sus predicamentos generales. Su variabilidad impide que pueda cifrarse su contenido que está «*siempre en constante revisión*». Acedo Penco, Ángel, «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 14/15 (1996/1997) pág. 341.

[56] «*Aspira a proteger a la comunidad de los ataques que sufran sus más esenciales valores, actuando en tal caso como límite a la autonomía de la voluntad*», Acedo Penco, Ángel, «Orden…», *ob. cit.,* pág. 341.

[57] Postura que ha sido respaldada por las STC 19/1985, de 13 de febrero, y la STC de STS 112/1986, de 30 de septiembre, sobre acuerdos laborares que vulneren los principios constitucionales.

y orientar el pacto y proteger los derechos de la parte más débil —contractual o extracontractual—[58].

Es preciso advertir, que por modificaciones normativas pueden variar los intereses protegidos por el Orden Público. A manera de ejemplo, se encuentran el estado jurídico pretérito sobre la intervención de terceros en reclamaciones judiciales, a los cuales la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no le reconocía legitimación activa, ni pasiva —a menos que fuera un tercero registral—. En este sentido, los Tribunales no se pronunciaron sobre si correspondía o no a un supuesto de Orden Público, como protección a sus Derechos[59]. El cambio de concepto ocurre con la nueva LEC de 2000, donde específicamente se reconoce en los artículos 13 y 14 LEC dos nuevos supuestos para la protección de los Derechos de los terceros que son: la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados y la intervención provocada.

2.2.1. *Postulaciones doctrinales en torno al concepto de Orden Público y la libertad de pacto en el contexto de creación de patrimonios separados*

Conviene ahora precisar las razones doctrinales que vinculan al Orden Público con el patrimonio separado. Generalmente se ha considerado al Orden Público como mecanismo de sanción de las disposiciones patrimoniales (art. 1255 del CC)[60]. Anulando sus efectos o reconociendo su validez, luego de la nulidad inicial, para la protección de intereses imperativos (buena fe, derechos adquiridos…).

Esta concepción denominada como «Orden Público económico», se fundamenta en la intervención de las normas superiores imperantes, en un momento determinado, que garantiza la seguridad en el tráfico jurídico. Actúa como mecanismo de protección del acreedor, pues se considera que no se encuentra en una situación de igualdad para la protección de sus intereses, como DÍEZ-

[58] La protección de los intereses de los más débiles justifica la intervención estatal en los acuerdos laborales, de consumidores y acreedores. En algunos casos a través de la sanción sustantiva como la nulidad de los contratos (el art. 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril) o mediante mecanismos procesales que permitan la acción colectiva de los interesados (arts. 71-98 de la LEC).

[59] Esta es la doctrina seguida por el Derecho Procesal norteamericano que entiende que se viola el debido proceso de ley si los terceros interesados no se les permite participar de los procedimientos en los que puedan verse afectados sus derechos.

[60] Incluso, en las jurisdicciones que reconocen la constitución de *trust*, se les exigen unos predicamentos básicos que limitan la autonomía de la voluntad en la creación de estos nuevos patrimonios. Así por ejemplo, las disposiciones del Código Civil de Puerto Rico, artículo 840 —en adelante CCPR— exigen que el fin no contravenga la ley o la moral pública; el fideicomiso no puede estar sujeto a una condición que dure más de treinta años (art. 841 del CCPR); no puede existir fideicomisos secretos; no puede utilizarse el fideicomiso para permitir heredar a personas que están incapacitadas para suceder (art. 847 del CCPR).

PICAZO, expresa que: *«[l]a creación de derechos reales afectan al Orden Público (económico), en tanto que constituye un freno a la libre circulación de bienes y hace sufrir a terceros cargas a cuyos nacimientos fueron ajenos y de las cuales ellos no van a obtener ninguna utilidad»*[61].

Para compensar esta situación, se plantea el principio de responsabilidad universal, entendido como «*la situación de sumisión del deudor y de su patrimonio al poder coactivo del acreedor con el fin de que éste logre la satisfacción de su interés en la obligación*»[62].

La dogmática recurre a su referencia para justificar el sometimiento del patrimonio al principio de legalidad. «*Las normas que lo regulan son imperativas, por razón de la seguridad jurídica —pues hay en el patrimonio y en su regulación intereses sociales que trasciende a los de su titular—*»[63]. La seguridad jurídica (art. 9.3 CE) requiere de la certeza que ofrece la normativa para garantizar el *favor creditoris*[64]. Esta postura fue asumida por autores como DE CASTRO[65], DÍEZ-PICAZO[66], DORAL GARCÍA[67] y PRADA GONZÁLEZ[68] y ubica el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del

---

[61] DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistemas de Derecho Civil,* Madrid, Tecnos, 2003, pág. 49.

[62] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *ob, cit.* (1986), pág. 746.

[63] RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Teoría general del patrimonio», en *Patrimonio familiar..., ob. cit.,* pág. 83.

[64] BOSH CARRERA, Antonio, «La admisión»… *ob. cit.,* pág. 595.

[65] En uno de sus últimos trabajos el profesor DE CASTRO examina el contenido del Orden Público a partir de su valoración histórica y social. Concluye fundamentalmente que se justifica la protección de ciertas clases sociales consideras como las partes más débiles, como ocurre en el caso de la protección de los consumidores. Afirma además que por el carácter variable del Orden Público, permite que el ordenamiento se mueva al reconocimiento de que en ciertos contratos se permita la inclusión de exenciones a la responsabilidad. Como admite, en cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad en cada momento de la historia la *«balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo».* DE CASTRO, Federico, «Limitaciones...», *ob. cit.,* págs. 1056-1058.

[66] El profesor DÍEZ-PICAZO entiende que aunque existe la posibilidad de que la autonomía privada pueda crear nuevos derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es necesario de que existan otros controles sociales entre los cuales identifica: el objeto, la forma y la publicidad. DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, «Fundamentos de Derecho Patrimonial», III, *ob. cit.,* pág. 131.

[67] Para DORAL GARCIAL, el Orden Público trabaja desde una doble esfera, la primera como mecanismo sancionador de los actos jurídicos al declararlos como nulos cuando no responden a los intereses sociales imperantes y al mismo tiempo le da validez a ciertos hechos jurídicos como mecanismo para proteger ciertos principios jurídicos. DORAL GARCIAL, José A., *La noción del Orden Público en el Derecho Civil,* Pamplona, 1967, pág. 62.

[68] Este autor entiende que es necesario que el ordenamiento reconozca ciertos atributos jurídicos a la constitución del patrimonio de manera que justifiquen su existencia. Aunque explica que no está claro en ninguna de las regulaciones relativas a patrimonios separados las normas relativas a la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil. Lo que en ocasiones permite que el tema pueda ser regulado por la libertad particular. PRADA GONZÁLEZ, José M., «Patrimonios adscritos a fines», en *Revista Jurídica de Derecho Notarial,* 1992, pág. 184.

CC) como materia protegida por el Orden Público, que sólo puede ser alterada por disposición legal.

El acreedor se considera como una parte débil, debido a que el sistema es deficiente en la provisión de recursos que permitan la efectiva ejecución de sus intereses en el patrimonio del deudor. Por lo tanto, requiere de la previsión de otros recursos sustantivos que garanticen la satisfacción de su crédito. Esos remedios, según fueron previstos por el Derecho Histórico[69] Civil, requieren de la nulidad de actos voluntarios que restrinjan la responsabilidad universal[70].

Tal y como ha sido expresado por la DGRN, «*la responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía* a priori, *en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la ley misma; esta función quedará eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico*» (RDGRN de 22 de febrero de 1989).

En conclusión, la responsabilidad universal se interpreta como materia del Orden Público en ausencia de otros recursos procesales o sustantivos que permitan al acreedor la completa satisfacción de la deuda en los casos en que se han realizado disposiciones fraudulentas y el patrimonio ejecutado sea insuficiente.

2.2.2. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo v. Dirección General del Registro y el Notariado: Dicotomía en la cuestión de la relación de Orden Público y la autonomía de la voluntad*

Por ser el Orden Público un concepto mutable, la jurisprudencia (art. 1.6 y 1.7 CC)[71] tiene un papel fundamental en ofrecer los criterios de su contenido

---

[69] La remisión de las teorías generales de los contratos desarrollada para interpretar el Código Civil napoleónico. En su redacción original, el artículo que disponía sobre el Orden Público era el número 9 y establecía que «la infracción de las leyes que interesan al público no podrá ser amparada ni por convenios ni por desestimación».

[70] El principal problema de esta interpretación reside en que «es que ningún texto jurídico ofrece una definición del contenido de la libertad de disposición; y los intentos doctrinales dirigidos a tal fin remiten a nociones como "la autonomía de la voluntad", o "el orden público", incurriendo en un círculo tautológico que nada aclara». NUL ESTUDIO, «La anulación del laudo arbitral en la Ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje», en *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos [en línea]* [ref. de 1 de octubre de 2006]. Disponible en web: http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=93.

[71] Artículo 1 (6) y (7): *«6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar*

en cada caso, acordes con los principios imperantes en un momento particular en la sociedad. Por ende, es necesario revisar las aproximaciones que ha tenido la jurisprudencia en esta materia[72].

La jurisprudencia en torno al tema es confusa por más que, aparentemente, sea uniforme. La postura más estricta es la asumida por la DGRN, que en sus diferentes pronunciamientos ha mantenido que «*en los derechos reales predominan los criterios de Orden Público, al contrario de lo que ocurre con el derecho de obligaciones presidido, casi por completo, por la autonomía de la voluntad de los particulares*»[73] (Resolución de 23 de octubre de 1987). La responsabilidad patrimonial es «*materia excluida de la autonomía de la voluntad*»[74], según la RDGRN de 22 de febrero de 1989.

El Tribunal Supremo[75], en cambio, ha mantenido una postura más flexible, expresando que cuando el juzgador se encuentra ante una acción por nulidad

---

la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

[72] Sobre el reconocimiento legislativo a estas potestades judiciales, veáse, MIQUEL, José María, «Comentarios al artículo 7.1 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* I, dirigido por PAZ-ARES. Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1991, págs. 36-39.

[73] El asunto del que versa la Resolución es la inscripción de unos tipos de interés variable que contravienen a la usura, así como una cláusula que amplía los remedios coactivos del acreedor estableciendo una compensación adicional en caso de pago anticipado.

[74] En este caso se trata de inscripción de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta en una transmisión *mortis causa. «Entender que cabe en el momento de disponer de un bien a título gratuito, substraer el bien a la ocasión de los acreedores del donatario, en conjunción con la potencial amplitud de esta vía de excepción, desdibujaría gravemente el principio de responsabilidad patrimonial universal, con evidente detrimento del crédito y las negativas consecuencias para la economía del país».*

[75] El término Orden Público procesal en la mayoría de las ocasiones se utiliza por los Tribunales de Casación para admitir argumentos que no fueron originalmente esgrimidos en las instancias originales. En este sentido se encuentran las decisiones del TS en cuanto a cosa juzgada, STS de 21 de junio de 1988, 3 de marzo de 1990, 7 de octubre de 1991, 25 de octubre de 1991; costas procesales de 4 de abril de 1987, 7 de mayo de 1990, 31 de enero 1992; procedimientos especiales, STS de 7 de julio de 1989 (LAU) y reglas relativas a la jurisdicción, STS de 1 de julio de 1986, 16 de octubre de 1990, 4 de abril de 1992, entre otros planteamientos.

El Tribunal Constitucional también ha hecho referencia al término al reiterar el carácter de Orden Público que reviste actos procesales, sentencia número 20/1986, de 12 de febrero. RTC 1986/20, sentencia número 20/1986, de 12 de febrero. RTC 1986/20, sentencia número 38/1988, de 9 de marzo. RTC 1988/38. Pueden citarse una inmensa cantidad de sentencias sobre normas procesales y su carácter de Orden Público, en los últimos años solamente están STS de 12 de abril 1996, 8 de abril de 1994, 2 de julio de 1992, 12 de noviembre de 1993 y a precisar qué asuntos corresponden o no a materia de Orden Público como por los conceptos de filiación-paternidad de 3 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990, 28 de noviembre de 1992 y 5 de noviembre 1987, la nulidad absoluta de acuerdos inmorales adscrito por la Junta de Condóminos de 25 de noviembre de 1988 y la institución de la legítima, STS de 8 de mayo de 1989.

de actos, «*No puede aplicarse indiscriminadamente como determinante la nulidad, sino que hay clasificar los actos*». En este sentido, se puede distinguir tres diferentes grupos:

— En primer lugar, se encuentran los actos jurídicos que son nulos por disposición expresa de la ley (por ejemplo, los actos de dominio realizados por el declarado insolvente, sin autorización judicial, art. 40 LC).
— En segundo lugar, aquellos actos que aunque contrarios a Derecho, la ley dispone su validez o *contra leguen* (por ejemplo, la protección de los terceros registrales, art. 34 LH).
— En tercer lugar, los actos contrarios a preceptos legales, sin que se disponga de manera expresa su nulidad o validez. En este último supuesto, en el cual estaría el artículo 1911 del Código Civil debiendo entonces «*el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público*»[76].

Pero la elaboración de esta doctrina no suscita mayores inconvenientes, el cómo ha de implementarse en la práctica sí que presenta algunas dificultades. En relación con los patrimonios separados que operan al margen de la ley, el Tribunal Supremo no se ha referido a estos predicamentos.

Sin embargo, sí ha reconocido los efectos de masas separadas reguladas por pacto. Este es el caso en que se encuentra la STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2001[77], que reconoce la creación de unos *fondos internos* con el propósito de gestionar una mejora voluntaria de la Seguridad Social. Aunque estos patrimonios no cuentan con el respaldo normativo, «*el patrimonio generado por el Plan es objeto de contabilización separada dentro del balance del Promotor*». En igual circunstancia se encuentran las masas resultantes de un proceso de transición de entes públicos a privados, en cuyo caso sin gozar de consideración de persona jurídica, sí son al menos catalogados como una:

[76] STS de 17 de octubre de 1987, Sala de lo Civil (ponente: Serena Velloso, C.).

[77] En este caso se reconoce que un patrimonio separado creado por el acuerdo colectivo *«[q]ue el régimen de previsión de los empleados de "Caja de Ahorros B" no tiene naturaleza de plan de pensiones sometido a la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones EDL 1987/11479, sino que es, como ya señalara una sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1995 EDJ 1995/5130, una mejora voluntaria de Seguridad Social gestionada por un "fondo interno"».* STS de 31 de enero de 2001, Sala de lo Social (ponente: Martín Valverde, A.).

«*Entidad jurídica (…) carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o patrimonio separado, susceptible de imposición*». STS, Sala de lo Administrativo, de 8 de febrero de 2003[78] (aclaración normativa suplida).

De las interpretaciones jurisprudenciales transcritas no queda claro cómo opera el concepto de Orden Público como mecanismo de sanción del patrimonio separado. Lo que sí es cierto es que se observa una tendencia del Tribunal Supremo hacia el reconocimiento del patrimonio separado regulado mediante pacto.

2.2.3. *La doctrina moderna en torno al planteamiento de Orden Público como límite a la voluntad contractual*

Un comentario actual sobre el tema es presentado por las profesoras Arroyo I. Amayuelas[79] y Santisteban Martín[80], quienes han sugerido que se puede flexibilizar la apreciación doctrinal que sanciona como nulos los contratos que crean patrimonios independientes. Esto permitiría justificar la inclusión en el ordenamiento de supuestos como el *trust.* En síntesis, los argumentos sobre los que estriba su crítica, y que explican y documentan profusamente, son tres:

1. El apoyo del Derecho Comparado específicamente por las soluciones adoptadas para la protección al acreedor por el Derecho[81] Civil (Italia, Francia y Quebec) y el *Common Law,* en los últimos, amparados por el principio de *favor debitoris*[82].
2. El reconocimiento en el Derecho español[83], de algunos derechos o bienes que quedan sustraídos de la garantía crediticia de los acreedores. En este supuesto se encuentran:

---

[78] STS de 8 de febrero de 2003, Sala de lo Administrativo (ponente: Mateo Díaz, J.).

[79] Arroyo Amayuelas, Esther, «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España». *ob. cit.,* págs. 565-600.

[80] Martínez Santisteban, Sandra, *El Instituto del* trust *en los Sistemas de Derecho Legales Continentales y su compatibilidad con los Principios de Civil Law.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2005, pág. 285.

[81] Para la protección del tráfico jurídico. Argumento que se apoya en la base Primera de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, que entre sus fuentes del Código Civil cita precedentes del Derecho extranjero que hubieran obtenido asentimiento entre los jurisconsultos.

[82] El *Favor Debitoris* es el principio no escrito que impera en un ordenamiento determinado, que ante la ausencia de algún precepto legal o una laguna en el mismo, se inclina a favor de la protección de los intereses del deudor como la parte más débil del contrato. Aparece en el siglo XVIII en Francia para eliminar los efectos penales del incumplimiento de las obligaciones y se extiende hasta la incorporación de algunos preceptos en el Código Napoleónico. Actualmente se interpreta que en España se extiende a las aplicaciones de los artículos 1132, 1214, 1289, 1837 y 1339 del Código Civil.

[83] A mi entender, es particularmente paradójico el recurrir a supuestos legales —por cierto de carácter extremadamente extraordinario— para argumentar a favor del reconocimiento de limitaciones en la responsabilidad fuera del marco legal.

a) Límites convencionales a la responsabilidad universal donde la ley permite que se concrete a determinados bienes la ejecución de los acreedores. Entre estos están el pacto de no agresión de bienes distintos a los hipotecados (art. 140 LH) y el artículo 1807 del Código Civil sobre renta vitalicia, a título gratuito.

b) El reconocimiento de bienes indispensables para la subsistencia del deudor (art. 607 y sigs. de la LEC, Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 19/95, de 4 de julio, y el art. 76.2 LC).

c) Sujeción de ciertos bienes y derechos al cumplimiento de determinados créditos. El caso más destacado es el heredero que acepta a beneficio de inventario (art. 1023 del CC).

3. La situación en que se encuentran ciertas masas patrimoniales que, sin transformarse en una persona jurídica, gozan de independencia de su titular. Ese es el caso en que un constituyente separa unos activos para la formación de una fundación o una sociedad (art. 11 LF y art. 15 y 16 de LSA).
4. En un caso al margen de la discusión de estas autoras, pero que se encuentra en el mismo supuesto de exclusión de la responsabilidad universal mediante pacto, se plantea el tratamiento jurisprudencial ofrecido al garante hipotecario por deuda ajena. Este caso denominado como «fianza real» se recoge en las STS de 6 de octubre de 1995[84], 23 de marzo de 2000[85] y 9 de marzo de 2006[86].

2.4. Revisión del principio *favor creditore*

Aunque respaldo los planteamientos esbozados por esta nueva corriente doctrinal, considero que se le escapa el principal argumento. Me refiero a que las condiciones que motivaron a considerar la protección de los acreedores como un asunto de Orden Público, han variado. Nuevas aproximaciones normativas, en particular la Ley Concursal de 2003, amplían el universo coactivo del acreedor sobre las actuaciones patrimoniales de su deudor y lo alejan de su consideración como la parte débil. El ordenamiento español cuenta ahora con las herramientas suficientes para la protección del tráfico jurídico que permiten ampliar los supuestos que pueden ser regulados por la autonomía del convenio.

---

[84] STS de 6 de octubre de 1995, Sala de lo Civil (ponente: Marina Martínez-Pardo J.).

[85] STS de 23 de marzo de 2000, Sala de lo Civil (ponente: Martínez-Calcerrada Gómez, L.).

[86] STS de 9 de marzo de 2006, Sala de lo Civil (ponente: Montes Penadés, V.).

Para comprender mejor lo que postulo es necesario remitirse a las condiciones jurídicas pretéritas[87] sobre las que se elaboró la doctrina de Orden Público económico. Cuando el profesor DE CASTRO en 1988 postulaba que el «*Orden Público será el que hace que se vaya negando validez a las cláusulas de exención de responsabilidad*»[88], aludía a la protección de un contratante que no se encontraba en una situación de igualdad, con el objetivo de reforzar su posición. Su estado de debilidad se debía a recursos sustantivos y procesales insuficientes para recuperar lo pactado en un patrimonio alterado.

En concreto, por mencionar los efectos de las disposiciones del deudor en los casos de ejecución universal, el derogado artículo 808 del Código de Comercio establecía una presunción *iuris et de iure* de fraude sobre todas las transmisiones de bienes inmuebles realizadas a título gratuito por un comerciante[89], dentro de los treinta días precedentes a su quiebra. Y en los demás supuestos, se consideraba que sólo podían impugnarse los actos de disposición posteriores a la presentación del procedimiento de insolvencia. Todos los actos anteriores a estos plazos se catalogaban como transmisiones jurídicamente correctas —a menos que el acreedor probase los presupuestos del derogado art. 878.2 del Cdec—. Lo que, en efecto, pone en una situación de indefensión al acreedor sobre las disposiciones patrimoniales anteriores a dichos términos, sobre todo, en los supuestos en que el deudor los realizará en previsión de que su patrimonio sería insuficiente para subvenir la satisfacción de todo lo adeudado y que fuese improbable probar su intención.

Previendo los efectos que tendría en la seguridad del tráfico, la dogmática elabora una serie de presupuestos que intentan proteger del fraude a los acreedores (por ejemplo, la causa, legalidad contractual…) y asegurar el tráfico jurídico. Con el mismo propósito, la práctica judicial[90] amplía excesivamente los plazos para las acciones de rescisión establecidas en el artículo 878.2 del Código de Comercio. Los jueces, según explica ROJO, «*han venido haciendo un*

---

[87] En este sentido, MORILLAS JARILLO ha manifestado cuando se encontraba en vigencia la Antigua Ley concursal que: *«[e]l Derecho concursal español es fiel reflejo de una larga tradición histórica que concibe al empresario, convertido en deudor insolvente, como un defraudador* (decoctor ergo fraudator) *de las confianzas restantes de las operaciones económicas».* MORILLAS JARILLO, María J., «La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», en *Derecho de los Negocios,* año 14 (2003), núm. pág. 149.

[88] DE CASTRO, Federico, «Notas sobre…», *ob. cit.,* pág. 1058.

[89] Las llamadas por GARRIGUES, acciones paulinas reforzadas basadas en el principio *nemo liberalis nisi liberatus.* GARRIGUES, Joaquín, *Negocio fiduciario en el Derecho Mercantil,* Madrid, Civitas, 1991.

[90] En este sentido destaca la STS de 11 de septiembre de 1965, que en la aplicación del artículo 878 del Código de Comercio entiende que se produce la nulidad *ipso iure* sin que sea necesario tener en cuenta la buena o mala fe de los terceros que fueron parte en los actos de administración y disposición del quebrado.

uso de sus facultades muy generosos con los acreedores, pero profundamente perturbador para el tráfico»[91].

Por consiguiente, ante la ausencia de otros recursos jurídicos —sustantivos y procesales— que garantizaran la protección del crédito, la dogmática, seguida de la jurisprudencia, sancionó cualquier intervención de la autonomía contractual en la creación de nuevos supuestos patrimoniales[92].

Ahora bien, las disposiciones de las Concursales, aprobadas en recientes años, amplían los recursos coactivos con los que cuentan los acreedores para lograr la satisfacción de su interés en la obligación. Bajo la denominación de *acciones de reintegración*, el artículo 71.1 de LC reconoce como «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*»[93] —un término superior incluso al reconocido por el *common law*[94]— y se extiende a todos los actos lesivos de la masa activa, incluyendo aquellos en que no existe una intención fraudulenta.

El referido artículo incluye además una serie de presunciones a favor de la nulidad de los actos cuando estos «*se realizan a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*» o cuando constituyen «*garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*». Para que este recurso sea efectivo, el artículo 82.4 de LC obliga a la administración concursal a inventariar todos los bienes presentes de la masa, así como las acciones que deban «*promoverse para la reintegración de la masa activa*». Con el objeto de que la ejecución sea lo más cercano a la realidad global del patrimonio ejecutado[95].

---

[91] Rojo, Ángel J., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 151 (1979), pág. 72 y sigs.

[92] Esto se funda, como explica Morillas Jarillo, María J., «La reforma del Derecho Concursal español…», *ob. cit.,* en que: *«L[l]a idea fundamental que preside la regulación de las situaciones empresariales concursales en el Código de 1885 (libro IV, título 1, arts. 870-941) es la protección a ultranza de los derechos de los acreedores».*

[93] Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

[94] En EE.UU. este plazo es de entre noventa días y un año antes de la declaración de insolvencia (11 USCA sec. 547, *Bankruptcy Code)* o luego de que el deudor deviene insolvente [sec. 547 (e)]. Para facilitar este mecanismo, el Derecho norteamericano ha reconocido al juez la potestad legal para solicitar la entrega de información, no privilegiada, a cualquier agente, abogado, contador o cualquier tercero; sobre la mutación patrimonial del deudor [11 USCA sec. 542(e)].

En el Reino Unido el término es de dos años desde la declaración de insolvencia o cinco, si el deudor estaba insolvente. *Insolvency Act,* 1986.

[95] La acción de reconstrucción patrimonial no es ajena al Derecho Civil español, es utilizada en el Derecho de Sucesiones (art. 654 y sigs. del CC) o de familia (art. 1410 del CC). Con este mecanismo, los afectados pueden realizar un inventario con los actos dispositivos del deudor anteriores, y establecer cuál es el carácter —oneroso o gratuito— de todos los negocios realizados.

Además, existen otros recursos jurídicos que garantizan el cumplimiento de las obligaciones del deudor ya que los acreedores cuentan ahora con la publicidad que ofrecen los diferentes Registros —muebles e inmuebles, administrativos o no—, para precisar las transmutaciones del patrimonio sujeto a la obligación[96].

En el mismo sentido, se encuentran las regulaciones mercantiles que permiten establecer el contenido y mutación de las obligaciones que recaen sobre los diferentes patrimonios separados que actúan en el mercado financiero. Se requieren cumplir con estrictas normas de información —Real Decreto 926/1998[97]— y evaluación por entidades externas —Agencias de Calificación Crediticia—. Lo que le permite a los acreedores-inversores estar informados sobre las transformaciones de la masa y fundar sus decisiones basadas en el riesgo.

En el ámbito del Derecho Penal se reconoce el castigo de ciertas actividades consideradas como «fraudulentas» por el deudor. En el capítulo VII, título XII del CP se castiga la insolvencia culposa, como una categoría diferente, aunque relacionada, con las actuaciones fraudulentas. Corresponde a aquellas situaciones que buscan, según son descritas por MUÑOZ CONDE, «*quebrantarse la confianza y la buena fe en la capacidad de pago del deudor que los acreedores tenían*»[98]. Lo que se pretende con la tipificación de estos actos es proteger los derechos de crédito del acreedor y castigar las acciones patrimoniales que tienen su base en una obligación inexistente[99].

Como si lo anterior no fuera suficiente, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil ha ampliado la legitimación que tienen las masas patrimoniales separadas que operan *ex lege.* Me refiero al artículo 6.2 de la LEC, que expresamente dispone que; «*[s]in perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado*».

---

[96] En este punto es necesario recordar las discusiones doctrinales en torno al reconocimiento por el sistema registral de un *numerus apertus* de los derechos reales y las expresiones teóricas que lo rechazan y postulan que aunque formalmente se reconozca, el *numerus clausus* es el que rige. Autores como SERVET hablan del *numerus apertus* de contenidos innominados. Una de las principales elaboraciones doctrinales al respecto es la del profesor DÍEZ-PICAZO, Luis, «Fundamentos de Derecho Patrimonial, III», *ob. cit.,* pág. 131.

[97] España. Real Dectreto 926/1998. *Boletín Oficial del Estado,* de 15 de mayo de 1998, núm. 116.

[98] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. pág. 460.

[99] El artículo 259 del CP sobre actos patrimoniales del concursado sin autorización judicial, su pena fluctúa entre 12 y 24 meses.

La situación normativa descrita permite reconocer que a diferencia de las condiciones existentes al momento de elaborar la doctrina de Orden Público, los intereses de los acreedores en un patrimonio insolvente se encuentran actualmente asegurados. En primera instancia, con el conocimiento informado de los actos patrimoniales de su obligado y, posteriormente, con las acciones de reconstrucción del caudal y revocación de las disposiciones.

Ante los argumentos expuestos, parece inconveniente defender las posturas rigoristas que consideran como nulos los actos de creación patrimonial contractual. Similar postura ha sido asumida por las corrientes modernas del Derecho italiano[100], en donde se percibe una flexibilización de la jurisprudencia y la doctrina para justificar la inclusión de figuras «extrañas» como el *trust.*

En cualquier ordenamiento jurídico —independientemente del sistema *favor creditoris o favor debitoris* que se adopte— es necesario que se garantice la efectividad de la ejecución de las obligaciones para la seguridad del tráfico económico. La fórmula adoptada depende de los recursos jurídicos con los que cuentan los acreedores para la satisfacción de su crédito. La nulidad *a priori* de los actos de disposición sólo tiene sentido cuando existe un verdadero desequilibrio entre las obligaciones de las partes y los mecanismos que tutelan su cumplimiento.

De lo dicho se deduce que en el Derecho español existen recursos cautelares suficientes para la protección jurídica del crédito, sin que sea necesario sancionar como nulo todos los actos de disposición *atípicos.* Esta expresión la hago, sin perjuicio de reconocer que se pueden adoptar otras fórmulas adicionales que amplíen la protección del acreedor[101]. El Derecho positivo moderno realiza una distribución aritmética de derechos y deberes entre los sujetos de la relación crediticia imponiendo, por regla general, amplios derechos coactivos a los acreedores.

Los principios económicos y sociales reconocidos en la Constitución deben atemperar las viejas instituciones jurídicas reguladas por el Código Civil

---

[100] Por lo que MARTÍN SANTISTEBAN, S., «El patrimonio…», *ob. cit.,* pág. 114 y sigs., reconoce como *«relación equitativa entre la autonomía de la voluntad y el Orden Público».* Estos cambios en el concepto de patrimonio corresponde en el ordenamiento italiano a los movimientos doctrinales posteriores a la firma del Tratado de la Haya de 1985.

En donde a pesar de que su artículo 2740 del Código Civil italiano reconoce el principio de responsabilidad universal símil al artículo 1911 del Código Civil. Añade además que las limitaciones de responsabilidad no se admiten sino en los casos establecidos por ley. Ese ordenamiento jurídico, *«se puede hablar de una corriente doctrinal y jurisprudencial predominante que define la posibilidad de una armónica coexistencia entre las exigencias de la tutela del crédito y la constitución de patrimonios separados o autónomos al amparo de la autonomía de la voluntad».*

[101] Me refiero particularmente a algunas instituciones interesantes del Derecho Mercantil norteamericano como el *Credit Report* que permiten antes de pactar una obligación conocer el estado financiero del deudor y determinar el nivel de riesgo de incumplimiento. Con esta herramienta el acreedor tendrá un conocimiento informado sobre la relación pactada.

permitiendo, por la vía de la libertad contractual, la consecución del objetivo más importante del Orden Público: conseguir un Derecho justo para las partes.

3. LA NOCIÓN UNITARIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Corresponde ahora analizar las teorías sobre la titularidad de los derechos de propiedad en el Derecho español y la barrera doctrinal que se ha sembrado alrededor de la imposibilidad de su desdoblamiento. Sin embargo, desde la codificación hasta la bursatilización se han reconocido instituciones que poseen una difusa configuración sobre las facultades de «dominio».

Luego de analizadas las vías de incorporación de la fiducia en el Derecho Comparado, se hace preciso detenernos en el desarrollo histórico del negocio fiduciario en España.

3.1. El concepto de propiedad

La principal barrera jurídica para la introducción del *trust* se cifra en el concepto tradicional de propiedad[102]. El artículo 348 del Código Civil describe a este Derecho como el de «gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas por Ley».

No existe un concepto unívoco sobre el contenido del Derecho de propiedad. Pero el artículo 348 del Código Civil la define como la reunión de sus tres facultades: disponer, gozar y revindicar. Alertan Díez-Picazo y Gullón Ballesteros que: «*Han sido innumerables las críticas que tal definición ha sugerido centradas todas ellas sobre la idea básica: las facultades dominicales son muchas más, no se pueden encerrar en tres verbos*»[103].

---

[102] El concepto de propiedad en el Código Civil no se reduce a las prerrogativas que tiene una persona sobre los bienes, sino que es la base de la actividad jurídica. Por eso, el Código presenta materias como sucesiones, contratos, obligaciones, garantías y prescripción como las diferentes formas de adquirir la propiedad. Como expone Zenati-Castaing, F., «La propriété, mécanisme fundamental du droit», en *RTDciv.* (2006), Juillet/Septembre, n. 3, pág. 445: *«Le code civil a fait de la propriété un système qui rend compte des principales notions fondamentales du droit. Les biens sont des propriété. Les droit sont tous des droit de propriété, sauf les droit incorporels, qui n'en sont que l'assiette. Les personnes constituent una tecnique d'appropriation quend elle ne sont pas, ce que devait révéler le droit postériur, elles-mêmes objet de propriété».*

[103] Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, *Sistemas de Derecho Civil,* Madrid, Tecnos, (2003), pág. 162.

Sin embargo a pesar de los caracteres particulares que dispone el Código Civil sobre el concepto[104], la doctrina ha intentado abstraerlo y construir una noción abstracta y omnicompresiva[105]. Se identifican como sus principales atributos:

Unidad[106]. Existe un solo tipo de dominio y es el derecho más pleno sobre la propiedad, lo cual no es óbice para que su contenido se encuentre limitado por otros derechos. Como explica MONTES PENADÉS: «*En términos escolásticos diríamos que mudan los accidentes, pero no la esencia*»[107].

Perpetuidad. En este sentido, se vislumbra desde dos vertientes: uno, el concepto de propiedad se encuentra atado a la duración de la cosa sobre la que recae o a diferencia de otros derechos reales como la enfiteusis, el usufructo o, el uso y la habitación; no tienen limitaciones temporales.

Exclusividad. Consiste en la oponibilidad y exclusión de terceros. Limitado sólo por los límites impuestos por la Ley y las doctrinas de abuso del derecho, artículo 7 del Código Civil. Característica que comparte con otros Derechos reales y que es descrita por CASTÁN como «*la facultad de persecución inherente a los derechos reales (…) y la facultad de realización directa, es decir, de utilización, goce y disfrute de la cosa. Confiere también a su titular la facultad de* exclusión *que le permite reclamar que se ponga fin a una amenaza a su derecho o a una perturbación ya realizada*»[108]. Énfasis suplido.

Elasticidad. El contenido puede verse configurado a partir de formas indeterminadas y amplitud de posibilidades, «sin más limitaciones» que las contempladas en la Ley. Esta última característica impide que pueda agotarse mediante una definición dogmática y taxativa el contenido mínimo de la propiedad. Lo

---

[104] El artículo 348 del Código Civil español procede del artículo 544 del Código francés y que fue reproducido por el artículo 832 del Código Civil italiano, que aborda el concepto de propiedad a partir de una enumeración de sus principales facultades o conjunto de facultades como son el goce y disposición. Distinta es la solución legal planteada en el Código alemán, artículo 903, y el suizo, artículo 641, que intentan abstraerse del concepto en un sentido amplio de facultades de disposición del individuo sobre la cosa.

[105] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral,* vol. II, 14.ª ed., Madrid, Reus (1987), pág. 95, lo caracterizan como el *«derecho real más compresivo y que sirve de tipo a los demás»* y como *«cualquier relación jurídica de apropiación, plena o limitada, de las cosas corporales»*. En este sentido, se encuentra la STS de 3 de diciembre de 1946 (Sala de lo Civil).

[106] LA STS de 27 de junio de 1991 lo expresa en los siguientes términos: «Es doctrina reiterada de esta Sala que teniendo el dominio un contenido unitario, global y elástico, distinto de sus facultades, no puede haber incompatibilidad entre la propiedad y la atribución del ejercicio de algunas de esas facultades por persona distinta, pues con ello no pierde su integridad potencial determinante de la posibilidad de recuperación, en su día, toda las facultades».

[107] MONTES PENADÉS, «Artículo 348 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia (1993), pág. 952.

[108] CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil, *ob. cit.,* pág. 111. Véase, además, a MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 700 y 702», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil español,* 7.ª ed., Madrid, Reus (1972).

que permite que pueda adaptarse a las características físicas del bien, los derechos de terceros sobre la cosa y las limitaciones sociales y legales impuestas al propietario para el ejercicio de sus derechos[109].

Como resultado de lo anterior, el concepto de propiedad permite ser descrito como un «señorío[110] abstracto y unitario que recae sobre una cosa». Siendo su naturaleza el ser Derecho de real más pleno y subjetivo[111].

3.1.1. *La unidad en el Derecho real de propiedad*

De las características anteriormente descritas, la exclusión del dominio dividido en el *Civil law* es el resultado de una larga evolución jurídica[112] que culmina con la Revolución Francesa y su efecto en la codificación napoleónica. Autores galos como RIPERT[113], CAPITANT[114] y POTHIER[115] interpretan que el gran avance en la incorporación del *Code* es que elimina la división feudal de la propiedad.

Retrospectivamente[116], el Derecho de propiedad pasa del concepto romano de *plena in re potestad* y *dominum ex iure quiritium,* que reconocía al titular de la cosa derechos plenos e ilimitados. Al derecho medieval, que se distingue

---

[109] Es un derecho elástico porque implica que el dueño pueda despojarse de algunas de sus facultades, pero mantiene el derecho a reivindicar la cosa. Además reabsorbe las facultades, si estas no las tienen otro titular.

[110] En la partida 7, título XXXIII, Ley 10 dispone que *«propiedad es el señorío de la cosa, e posesión, es la tenencia della».*

[111] Algunos autores interpretan que se trata de un poder subjetivo y exclusivo que tiene una persona sobre la cosa y que es indisoluble del sujeto. Véase, por ejemplo, las Institutas de Justiniano 2,4,4 y ZENATI-CASTAING, F., «La propriété…», *ob. cit.,* pág. 452, que indica al distinguir la propiedad del dominio que: *«Le droit de propriété que nous a légué le droit sacant médiéval est, il est vrai avatar de la qualité propre de la chose évoquée plus haut, une chose que l´on aurait artificiellement transformée en un droit».*

[112] Como expresa ENNECCERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil. Derechos de cosas,* T. 3. v. 3, 3.ª ed., Barcelona, Bosch (1971), pág. 321, sobre la característica unitaria del dominio en los Derechos continentales, se trata de *«la tendencia iniciada en nuestra Patria desde principios del siglo XIX para liberar a la propiedad de las desmembraciones y cargas que había sufrido anteriormente por consecuencia del feudalismo».*

[113] Para RIPERT, *Le déclin du droit,* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1949), pág. 195, la justicia consiste en darle a cada uno lo que es suyo, por lo que la exclusividad es la característica de la propiedad.

[114] CAPITANT, *Sur la nature des droit réels.* SIREY, *Mélanges Sugiyama* (1940), pág. 31, indica que los derechos privados contienen una apropiación por lo que constituyen una ventaja para su titular y que es exclusiva y reservada para sí frente a terceros.

[115] POTHIER, *Traité du Droit de Propriété,* n.º 134.

[116] Se identifican históricamente cuatro diferentes periodos evolutivos del concepto de propiedad. El primero es el tiempo primitivo, caracterizado por la propiedad comunal y colectiva. Ejemplo de esto es el *Kohler* de la India y el *Brunner* germano.

Posterior a esta época, se encuentra el derecho romano en el que existía un derecho pleno.

por presentar diferentes modalidades de propiedad individual como lo eran: la alodial, beneficiaria, censal y servil. La primera que se adquiría de forma libre; la segunda era un beneficio o concesión sobre la tierra a cambio de servicios; la tercera o censal implicaba un intercambio del uso de la propiedad por el pago de rentas o cánones; y la servil que se presentaba como una relación de dependencia entre el siervo y la tierra[117].

El dominio en el medioevo se identificaba con una relación de jerarquía entre señores y vasallos. La propiedad se hallaba dividida[118] por el *dominio directo*[119] (el señor feudal) y la sumisión del *dominio útil*[120] (vasallo). Por ende, los derechos sobre la cosa dependían exclusivamente de las características de la persona[121].

Con la Revolución Francesa se plantea la igualdad entre los sujetos y un único y absoluto concepto de propiedad[122]. El resultado es que en el derecho continental, como explica ENNECCERUS, «*Se ha prescindido también de la división de la propiedad que aun en el derecho común reconocía en propiedad superior e inferior, si una cosa tiene varios propietarios, estos sólo pueden participar en el dominio con derechos iguales en cuanto al contenido, y no con derechos distintos*»[123].

En el tercer periodo, el Derecho medieval, la propiedad se encuentra dividida en dos dominios y existe una combinación entre los derechos personales y reales, porque la propiedad estaba ligada a un sistema personalista.

Finalmente, el artículo 348 del Código Civil español responde a una elaboración de la «Escuela de la Exégesis», que representa la idea de la propiedad como un derecho fundamental, en donde el propietario ostenta un «Señorío abstracto».

Sobre la propiedad en su aspecto histórico y social: GROSSI, *Historia del derecho de propiedad,* Barcelona, Ariel (1986). LALINDE, «El concepto de propiedad en el Derecho Histórico español», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (1962), julio-diciembre.

[117] Para su desarrollo puede verse SCAEVOLA, «Artículo 348 del Código Civil», en *Código Civil,* Madrid, Reus (1949).

[118] La relación jurídica entre señor y vasallo era dentro de un *contrat de fief,* que como expresa ELLUL, *Histoire des institutions de l'antiquité.* Tomo III, 6.ª ed., Paris: Presses Universitaires de France (1969), pág. 101. *«Contrat solennel qui se noue par l'hommage et se confirme par un serment de fidélité».*

[119] El dominio directo era, como expresa CANDIAN ALBINA, «La propriété», en AA.VV., *Property, propriété, Eigentum. Corso di diritto comparado,* Padova, Cedam (1992), pág. 202, *«era il diritto "superiore" del suvrano sulla terra che veniva concessa ad un altro soggetto, chiamato vassallo, per recompensarlo dei servizio resi o per assicurarsene la fedeltà futura».*

[120] Sobre el dominio útil, CANDIAN ALBINA, «La propriété», *ob. cit.,* pág. 202, se trata de *«si traduceva perciò nella concessione od investidura fatta dal sovrano al vasallo il quale a sua volta si trovava nel godimento di una tenure».*

[121] Como expresa CANDIAN, *ob. cit.,* pág. 194, *«Dal domonio orgoglioso ed exclusivo della proprietas romana si passa perciò ad una tecnica di appartenenza sulla terra a caractere personale e frazionato».*

[122] SCAEVOLA, «Artículo 348 del Código Civil», *ob. cit.,* pág. 368, *«La Revolución francesa podía ser definida "la sustitución del derecho personal por el derecho real"».*

[123] ENNECCERUS, KIPP, WOLF, «Tratado de Derecho Civil», *ob. cit.,* pág. 329.

A la luz de las consideraciones anteriores, se puede fácilmente concluir que mediante la codificación napoleónica se introduce la idea de que existan varios titulares o copropietarios, siempre y cuando, estos ostenten los mismos derechos sobre la cosa en proporción de sus participaciones. Por lo que cuando dos o más personas comparte el dominio, «c*ada propietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales*» (STS de 28 de mayo de 1986).

No es posible conceptualmente, por ende, como en el caso del *trust* que la propiedad se *desdoble,* de forma que el fiduciario obtenga la propiedad formal y el beneficiario la material. Sin embargo, esta visión del dominio como absoluto y unitario ha sufrido un paulatino declive[124], fundado en las siguientes situaciones:

Uno. La inviolabilidad y plenitud del libre ejercicio del derecho de propiedad ha quedado subordinado a deberes superiores sobre la «función social»[125] de la propiedad. Y actúa «*no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo (…) la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido*» (STC 37/1987, de 26 de marzo).

Dos. A pesar de que las nociones de unidad y exclusividad de la propiedad son el resultado de la interpretación doctrinal, el derecho positivo regula instituciones que configuran dos titulares con diferentes facultades de dominio sobre el mismo bien. Ejemplo de esto son enfiteusis, el usufructo con facultad de disposición y la multipropiedad.

---

[124] La esencia de la propiedad, predicada por el Código Civil, se encuentra en crisis no sólo en España, sino en otros países de tradición civil. Puede verse a autores como PATAULT, A. M., *Introducción historique au droit des bienes. Droit civil,* Paris, Presses Universitaires de France (1989), pág. 261, y GAMBARO, A., *Jus aedificandi e nozione civilistica della propietà,* Milano: Dorr. A. Giuffrè Editore (1975), núm. 17, pág. 398.

[125] En la actualidad el derecho de propiedad se distancia del concepto individual que caracterizó la propiedad del código napoleónico. En dicho articulado se trata como el «modo más absoluto» de gozar y disponer de la cosa, artículo 544 del Código Civil y es visto a partir de un pluralismo normativo que recoge un concepto más social. En este sentido, se encuentran disposiciones como el artículo 33.2 de la CE, que protege el concepto de propiedad basado en la utilidad social que ésta preste.

Para ver cómo ha variado este concepto en Europa, puede verse el trabajo de HAUMONT, «Les limitations du droit de propriété immobilière», en *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale,* Bruxelles, Academia-Bruylant (1995), págs. 86-123.

Tres. La evolución del concepto de dominio en otras jurisdicciones civilistas como Francia[126], Italia[127] y varios países en Latinoamérica que han incorporado la fiducia desdibujando las características vitales del dominio unitario.

3.2. Anomalías en el concepto unitario de propiedad

La propiedad como concepto unitario tiene sus debilidades en el reconocimiento de figuras jurídicas que plantean dos o más titulares con facultades de dominio distintas sobre un mismo bien. Algunas de estas instituciones son clásicas del derecho civil y otras, son el resultado de adaptaciones de derecho extranjero.

3.2.1. *Usufructo con facultad de disposición*

De ordinario todo usufructo «da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia», artículo 467 del Código Civil. El usufructuario es el único legitimado para «*percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles con el complemento del también derecho a disfrutar de toda clase de utilidad de la cosa, aunque no sean los frutos*»[128]. Mientras que el nudo propietario conserva la titularidad dominical de la propiedad, simplemente que sus facultades se encuentran suspendidas hasta la extinción del usufructo[129].

---

[126] Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (Journal Officiel de la République Française du 21 février 2007).

[127] Legge n. 6323, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, añadiendo al artículo 2645 del Codice civile.

[128] STS de 18 de julio de 1990, sobre el usufructo de acciones de una sociedad y el derecho de suscripción de acciones por aumento de capital. Al respecto del caso en participar, el Tribunal Supremo indica que la suscripción de acciones nuevas es: *«normalmente uno de los medios empleados por las Sociedades Anónimas para concederle más beneficios a sus accionistas, no resultaría justo que el nudo propietario hiciera exclusivamente suyo todo el beneficio producido por la suscripción de nuevas acciones, ya que implicaría un enriquecimiento sin causa, o cuando menos sin toda la causa, con un indudable perjuicio al usufructuario, cuando lo lógico es que las ganancias se repartan o distribuyan en proporción de los respectivos derechos, adquiriendo uno el dominio de la nuda propiedad —el nudo propietario suscriptor de las nuevas acciones— y el otro el usufructuario de las originarias o antiguas de que aquéllas traen causa —el usufructo—».*

[129] En este sentido, la solución del Código Civil y la LSA difieren sustancialmente, en el ejercicio de la facultad de administración dependen en exclusiva del usufructuario, de acuerdo al Código Civil, mientras que por el artículo 41 LSA se le reconoce el derecho de voto al nudo propietario.

Así como expresa Garrido Chamorro, P., «Problemática jurídica de las reservas de las sociedades anónimas», en AA.VV., *Estudios sobre la Sociedad Anónima,* Madrid, Civitas

Lo que permite calificar el usufructo como un derecho real sobre cosa ajena, ya que no es parte del dominio y no implica de ordinario un *desdoblamiento* o *desintegración* del dominio (STS de 19 de noviembre de 1925, 3 de diciembre de 1946, 26 de mayo de 1951, 7 de junio de 1960 y 4 de abril de 1970). Es porque como explica Doral García de Pazos, no existen entre el usufructuario y el nudo propietario «*facultades propias de la cotitularidad o comunidad de bienes, como el retracto, y son inaplicables las reglas de la comunidad relativas a la administración y disposición de las cosas comunes*»[130].

Sin embargo, el usufructuario tiene como principal restricción la conservación de la sustancia de la cosa (arts. 467, 487 y 489)[131]. Este principio se altera por el artículo 467 del Código Civil, al permitir la enajenación de cosa por el usufructuario, si se dispone así en «el título de su constitución o la Ley». Esta modalidad de usufructo, se considera como de disposición y, sólo se reconoce sí: 1. Está en los términos del acto constitutivo. 2. Es fruto de negocio oneroso[132], y 3. Se requiere para las necesidades del usufructuario[133].

Tal y como expone la STS de 9 de octubre de 1986 en el usufructo con facultad de disposición, el usufructuario goza de un *iura in re aliena*, lo que implica una distribución entre «*distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio (…) yuxtaponiendo el derecho de usufructo tal poder dispositivo*». Ya que el poder de disposición de la cosa, es exclusivo del titular de dominio y resulta un contrasentido otorgárselo al usufructuario[134].

Este argumento es fácilmente probable a partir de los efectos que produce para el nudo propietario. Ante la enajenación por parte del usufructuario con poder de disposición, el nudo propietario sólo conserva el *crédito de restitución*

(1993), pág. 266: «La doctrina separaría en dos niveles las relaciones en materia de usufructo de acciones: las relaciones internas o sustantivas, que se regirían por el régimen del Código Civil (…) y las externas o de legitimación frente a la sociedad, que se rigen por las normas de las LSA».

[130] Doral García de Pazos, J. A., «Artículo 467», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo VIII, vol. I, Madrid, EDERSA, D. L. (2002), pág. 4.

[131] Interpretando esta restricción se encuentra la STS de 27 de junio de 1969, en la que se sanciona como nula cualquier reclamación del inquilino que efectuó cambios que alteraron el destino de la propiedad, con la autorización de su arrendador, que era el usufructuario. Y la STS de 14 de enero de 1969, sobre la prohibición de destruir la cosa.

[132] Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado,* Tomo II, Madrid, Revista de Derecho Privado (1940), pág. 71.

[133] Para esto se tendrán en cuenta criterios como la posición económica del usufructuario y las restricciones impuestas en el documento de constitución (STS de 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 13 de diciembre de 1988 y 2 de julio de 1991).

[134] Sobre la propiedad en el usufructo de disposición se recomienda estudiar a Sánchez Calero, F. J., «El usufructo con facultad de disponer», en *RDP* (1982), marzo, pág. 215 y sigs. Jordano Barea, J. B., «Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC* (1957), pág. 1177 y sigs.

que en este caso no se funda en una cosa identificable, sino que se configura como «*un simple derecho de crédito*»[135].

Existen algunos autores como CÁMARA[136] y SERRANO DE NICOLÁS[137] que plantean que el usufructo con facultad de disposición podrían alcanzar la estructura del *trust*. Incluso SERRANO equipara a las partes considerando al usufructuario como un *trustee* y al nudo propietario como el beneficiario. Sin embargo esta aproximación no es del todo precisa, porque el *trust* se crea para un propósito en función del beneficiario, mientras que en el usufructo el nudo no recibe ningún beneficio del usufructo.

3.2.2. *Enfiteusis*

En un segundo caso se encuentra el censo enfitéutico. El artículo 1605 del Código Civil indica que se produce cuando «una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio»[138].

Como plantea ALBALADEJO[139], la finca se encuentra dividida entre dos personas: el dueño útil o enfiteuta con poderes casi plenos, sólo restringidos por el pago de un canon o pensión y el censualista, o dueño directo, con derecho a cobrar la pensión. Las principales razones en las que se basa O'CALLAGHAN[140] para entender que se trata de un dominio dividido son: la referencia terminológica del Código Civil al disponer que ambos —dominio útil y dominio directo— son dos codueños; los derechos de enfiteuta como dueño directo[141], y no como simple titular de derecho real sobre cosa ajena, en cuanto a los tesoros encontrados (art. 1632 del CC) y la recuperación —en ciertas circunstancias— de la plena

---

[135] DORAL GARCÍA, «Artículo 467», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil..., ob. cit.,* tomo VIII, vol. I, pág. 10.

[136] «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en AA.VV., *Derecho Privado europeo,* Madrid, Editorial Constitución y Leyes, COLEX (2003), pág. 1146.

[137] SERRANO DE NICOLÁS, A., «*Trust* y Derecho de Sucesiones», en AA.VV., *El* trust *en el Derecho Civil,* Barcelona, Bosch (2007).

[138] Como expresa O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Artículo 1605», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil,* Tomo XX, vol. 3, Madrid, 1982, pág. 24, este artículo «tiene la indudable influencia medieval del dominio divido».

[139] ALBALADEJO, Derecho Civil, Tomo I y II, Barcelona, Bosch (2002), pág. 159.

[140] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Artículo 1605», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil,* Tomo XX, vol. 3, Madrid, EDERSA (1982), págs. 26-27.

[141] Interpreta DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Tomo III, Madrid, Civitas (1996), págs. 98-99, que el verdadero dominio corresponde al útil y de lo que se trata en el negocio enfitéutico es la transmisión de la propiedad conservando el titular de dominio material sólo el derecho a la prestación de un canon.

Esta postura ha sido criticada por ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario,* Tomo II, 8.ª ed., Barcelona, Bosch (1997), pág. 460, que indica que los derechos de tanteo y retracto configuran la naturaleza de dominio dividido.

propiedad (art. 1644 del CC); los derechos del dueño directo a recuperar la plena propiedad ante la ausencia de sucesión intestada del enfiteuta (art. 1653 del CC) y al pago del laudemio (art. 1644 del CC); los derechos comunes de ambos titulares al tanteo y retracto recíprocos (art. 1636 del CC), el requisito de consentimiento común para constituir una servidumbre legal (art. 596 del CC); la absorción de las facultades por parte del dominio subsistente sobre el extinguido, y la posibilidad de que se pueda consolidar la propiedad en una sola, mediante condominio (art. 1522 del CC).

Los Tribunales se refieren a la titularidad dominical en la enfiteusis como «dos dominios» (STS de 22 de julio de 1988) y como una «escisión de las facultades soberanas de dominio» (STS de 8 de octubre de 1991).

3.2.3. *Multipropiedad*

Con el fin de evitar el abuso de consumidor-adquirente, se promulga la Directiva Europea 94/97/CEE[142] que luego fue transpuesta por la Ley sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias —en adelante LAT[143]—. Esta regulación modifica la interpretación doctrinal de multipropiedad, al señalar que se trata de un real limitado sobre cosa ajena, en el cual «*cada unos de los derechos reales de aprovechamiento por turno se constituyen sobre un departamento y gravan en conjunto la total propiedad del mismo*».

Este concepto jurídico importado[144] no tiene un concepto unívoco, sino que es identificado por sus características. Se encuentran como elementos comunes para Álvarez Arza, «*la obtención del derecho de uso y disfrute del bien, por un tiempo determinado, derecho que se ejercita por turnos entre los diversos titulares del mismo*»[145].

---

[142] Directiva Europea 94/97/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994.

[143] Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias *(BOE* 300/1998, de 16 de diciembre).

[144] Existe controversia sobre el origen de este concepto. Algunos autores interpretan que proviene de una práctica adaptada en una estación de esquí en los Alpes franceses, *Super-dévoluy,* que se publicita mediante la frase: *«No alquile la habitación, compre el hotel: es menos caro».* Díaz Ambrona-Bardají, «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RDCI* (2000), 658, pág. 1430.

[145] Álvarez Arza, *El time sharing: Su configuración jurídica-tributaria en España,* Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda (1998), pág. 19.

Herrero García, *La multipropiedad,* Madrid, EDILEX, D. L. (1989), pág. 6, destaca como elementos indispensables el derecho al uso y disfrute en un término específico que tiene una periodicidad inalterable, como indica la multipropiedad *«es la división entre personas del uso del mismo inmueble en el tiempo, mediante un sistema de turnos, que en la práctica se realiza fraccionando el año solar en periodos de uso de igual o diferente duración. Cada adquirente*

Las principales razones caracterizarlo como un dominio dividido antes de la promulgación de la LAT y que aun tiene plena vigencia, son fundamentalmente dos: 1. El derecho del titular del Aprovechamiento de Turno a usar y disfrutar del inmueble, sin ninguna limitación, durante el periodo que le corresponda; y 2. Las facultades y derechos que conserva el promotor del complejo sobre la cosa.

En cuanto al titular, con sólo restricciones temporales, tiene plenas facultades de uso y disfrute sobre el bien; así como las de enajenación y transmisión de sus derechos sin que sea necesaria la intervención de un tercero (art. 15 LTA). Esto lo distancia del arrendamiento y del derecho real de uso y habitación. Cuenta además con la facultad de persecución, lo que permite instar acciones *erga omnes*[146] para proteger su derecho y le aplican supletoriamente las normas de Comunidad de Titulares del Régimen de Propiedad Horizontal [art. 15(40(5) LTA].

Sobre el promotor del complejo —o propietario[147] de acuerdo al art. 16 de LTA— no tiene derecho a disfrutar de la cosa, ni a recibir los frutos de la misma durante el término del aprovechamiento de turno. Sin embargo, al igual que el nudo propietario con el transcurrir del tiempo reunirá todas las facultades de dominio (art. 3 LTA). El promotor mantiene una serie de obligaciones, durante la vida del aprovechamiento de turno, que la Exposición de Motivos de la LTA expresa como una obligación de ofrecer «un servicio durante la existencia del derecho, que es lo que explica la naturaleza necesariamente compleja de la relación entre el titular de un derecho de aprovechamiento por turno y el propietario del inmueble».

---

de un derecho que le permite el goce de una vivienda periódica anual, es decir, año por año, pero solo en aquel periodo de tiempo establecido en el momento de la adquisición». Este autor niega que sea posible identificar esta figura con el usufructo, porque no se trata de un «derecho de propiedad perteneciente a otro sujeto».

Mientras que la clave para ADROGUE, *El derecho de propiedad en la actualidad: Introducción a nuevas expresiones: Multipropiedad, cementerios privado, clubes de campo, centros de compras, parques industriales.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1993), pág. 209, es el derecho a disfrutar unas facilidades con finalidad recreativa, por eso lo describe como *«El aprovechamiento de un complejo inmobiliario habitacional de finalidad recreativa o vacacional, en la que quienes disfrutan lo hacen por breves periodos de tiempo, que se renuevan periódicamente».*

Sumado a lo anterior, DÍAZ AMBRONA-BARDAJÍ, «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RDCI* (2000), año núm. 76, núm. 658, pág. 1431, *«una serie de servicios complementarios que podríamos llamar hoteleros».*

[146] «El titular tiene un poder *erga omnes* oponible a todo aquel que le perturbe en uso y disfrute», *supra,* pág. 1440.

[147] Desde antes de la LAT, autores como MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad,* Madrid, Tecnos (1992), pág. 114, señalaban sobre el retracto de comuneros que *«es más beneficiosa la disposición de la cuota sobre el bien que la totalidad del mismo, además de que tiene vocación hacia el disfrute por un número importante de personas del apartamento: argumento contradictorio con el fin último de este derecho de adquisición preferente cual es la acumulación de todos los derechos en unas solas manos».*

En resumen, el que existan titulares de Derechos enajenables y trasmisibles sin la intervención del titular de dominio, y el que el titular de dominio tenga está obligado a garantizar el mantenimiento de la cosa y el disfrute de los titulares del Derecho.

3.2.4. *Los fondos bursátiles*[148]

Sin embargo, los casos más evidentes de dominio dividido son los fondos que operan en el ámbito del mercado de valores. Al analizar la naturaleza de estos entes jurídicos, surge plantear que, tal y como señala el artículo 7 Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, en adelante LIIC[149], «La participación es cada una de las *partes alícuotas* en que se divide el patrimonio de un fondo», y el artículo 2 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva[150], en adelante RIIC, expresa que, «Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, *pertenecientes* a una pluralidad de inversores». Lo que, sin lugar a dudas, plantea que el legislador se refiere al inversor como un co-*propietario* del fondo[151].

El participe del fondo adquiere la titularidad del patrimonio a través del acto de suscripción que de acuerdo con DOMÍNGUEZ DUQUE, es «*el negocio mediante el cual el suscriptor, a cambio de entregar el importe de la participación al depositario queda sometido al reglamento que rige el fondo y adquiere los derechos inherentes a la participación normalmente (…) emitid[a] conjuntamente por el depositario y la sociedad gestora*»[152].

Una vez el partícipe se une al fondo, le pertenece en la porción aportada. Pero qué derechos le acompañan a ese domino: de los reconocidos legisla-

---

[148] Para una discusión sobre su caracterización sobre la división de la propiedad en los fondos bursátiles, puede verse a BADOSA COLL, F., «Examen de tres "esquemas fiduciarias" en el Derecho español», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* I, Madrid, Civitas (2003).

[149] Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

[150] Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

[151] En el Derecho francés, que también clasifica a los partícipes como propietarios, se señala que en el artículo L214-21 del CMF (introducido por la Disposición núm. 2000-1223, de 14 de diciembre de 2000, Diario Oficial de 16 de diciembre de 2000) que: «[e]n todos aquellos casos en los que disposiciones relativas a las sociedades y a los valores mobiliarios exijan la indicación de los apellidos, nombre y domicilio del titular del título, así como para cualquier operación realizada por cuenta de los copropietarios, la designación del fondo común de inversión podrá sustituir válidamente a la de todos los copropietarios».

[152] DOMÍNGUEZ DUQUE, «Participación y certificados en los fondos de inversión mobiliaria», en AA.VV., *Coloquio sobre el Régimen de los Fondos de Inversión Mobiliario,* Bilbao, (1974), pág. 347.

tivamente, destacan dos[153]: información y *desinversión*. Este último legitima a los suscriptores para que «soliciten el reembolso de sus participaciones» (Circular de 3/2006[154], de 26 de octubre) en moneda o especie (art. 5 de la ORDEN EHA/1199/2006[155]), de acuerdo a unas normas generales fijadas por la Ley (art. 12 LIIC) y por el Reglamento del fondo. El segundo es un derecho general que tienen todos los participantes del sistema bursátil.

Estos derechos de *propietario* se contraponen con las facultades de las sociedades de gestión que requieren que pueda, por sí misma o con la ayuda de la ED, seleccionar la estrategia de activos, comprar y vender acciones o derechos de acuerdo con el *market timing*[156], sin que sea necesario contar con la aprobación del inversor.

Lo que implica que los órganos de gestión disfrutan de todas las «facultades de dominio[157] *sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario,*

---

[153] Se determina como derecho además el poder exigir responsabilidad de los órganos de gestión y depósito por incumplimiento de la ley, pero de ordinario en el Reglamento de Gestión se traspone las obligaciones legales de estas instituciones. También se reconoce el derecho del partícipe a acudir al Comisionado de Defensa al Cliente (art. 22 a 35 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, sobre Reforma al Sistema Financiero —*BOE* 281/2002, de 23 de noviembre—) un ente administrativo con la función de asesorar e informar al cliente sobre sus derechos (art. 48 LIIC, Real Decreto 303/2004, *BOE* 54/2004, de 3 de marzo, de 20 de febrero y Orden ECO/734/2004 —*BOE* 72/2004, de 24 de marzo—).

[154] *BOE* 279/2006, de 22 de noviembre de 2006.

[155] *BOE* 99/2006, de 24 de abril de 2007.

[156] Por *market timing* se entiende tradicionalmente, como explica SOLDEVILLA, «Los fondos de inversión…», *ob. cit.,* pág. 79, *«las estrategias de elección del momento en que deben comprarse o venderse los títulos a la vista de los indicadores económicos»,* estas decisiones dependen de minutos o segundos que pueden representar aumentos o disminuciones en el valor de los activos del fondo o variaciones de acuerdo a la volatilidad de los títulos. Este último término corresponde al cambio de precio de un determinado título en un periodo corto de tiempo.

En EE.UU., a partir de 2003, el término de *market timing* se ha utilizado también para describir una práctica de los fiduciarios de los fondos de inversión, que aprovechando la diferencia horaria de los mercados europeos y asiáticos especulan sobre sus capitales y acciones.

Como explica WARD, David, «Protecting Mutual Funds from Market-Timing Profiteers: Forward Pricing International Fund Shares, University of California», en *Hastings College of Law Hastings Law Journal,* núm. 3 (2005), vol. 56, pág. 585, funciona así: *«mutual funds calculate the price of international securities or thinly-traded securities they hold at the last price at which they were traded, a price that is often hours old. Funds that hold shares of stock traded in Europe or Asia use the last available closing price, which is generally calculated when those markets have closed earlier in the day - 11:30 a.m. eastern standard time generally for European markets and 2:00 a.m. eastern standard time the previous evening for shares traded on Asian exchanges».*

Esta práctica, aclara el autor, es *«fraudulent and violates the funds' fiduciary duties to shareholders because the practice can cost the funds some profits, harming all the funds' other shareholders».*

[157] En este punto diferimos de la apreciación de RICO ARÉVALO, Belén, «Tratamiento de responsabilidad de las Sociedades Gestoras de los Fondos de Inversión», en AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero,* vol. IV, Madrid, McGraw-Hill,

y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos» (art. 3 LIIC)[158].

Con esta referencia se intenta, normativamente, superar la discusión doctrinal relativa a los actos jurídicos que podían desempeñar las sociedades de gestión sobre el patrimonio del fondo[159] y proteger la gestión, prohibiendo que puedan «impugnarse por defecto *las facultades de administración y disposición de los actos y contratos realizados por la SGIIC con terceros en el ejercicio de las atribuciones que les correspondan, conforme a lo establecido en la ley y en este reglamento*» (art. 2 RIIC) (énfasis suplido). Este carácter reviste a las actuaciones de gestión de un efecto *erga omnes,* que imposibilita al partícipe a ejercitar acciones de dominio o reivindicación sobre los bienes dispuestos por la Sociedad de gestión.

2002, pág. 4345, que entiende que las facultades de la SGIIC se limitan a *«la administración, representación, gestión de inversiones y gestión de suscripción y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión».* Los actos de gestión abarcan entre otros supuestos: realizar las suscripciones, emitir los certificados de participación, seleccionar los valores, representar los derechos políticos y económicos del fondo (art. 46 LIIC), ordenar las operaciones bursátiles, la compra y venta de activos, llevar la contabilidad y rendir cuentas, responder ante la CNMV sobre los movimientos del fondo, contratar a los terceros para la realización de operaciones, calcular el valor de las participaciones, cobrar las comisiones, pagar los impuestos, cumplir con las obligaciones asumidas en representación del fondo, repartir dividendos, modificar el reglamento, aprobar la emisión o reducción de las participaciones y la suspensión, cuando corresponda, de los reembolsos, exigir responsabilidad de la ED (art. 46), autodisolverse, sustituir a la ED y liquidar el fondo, entre otros.

[158] Sobre esta facultad jurídica, plantea CASTILLA, Manuel, «Titulización», *ob. cit.,* pág. 202, a propósito de los FTH: *«[r]esulta muy difícil explicar cómo la Sociedad Gestora puede integrar el contenido del fondo sino es titular del mismo».*

[159] La doctrina científica ha tratado de cifrar los actos que pueden ejercitarse sobre las cosas ajenas de acuerdo a tres tipos: conservación, disposición y administración. Por los primeros se entienden aquellos actos que, según explica AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación,* Madrid, Motecorvo, 1973, pág. 305, *«no dejan libertad de elección y se encaminan a mantener la cosa en su función propia»* (por ejemplo, art. 801 LEC). En el segundo tipo se encuentran los actos reservados al titular del dominio en el ejercicio de su derecho y para los cuales se requiere una autorización expresa del titular (STS de 30 de abril de 1992) o del Tribunal (art. 236.1 del CC, art. 5.3 de LPPD, art. 1396 del CC, entre otros). En el tercero —presenta mayor discusión doctrinal— se encuentran los que tengan por objeto mantener la identidad patrimonial mediante el balance de sus activos y pasivos.

Según explica DE ARCO TORRES, Miguel A., *Diccionario de Derecho Civil I,* Madrid, Aranzadi, 1984, pág. 62, *«para la realización de los actos de administración se siguen criterios de oportunidad, por el contrario, el acto de conservación se nos presenta como un acto debido, o como un acto concreto que se debe realizar, con la finalidad de mantener la cosas (o sea el patrimonio) en estado de seguir cumpliendo sus funciones propias».* Para una mención moderna jurisprudencial sobre la doctrina de los actos, véase la STS de 21 de febrero de 1990.

Lo anterior conlleva por ende a concluir que el *dominio* planteado por los fondos bursátiles se caracteriza por una titularidad formal que sólo reconoce derechos que podrían clasificarse como de naturaleza obligación como son información y desinversión, con un único componente real que es el derecho a percibir los frutos que produzca el patrimonio. Por otro lado, existe una relación de gestión hacia el fondo que le permite a la sociedad de gestión ejercitar todas las facultades del dominio, sin derecho a frutos. Este es sin duda alguna una institución más símil al *trust* que al concepto de dominio unitario del derecho español.

CONCLUSIONES

Fundamentalmente se esbozan como dos las barreras jurídicas, que aun tienen vigencia, para excluir cualquier aproximación al *trust:* la primera, el Orden Público económico como límite a la autonomía de la voluntad y la segunda, la noción propiedad indivisa. Ambos postulados, sin disposiciones expresas del derecho positivo que los respalden, surgen como un intento de la hermenéutica por evitar la inequidad jurídica en caso de abuso en las relaciones envueltas.

El desarrollo conceptual de la primera barrera se ampara en las normas sobre responsabilidad civil del individuo. Ante la ineficiente protección de la acción pauliana (arts. 1111 y 1911 del CC) y el potencial menoscabo de las obligaciones del individuo, la dogmática científica recurre al concepto de «orden público económico» para sancionar como nula cualquier alteración del caudal económico en *pro* de crear un patrimonio separado *ex lege*. La lógica que subyace dicha relación es que, por principios superiores del ordenamiento y para proteger a los acreedores como parte contractual más débil, se requiere declarar la nulidad de aquellos pactos que creen un universo separado regido por la autonomía de la voluntad.

No obstante, las modernas normas de protección del *favor creditore* como la Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Penal, los sistemas de garantía y los registros mobiliarios e inmobiliarios, entre otros; constituyen herramientas suficientes para garantizar la equidad de las relaciones entre acreedor y deudor. Corresponde ahora, basándose en el desarrollo legislativo, desmarcar como *nulo* los patrimonios separados fundados en la voluntad negocial y corregir el rumbo del Orden Público económico.

Como segunda barrera jurídica para la introducción del *trust*, la hermenéutica del Código Civil interpreta que corresponde exclusivamente al titular dominical todas las facultades del derecho propietario. La incorporación del artículo 348 del Código Civil, se concibe como una corrección a la inequidad que resultaba de la división feudal de la propiedad. Las excepciones a esta postura se presentan en el propio Código Civil que reconoce algunas instituciones, como el censo

enfitéutico, el usufructo con facultad de disposición y los fondos bursátiles que plantean la división de las facultades propietarias entre diversos sujetos sobre el mismo objeto. No obstante lo anterior, se proclama la absoluta indivisibilidad del dominio y en contra partida, una hipotética exclusión de la propiedad fiduciaria. Esto ha dejado a dicha institución en una laguna legal y doctrinal sobre su propia naturaleza, responsabilidad, acciones y obligaciones.

RESUMEN

FIDEICOMISO, FONDOS DE INVERSIÓN, PROPIEDAD

La figura símbolo de la brecha jurídica entre el common law *y el Derecho Civil es el* trust. *Durante el pasado siglo se han publicado números estudios científicos que niegan la posibilidad de que esta institución jurídica pueda ser incorporada en el Derecho español. Las premisas en las que se fundan dichas afirmaciones están atadas a una compleja elaboración teórica de nociones tales como patrimonio y propiedad. Este artículo hace una revisión de la actualidad de esas teorías bajo la regulación actual española.*

ABSTRACT

TRUST
INVESTMENT FUNDS
PROPERTY

The trust *is the symbol of the legal gap between* common law *and civil law. Over the last century numerous scientific studies have been published denying that trusts could ever become part of Spanish law. The premises on which such statements are grounded are tied to a complex web of theories concerning notions such as «estate» and «property». This article reviews the current state of these theories under current Spanish legislation.*

(Trabajo recibido el 5-9-2012 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

Los riesgos en el contrato de compraventa: propuestas

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Doctor en Derecho
Profesor Ayudante Específico de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN:

1. La imposibilidad sobrevenida de la prestación en el régimen del Código Civil:

   A) *La doctrina tradicional y su evolución posterior.*
   B) *Apunte de Derecho Comparado. La experiencia del* Common Law *y la doctrina de la* frustration.

2. La falta de conformidad con el contrato como incumplimiento en el marco del Título V, libro segundo, TRLGDCU'07, y el régimen de riesgos por pérdida o menoscabo fortuito en la compraventa del Código Civil. Estado doctrinal.
3. Apuntes de Derecho Comparado:

   A) *Derecho alemán.*
   B) *Derecho británico.*
   C) *Derecho francés.*
   D) *Derecho italiano.*

4. Componentes lógicos de un sistema de responsabilidad contractual. Visión general.
5. Componentes lógicos de un sistema de responsabilidad contractual. Aproximación concreta:

   A) *Incumplimiento e imputabilidad subjetiva.*
   B) *Previsibilidad al tiempo de formación del contrato.*
   C) *Evitabilidad del hecho en fase de ejecución del contrato.*

D) *Sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato.*

6. La transmisión del riesgo en la compraventa del Código Civil, y la venta de productos con consumidores.
7. Autonomía de la voluntad y transmisión del riesgo en la venta de productos a consumidores.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Título V del Libro segundo del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (desde aquí, TRLGDCU'07), que comprende los artículos 114 a 127, regula el régimen de responsabilidad del empresario por las faltas de conformidad con el contrato de los *productos* (cfr. art. 6 TRLGDCU'07) que, en el marco de su actividad empresarial o profesional, transmite, *fundamentalmente (aunque no exclusivamente; cfr. art. 115.1 TRLGDCU'07) mediante compraventa*, a aquellos que adquieren al margen de una actividad empresarial o profesional (cfr. arts. 2 y 3 TRLGDCU'07).

Esta regulación supone el cumplimiento de los deberes transpositivos impuestos por la *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en un primer momento transpuesta por la ya derogada (y refundida en el texto de 2007) *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.*

La aprobación en su momento de la Ley 23/2003, y su posterior refundición junto con otras leyes en el actual Texto Refundido de 2007, ha supuesto para el Derecho Privado español, y en el limitado ámbito de aplicación del Título V del Libro segundo del citado Texto Refundido, la adopción de unos modelos de responsabilidad contractual que en gran medida rompen con los esquemas tradicionales en la materia heredados del Derecho Romano, e incorporan elementos procedentes de la tradición jurídica del llamado *Common Law*, cuya operatividad se pone de manifiesto en el que quizá sea el texto internacional más importante del Derecho de Contratos: la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980 (desde aquí, CV'80). En efecto, la Directiva 1999/44/CE, al configurar su conjunto de normas que significan su «Derecho mínimo» ha tomado como modelo el régimen de responsabilidad contractual por faltas de conformidad en las mercaderías previsto en la CV'80. Los países en los que esta Convención es Derecho vigente responden a tradi-

ciones jurídicas muy distintas, hasta el punto que los autores la han calificado de «feliz fusión» de esquemas procedentes del *Common Law* y del Derecho continental[1]. Era por tanto razonable que el legislador comunitario, al dictar esta norma, tomara la Convención de Viena como modelo. De esta forma, la doctrina que se ha creado en torno al régimen de responsabilidad del vendedor por faltas de conformidad en la Convención de Viena supone una herramienta muy valiosa para comprender las soluciones adoptadas por la Directiva de 1999, y a su través, por nuestro legislador.

> La influencia de tales esquemas de responsabilidad contractual está llamada a extenderse, no sólo a regímenes contractuales particulares, sino también a la hipotética construcción de regímenes generales de Derecho de Obligaciones tanto a nivel europeo como a nivel nacional. A nivel europeo, trabajos como los PECL, el DCFR, y los trabajos realizados por el Grupo de estudio sobre un Código Civil europeo (Principios *Acquis* y PELS) dan buena cuenta de lo anterior. Y a nivel nacional, lo mismo puede afirmarse de los trabajos elaborados en el seno de la Comisión General de Codificación, tanto en la sección de Derecho Civil[2] como en la Sección de Derecho Mercantil[3]: estos trabajos suponen una modernización de aspectos esenciales del Derecho de obligaciones, inspirándose de forma expresa en la Convención de Viena, los PECL y los Principios UNIDROIT.

El relativamente limitado ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad contractual por faltas de conformidad del producto con el contrato previsto en los artículos 114 y sigs. TRLGDCU'07[4], y los límites de la idea de falta de conformidad con el contrato como *tipo* de incumplimiento contractual[5], lleva a concluir que el ingreso en el Derecho español de los esquemas de responsabilidad apuntados se ha producido sólo para una pequeña parcela del tráfico jurídico, y

---

[1] Díez-Picazo, L. (2003), «Reforma de los Códigos y Derecho europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fasc. IV, octubre-diciembre de 2003, 1565.

[2] Véase la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa* (BIMJ núm. 1988, págs. 108 y sigs.), y la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (BIMJ, año LXIII, enero de 2009).

[3] Véase la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad* (BIMJ, núm. 2006, págs. 203 y sigs.), y la más reciente *Propuesta de Código Mercantil* (2013).

[4] El análisis de esta cuestión exigiría un estudio particular. Valga tener en cuenta que queda fuera de su ámbito de aplicación toda transmisión que no sea de empresario a consumidor, así como todo el tráfico inmobiliario.

[5] El concepto de «falta de conformidad con el contrato» exigiría también un estudio particular. Baste, a estos solos efectos, tener en cuenta que el concepto de «falta de conformidad» no engloba todos los posibles incumplimientos en que puede incurrir el vendedor. Concretamente quedan fuera de este concepto, y por tanto deberán regirse por sus normas generales los incumplimientos derivados de la entrega de la cosa en un lugar o en un momento distinto del pactado, los supuestos que entran en el marco del saneamiento por evicción, y los supuestos de falta absoluta de entrega.

sólo para determinadas hipótesis dentro de ella. Esto, en mi opinión, supone un problema de evolución normativa «a dos velocidades»: por un lado, nos encontramos con la general del Código Civil respecto de la que se señala la necesidad de su actualización; y por otro lado, la de protección de los consumidores, a través de la que han ingresado en el Derecho español modelos más modernos y, con toda seguridad, más prácticos. Esto produce descoordinación normativa, dando la sensación de que estamos ante un Ordenamiento demasiado «compartimentado». Afecta, naturalmente, al ámbito de aplicación de las *soluciones* adoptadas, lo cual de por sí puede estar justificado cuando se trata de contratos de empresarios con consumidores; pero lo que es negativo es que los *modelos* y la *lógica* de las regulaciones sean tan distintas que incluso pueda decirse que pertenecen a tradiciones jurídicas diferentes. En otras palabras: el régimen de responsabilidad del vendedor en el marco de la compraventa regulada en el Código Civil responde a unos principios y lógica distintos de aquellos por los que responde el vendedor-empresario por falta de conformidad con el contrato cuando el que compra actúa como consumidor.

Esta diferencia se pone especialmente de manifiesto en un aspecto fundamental en el régimen del contrato de compraventa: *el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos de la prestación*. El objeto del presente trabajo es ahondar en esta cuestión en el régimen de responsabilidad del Título V, Libro segundo del Texto Refundido de 2007. Y ello desde dos frentes:

a) Por un lado, desde la conexión del incumplimiento que supone la falta de conformidad con el contrato y el régimen de remedios específicamente previstos en favor del consumidor para tal caso. Los artículos 114 y 118 TRLGDCU'07 suponen en esta sede el punto de arranque. Dispone el primero de ellos que «el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». Por su parte, el artículo 118 prevé que «el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título».

b) Y por otro, y en buena parte como consecuencia de las conclusiones que se extraigan en el análisis del punto anterior, desde la virtualidad que deba reconocerse a las acciones indemnizatorias como mecanismo de protección del derecho de crédito del consumidor. El punto de arranque en esta sede lo conforma el segundo párrafo del artículo 117 del TRLGDCU'07: «en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. La imposibilidad sobrevenida de la prestación en el régimen del Código Civil

A) *La doctrina tradicional, y su evolución posterior*

Tradicionalmente entre nuestros autores se ha entendido que sólo cabe hablar propiamente de un *incumplimiento* cuando le es imputable al deudor por culpa o negligencia la lesión del derecho de crédito derivado de la inobservancia de la prestación. Consiguientemente, si el deudor no pudo realizar la prestación por causas que no le fueron imputables por culpa o negligencia, entonces no existe *incumplimiento*, y por tanto no cabrían las consecuencias propias de éste, marcadamente la resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil. Este supuesto, en el que la falta de prestación no es imputable al deudor, es el campo propio de la institución de los «riesgos», que aunque carece de una regulación específica como tal, los autores no han encontrado problemas en ubicar su disciplina general en los artículos 1182 y siguientes del Código Civil. En concreto, y en lo que aquí interesa, dispone el artículo 1182 del Código Civil que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiera o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora».

Los problemas surgen cuando pretenden trasladarse estos esquemas a las relaciones obligatorias sinalagmáticas, ya que, como ha señalado Morales Moreno con cita a Díez-Picazo, cuando el Código Civil regula estos aspectos el modelo seguido «no es el de la obligación sinalagmática (sin duda el más frecuente hoy), sino el de la unilateral»[6]. La consecuencia de esta aprehensión del problema, trasladado a las relaciones jurídicas bilaterales, es que la resolución de la relación obligatoria sólo es posible cuando el no cumplimiento de la prestación solutoria prevista en el contrato *es imputable a culpa o negligencia del deudor*[7]. Esta perspectiva, heredada de nuestra tradición jurídica[8], ha ejercido y ejerce una influencia evidente.

---

[6] Morales Moreno, A. M. (2006), *La modernización del Derecho de Obligaciones,* Madrid, Civitas, 24.

[7] Para una explicación sintética del problema, ver López y López, Á. M., «Artículo 1452» (1991), en C. Paz-Ares; L. Díez-Picazo; R. Bercovitz; P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil,* Tomo II, Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, 896.

[8] Cfr. Gómez de la Serna, P., Montalbán, J. M. (1871-1872), *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, Madrid, Cárlos Bailly-Buillere, 229-230. Tras la publicación del Código Civil, ver Ulzurrun y Orue, C. D. (1893), *Tratado legal de las obligaciones y contratos ó exposición de los principios*

> En cierto modo la regulación del Código Civil da pie a concluir en este sentido, marcadamente el artículo 1124 del Código Civil, que al prever las opciones «resolución» y «cumplimiento» para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, prevé la exigibilidad del resarcimiento de daños *para cualquiera de los anteriores casos*, con lo que puede decirse que el artículo 1124 está suponiendo un incumplimiento, al menos, *culpable*, pues de otro modo, la vía indemnizatoria no quedaría abierta para *cualquiera* de los anteriores casos. Por su parte, el artículo 1101 del Código Civil al prever que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla», también parece estar suponiendo un incumplimiento, como poco, culpable. No habría más que pensar que, en sí mismos, el dolo, culpa o negligencia no son fuente de responsabilidad, y sólo pueden funcionar como elementos de imputabilidad que permitan conectar el daño al incumplimiento, y éste con el deudor incumplidor; en otras palabras: el daño resarcible deber ser imputable objetivamente a la «contravención de la obligación» a que se refiere este artículo 1101 (responsabilidad contractual), y esta contravención de la obligación, a su vez, subjetivamente imputable al deudor por culpa o negligencia. A esto podría añadirse que si en el artículo 1101 del Código Civil contravenir en cualquier modo al tenor de la obligación en sí mismo ya fuese generador de responsabilidad, las referencias separadas al dolo, negligencia o morosidad serían superfluas[9].

Sin embargo, ya desde el primer tercio del siglo pasado empezó a abrirse paso una concepción objetiva del incumplimiento resolutorio con fundamento en el carácter sinalagmático del contrato, y que fue la antesala de una relectura del artículo 1105 del Código Civil en términos distintos de los tradicionales criterios culpabilísticos, esencial para una revisión acabada y en sí coherente del sistema general de responsabilidad contractual del Código Civil. Esto ha supuesto, lógicamente, una nueva delimitación del campo de juego de los regímenes de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. Como ha señalado DÍEZ-PICAZO, «[*p*]*ericulum rei* significa de quién es

---

del Código Civil español sobre ellos con referencias al Proyecto de Código de 1851 y los precedentes del Derecho antiguo, Valencia, Pascual Aguilar, 279.

[9] Sería, además, una lectura avalada por su antecedente, el artículo 1011 del Proyecto de Código Civil de 1851. Dispone este artículo del Proyecto que «quedan sujetos á la indemnización de perjuicios, y abono de intereses los contrayentes: 1.º por dolo. 2.º por negligencia. 3.º por contravención á lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo. 4.º por morosidad en el cumplimiento de la obligación». Comenta GARCÍA GOYENA al respecto que «los números 3 y 4 envuelven por lo menos culpa» (GARCÍA GOYENA, Florencio, 1852. Tomo III, 48). Entre nuestra doctrina más reciente, BADOSA COLL, al comentar el artículo 1101 del Código Civil, apunta que «los «fundamentos de responsabilidad», dolo o culpa, son la «causa» de la «infracción obligacional», mora o contravención del tenor, y ésta a su vez es la «causa» de los daños» (BADOSA, art. 1101, 1991, 35). En coherencia con lo anterior, la ejecución forzosa como acción del acreedor ante el incumplimiento habrá de fundarse, conforme a esta tesis, en criterios culpabilísticos (BADOSA COLL, Ferrán, art. 1096, 1991, 24).

el riesgo de que la cosa se pierda. En principio, será aquel a quien pertenecía. *Periculum obligationis* es la pregunta por la repercusión de la imposibilidad del cumplimiento de una obligación en la obligación recíproca cuando ambas se encuentran enlazadas sinalagmáticamente»[10].

> El hecho de que el Código Civil discipline la parte general del Derecho de Obligaciones considerando de manera individualizada las obligaciones nacientes de las fuentes previstas (cfr. art. 1089 del CC), y por tanto con abstracción de que una determinada obligación surja en el marco de una relación jurídica unilateral o bilateral[11], supone partir de un sistema muy *rígido* en lo referente a la construcción de un hipotético régimen general de las relaciones obligatorias sinalagmáticas. Buena prueba de este enfoque es que la resolución de las obligaciones por incumplimiento se articula sobre una *condición resolutoria implícita* en cada una de las obligaciones, por separado, de una relación jurídica bilateral (art. 1124 del CC)[12]. Este enfoque puede hacer perder en un caso dado la perspectiva del carácter sinalagmático de una *relación jurídica* dada, con los evidentes problemas prácticos que ello puede conllevar. No habría más que pensar que, teóricamente, y sobre la base de todo lo que se ha dicho hasta aquí, si en una relación jurídica sinalagmática una de las prestaciones deviene imposible por causa no imputable al deudor, la otra prestación, siendo posible, debiera cumplirse[13]. Esta consecuencia no ha pasado inadvertida ni en nuestra jurisprudencia ni en nuestra doctrina[14], y en este punto, los que podríamos llamar «primeros pasos» en la evolución de este aspecto, han estado marcados, como no podía ser de otro modo, por la forma en que el Código Civil regula la consecuencia resolutoria ante el incumplimiento —*condición* resolutoria—[15].
>
> En el plano doctrinal es importante recordar, como se ha adelantado, que ya en el primer tercio del siglo XX se afirmó que la sinalagmaticidad no sólo debe tenerse

---

[10] Díez-Picazo, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson-Civitas, 695.

[11] Con esto no quiere decirse que el Código Civil no distinga en absoluto en el sentido que acaba de apuntarse. No ya sólo al regular los contratos en particular (por ejemplo, art. 638), sino también en disposiciones generales, como por ejemplo los artículos 1120 ó 1289 del Código Civil.

[12] Véase Ulzurrun y Orue. C. D., *ob. cit.,* 54.

[13] En este punto se hace patente la herencia recibida del Derecho Civil anterior al Código. Ver en Gómez de la Serna, P., Montalbán, J. M., *ob. cit.,* 229-230. También Ulzurrun y Orue, *ob. cit.,* 87.

[14] Ni siquiera pasó inadvertida en nuestra doctrina que podríamos llamar «clásica». Se transcribe a continuación, por ilustrativo, el siguiente fragmento de Gómez de la Serna, al explicar la doctrina del riesgo en la compraventa romana: «[p]uede decirse: el comprador se ha obligado á pagar el precio con la condicion de tener la cosa, y aun más: la cosa es la verdadera causa de su obligaciom [sic]; faltando, pues, la causa de la obligacion, la obligacion debe ser nula. (...) pero que no es así —extraído de Gómez de la Serna, P. (1869), *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, Imprenta de A. Peñuelas, Tomo II, 287—. Veremos cómo la evolución actual es cabalmente en la dirección contraria.

[15] En la Jurisprudencia es conocido el caso resuelto en la STS de 25-IX-1946, recogida en Díez-Picazo, L. (1979), *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 536-538.

en cuenta en el condicionamiento recíproco de las prestaciones en sí mismas, sino también en el devenir de la *entera* relación jurídica. En esta línea, Castán Tobeñas, en la edición de 1927 de su *Derecho Civil español, común y foral*, no trata la cuestión de forma expresa en la parte de «obligaciones y contratos en general», sino que es al hilo de la exposición de las obligaciones del vendedor, y en concreto al tratar del supuesto de la pérdida de la cosa a entregar por causa no imputable al vendedor, cuando apunta que «[l]a solución racional a este problema, llamado de los riesgos, es imputar estos al vendedor, pues es lógico que, tratándose de un contrato bilateral, cuando un caso fortuito hace imposible el cumplimiento de la obligación de una de las partes, se extinga la obligación recíproca de la otra (…)»[16]. Por su parte, en el año 1933, Pérez González y Alguer concluyeron que «el carácter de recíprocas atribuido a dos obligaciones distintas no significa sino el mutuo condicionamiento de una por la otra, de tal suerte que cada una de ellas no tiene razón jurídica de existir sin la otra, como lo corrobora también el concepto legal de la causa de los contratos onerosos»[17]. Simultáneamente, sobre la base de lo expuesto por Enneccerus («[p]or regla general, el acreedor se libera también de su obligación de realizar la contraprestación (...) y, si ya la ha hecho, puede repetirla en concepto de enriquecimiento injusto» (Enneccerus, 1933, 243)), concluyen que eso mismo es trasladable a nuestro Derecho, y ello «podría apoyarse en el artículo 1124 y en los principios sobre enriquecimiento sin causa» (Enneccerus, 1933, 247); sin embargo, exceptúan de esta doctrina el supuesto de la compraventa[18]. Finalmente, en este punto debe hacerse referencia a un trabajo de Pintó Ruiz, publicado a lo largo de finales de 1953 y principios de 1954[19], en el que se concluye de forma similar a como hemos visto lo hacían los anteriores autores, pero dando una especial relevancia a la causa sinalagmática. Sobre la base de que la finalidad de la consecuencia resolutoria prevista en el artículo 1124 es «[a]segurar la verdadera reciprocidad, guardar el equilibrio, evitar que nadie preste y deje de recibir contraprestación» (Pintó, 1953, 293), que

---

[16] Castán Tobeñas, J. (1927), *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, Madrid, Reus, 1927, 328-329. Sin embargo, en relación con el caso concreto de la compraventa, concluye que, «a pesar de ello, el Derecho romano y las legislaciones que en él han tomado inspiración atribuyen los riesgos al comprador» [*op. cit.,* 329].

[17] Enneccerus, L. (1933), *Derecho de Obligaciones,* undécima revisión por Heinrich Lehmann. Segundo tomo, primera parte. En Enneccerus, L.; Kipp, T., Wolff, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 243.

[18] *Loc. cit.* Téngase presente que Castán Tobeñas, en la edición de 1939 de su *Derecho Civil español, común y foral* y al tratar los temas generales del Derecho de Obligaciones aceptará la tesis de Pérez González y de Alguer, y consecuentemente acepta la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil y la entrada en juego de la doctrina del enriquecimiento sin causa, entendiendo que el carácter de recíprocas de las obligaciones significa el mutuo condicionamiento entre ellas. Y añade: «Mas esta doctrina ha de entenderse sin perjuicio de los preceptos especiales que regulan determinadas obligaciones, y especialmente las relativas a la compraventa» [Castán Tobeñas, J. (1939), *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, vol. I, Madrid, Reus, 46].

[19] Pintó Ruiz, José J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto de 1953, 291-303; septiembre-octubre de 1953, 424-446; enero-febrero de 1954, 25-45.

dicha consecuencia resolutoria debe permitirse cuando se produce un incumplimiento objetivamente considerado, que debiendo reunir una serie de requisitos, no tienen necesariamente que ser imputable a dolo o culpa del deudor, ya que lo único que importa es que la sinalagmaticidad se haya roto, en relación con lo cual el juicio de culpabilidad es irrelevante. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, en definitiva, hace desaparecer la *causa* sinalagmática de la relación jurídica, en el sentido de los artículos 1261 y 1274 del Código Civil[20].

La idea consistente en dejar abierta la facultad resolutoria *ex* artículo 1124 del Código Civil al margen de que el incumplimiento sea subjetivamente imputable a dolo o culpa del deudor, se va a entender *conveniente* por un amplio sector doctrinal, si bien no sobre la base de argumentar que el contrato incumplido carezca de causa.

En esta línea de evolución posterior, DÍEZ-PICAZO, en un estudio más detallado de la Jurisprudencia, al explicar en qué consiste el requisito del «hecho obstativo que impide el cumplimiento de un modo absoluto, definitivo e irreformable», concluye que «según nuestra jurisprudencia, la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina la resolución del contrato, con independencia de cuál haya podido ser la participación o la responsabilidad del demandado en tal imposibilidad. La imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque sea fortuita, es un justo motivo de resolución»[21]. Ello, como consecuencia de que la facultad resolutoria debe entenderse, más que como una sanción del incumplimiento, como «una medida de protección del interés del contratante cumplidor»[22], y por tanto, despojada de connotaciones valorativas respecto de la conducta del deudor. En sentido muy similar, ALBALADEJO concluyó, en la primera edición de su *Derecho Civil*, que «por ningún sitio dice ese artículo 1124 que para usar de él deba tratarse de un incumplimiento imputable al deudor. De modo que no se ve la razón por la que quien (…) no recibe la prestación de la otra parte, no pueda pedir la resolución, aunque no haya culpa ninguna de esa otra parte»[23]. Por último, también MONTÉS

---

[20] Ver también, del mismo autor, «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris»,* en *Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre.* Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II, 1976, 570-573.

[21] DÍEZ-PICAZO, L. (1970), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, Tecnos, 851.

[22] *Op. cit.,* 844. Más adelante, al tratar sobre los riesgos en la compraventa, y al abordar la posible interpretación del artículo 1452 del Código Civil en coherencia con lo que se acaba de apuntar, propone distinguir la pérdida total de la cosa del menoscabo de la misma: en el primer caso cabría ejercicio de la facultad resolutoria, mientras que en el segundo sería aplicable la regla *periculum est emptoris* [ver, especialmente, *op. cit.,* pág. 855].

[23] ALBALADEJO, M. (1970), «Derecho Civil, II», en *Derecho de Obligaciones. Parte general*. Barcelona, Bosch, 69. Como apunte complementario, debe indicarse que en la *Parte especial* de esta misma obra, también en la primera edición (1972), al tratar del riesgo en la compraventa explica cuál es la doctrina tradicional sobre el particular, así como los argumentos que tradicionalmente se emplean en su defensa. Pero a continuación, apunta como otra posible lectura alternativa de la materia de los riesgos en la compraventa civil, la de aproximarla al artículo 1124 y con ello a la *facultad* resolutoria del comprador en caso de pérdida sobrevenida y fortuita de la cosa antes de la entrega. En opinión de este autor, los artículos 1096, 1182 y 1452 del Código Civil, «deja[n] sin resolver *la cuestión del riesgo* en el sentido en el que esta expresión se usa en las obligaciones bilaterales, es decir, si el riesgo

PENADÉS, comentado el artículo 1124 del Código Civil y después de apuntar que la facultad resolutoria que allí se contiene no se basa en un juicio de reprobabilidad de la conducta del deudor (siendo en cambio tal juicio necesario para la reclamación de daños)[24], concluye a lo que aquí interesa que «la perspectiva de una resolución únicamente viable cuando se produzca un incumplimiento imputable y grave, no es adecuada para la comprensión del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124» (MONTÉS, 1989, 1232), y que «el artículo se limita a decir que corresponde la resolución frente a la parte que «no cumpliere», lo cual, por sí mismo, no implica un juicio de culpabilidad» (MONTÉS, 1989, 1235).

Junto a la anterior doctrina, se perfiló también una similar en cuanto a la aplicabilidad del artículo 1124 del Código Civil aun en los casos de incumplimiento no imputable al deudor, pero difiere en la repercusión *causal* de ese incumplimiento, y concibe la resolución *no como una facultad* del acreedor que lo sufre, sino como una *consecuencia natural y necesaria* de la ruptura de la sinalagmaticidad. Así, ESPÍN CÁNOVAS concluiría que «[e]n el contrato bilateral, la interdependencia de las obligaciones recíprocas impone un trato equivalente de ambas partes, como se reconoce en la regla del cumplimiento simultáneo (…). La justicia contractual exige también la liberación de ambas partes simultáneamente en caso de imposibilidad para una de cumplir su prestación sin culpa alguna»[25]. Y más adelante concluye que salvo que exista previsión distinta, «deberá darse acogida a la liberación simultánea de ambas partes por efecto del perecimiento fortuito de la cosa que haya de entregar una de ellas» (ESPÍN, 1978, 428). Conviene apuntar que, a diferencia de DÍEZ-PICAZO, ESPÍN al estudiar los riesgos en la compraventa no distingue el supuesto de destrucción del supuesto de menoscabo, y en este punto sigue la doctrina tradicional *periculum est emptoris*.

Por último, y como una posición que intenta coordinar, por un lado, la doctrina tradicional que exigía un incumplimiento culpable para aplicar la consecuencia resolutoria prevista en el artículo 1124, y por otro lo injusto de que una parte tenga que seguir obligada frente a la otra, aun cuando esta última no puede cumplir, LACRUZ afirmó que, partiendo de que en las relaciones obligatorias sinalagmáticas cada una de las obligaciones «vive si vive la otra, y cuando la otra se extingue sin haberse cumplido, la una pierde su razón de vivir y se extingue también», añade que «cuando el deudor no cumple porque las circunstancias se lo impidan sin culpa suya (…) el artículo 1124 no tiene aplicación». Y concluye: «[e]llo no obsta a que, fallando una de las prestaciones recíprocas, el deudor de la otra, en principio,

---

lo soporta el comprador (porque, a pesar de la destrucción de la cosa, y, consiguientemente, de su derecho a ella, sigue obligado a pagar el precio), o si lo soporta el vendedor (porque al destruirse la cosa, pierde [insistimos de nuevo, mediante la resolución de la venta, que el comprador solicite] su derecho al precio). Y al dejarla sin resolver, no hay sino acudir a la regla general de que la extinción de una obligación recíproca por imposibilidad no culpable del deudor acarrea (mediante la tan repetida petición de resolución del acreedor) la extinción de su contraobligación» —ver en ALBALADEJO, M. (1972), *Derecho de Obligaciones. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 43-44—.

[24] MONTÉS PENADÉS, V. L. (1989), «Artículo 1124», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo XV, vol. 1.º *Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*, Madrid, EDERSA, 1185.

[25] ESPÍN, D. (1978), «Manual de Derecho Civil español», vol. III. *Obligaciones y Contratos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 426.

> quede liberado de cumplir y pueda reclamar la restitución de lo ya entregado por él; pero ahora, simplemente como una aplicación del artículo 1274 del Código Civil, y con independencia de la sanción prevista en el artículo 1124 que, por su propio concepto, sólo es de aplicación al contratante culpable»[26].
>
> Como se ve, las distintas posiciones ofrecen matices también diferentes. Pero lo que interesa extraer en este momento es que todas ellas tienen el mérito de fundamentar la consecuencia resolutoria ante el incumplimiento, no en cada una de las obligaciones sinalagmáticas, sino como una consecuencia necesaria del modo en que surgió la relación jurídica: no es que en un negocio sinalagmático existan tantas condiciones resolutorias implícitas como obligaciones principales hay, sino que la facultad resolutoria está impresa en el origen y razón de ser del modo de obligarse. Esta forma de concebir la facultad resolutoria, como consecuencia del entrelazado obligacional en el origen de *las obligaciones* (causa de los *contratos* onerosos —cfr. art. 1274 del CC—), supone concebir la entera relación como un «todo», en el que el contrato no es sólo la fuente de las obligaciones, sino de una total relación jurídica.

Por otro lado, como se ha señalado más arriba, la relectura del artículo 1105 del Código Civil en términos distintos a los culpabilísticos ha sido complemento fundamental de lo anterior. Como ha señalado DÍEZ-PICAZO con cita a BADOSA COLL, «no puede pasar inadvertido que el Código hable de «sucesos», con lo cual está haciendo referencia a que los hechos determinantes del impedimento de prestación han debido romper la relación de causalidad existente entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados al acreedor (…). Naturalmente, el marco o ámbito de control del deudor guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes, pero resta la idea del *carácter extraño y normalmente insuperable*»[27] (la cursiva es mía), en relación con las cuales no puede hablarse en principio de imputabilidad. En este ámbito es en el que un teórico sistema de riesgos sigue teniendo virtualidad.

B) *Apunte de Derecho Comparado. La experiencia del* Common Law *y la doctrina de la* frustration

La construcción de un sistema de responsabilidad contractual leído en clave culpabilística, y la conclusión conforme a la cual la imposibilidad por caso fortuito de una prestación no conduce a la resolución como vía de protección del acreedor en las relaciones sinalagmáticas, ¿era una consecuencia «necesaria» de

---

[26] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984), *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, 655-657.

[27] DÍEZ-PICAZO, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», *ob. cit.,* 727.

nuestra tradición jurídica romana? Sin duda, era la construcción más probable. Sin embargo, el desarrollo histórico de la figura de la frustración del negocio en la tradición jurídica del *Common Law*, que tal y como se construyó jurisprudencialmente hunde sus raíces en el Derecho romano, refleja cómo elementos que nuestra tradición empleó para entender que imposibilitada una prestación no por ello la otra deviene inexigible, en otras tradiciones jurídicas (y paradójicamente desde las mismas pretendidas bases), un implícito y más desarrollado concepto de «sinalagma funcional» condujo a soluciones totalmente distintas.

Históricamente, el derecho de obligaciones anglosajón se ha caracterizado por basarse en la idea de *strict liability*, que en lo esencial se traduce en que el deudor de una prestación responde frente al acreedor si no puede ejecutar dicha prestación, al margen de la causa de ese incumplimiento, esto es, aunque el incumplimiento haya provenido de un suceso imprevisible, extraño e irresistible. Sólo el juego de la autonomía de la voluntad podía desplazar esta regla de *strict liability*, atribuyendo el riesgo de la falta de cumplimiento a la otra parte explícita o implícitamente (esto último deducible por lo general del precio acordado). Sin embargo, este desplazamiento del riesgo se asentaba necesariamente en un juicio de previsibilidad *ex ante*, ante cuya consideración las partes podían negociar los términos contractuales (desplazamiento del riesgo). ¿Qué sucedía con los incumplimientos que provinieran de circunstancias imprevisibles? Como imprevisibles, no podían ser consideradas en fase de negociación, y sin embargo se entendía que no era justo hacer al deudor responsable del incumplimiento en estas hipótesis. Por ello, a mediados del siglo XIX la jurisprudencia británica definió la doctrina de la *frustration*, asentada en la idea de una *condición implícita* (*implied condition*). La doctrina de forma unánime está de acuerdo en situar el origen de esta doctrina en la sentencia al caso *Taylor v Caldwell*, del año 1863, de la que fue ponente el juez BLACKBURN. Se trataba de un caso de arrendamiento, en el que el arrendador se obligaba a ceder la utilización de unos terrenos al arrendatario, en el que este último proyectaba realizar unos conciertos musicales. Sin embargo, antes de que llegase el primero de los días para la realización del primero de los conciertos (de un total de cinco), se produjo un incendio en la propiedad del arrendador que imposibilitó el cumplimiento del arrendamiento. Fue hecho probado que el incendio se produjo sin culpa alguna del arrendador. Puesto que las partes no acordaron una distribución del riesgo por incumplimiento que desplazara el principio antes apuntado de responsabilidad estricta del deudor (*strict liability*), en principio el arrendador debería haber sido declarado responsable del incumplimiento. Sin embargo no fue así. El juez BLACKBURN concluyó que «in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an *implied condition* that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor» (la cursiva es mía). En el caso se exoneró al

arrendador de responsabilidad, y al arrendatario de su obligación del pago de la renta. El motivo es que el contrato debía entenderse anulado.

La base que empleó el juez BLACKBURN para concluir en este sentido se asentaba, curiosamente, en argumentos procedentes del Derecho Romano que en nuestra tradición sin embargo llevaron a unas conclusiones distintas. En la mencionada sentencia al caso *Taylor v Caldwell*, BLACKBURN se apoya en el Derecho Romano y en la doctrina de POTHIER[28], y concretamente en D. 45.1.23 y 45.1.33. Precisamente, D. 45.1.23 se cita por GARCÍA GOYENA como fundamento del artículo 1160 del Proyecto de Código Civil de 1851 (GARCÍA GOYENA, 1852, III, 173), a su vez antecedente directo del actual artículo 1182 del Código Civil, en el que ha tenido tradicionalmente entre nosotros su base la doctrina contraria: siendo una prestación aún posible, ésta no se extingue y debe cumplirse, aunque la recíproca se haya extinguido por imposibilidad; visto desde otro ángulo: la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas sólo operaría cuando el incumplimiento se deba a culpa del deudor[29]. De este modo, *mientras que la condición (resolutoria) implícita en el origen de la doctrina de la* frustration *anglosajona se articuló para supuestos de imposibilidad no imputables al deudor, la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas para el caso de incumplimiento estaba originariamente entre nosotros orientada sólo hacia el supuesto de cumplimiento culpable*[30].

---

[28] Ello se produce, como el mismo juez reconoce, «[a]lthough the civil Law is not of itself authority in an English Court». Sin embargo, añade, «it afford great assistance in investigating the principles on which the law is grounded».

[29] Cfr. artículo 1042 del Proyecto de Código de 1851; artículo 1124 del Código Civil. Sin embargo, ver el comentario al artículo 1182 del Código Civil en MANRESA y NAVARRO, J. M. (1907), *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, especialmente págs. 341-342.

[30] Téngase presente que la idea de *ausencia de culpa/falta* (*without default*) se emplea, en la sentencia al caso *Taylor v Caldwell* en un sentido equivalente a *fuerza mayor* para hacer entrar en juego el pretendido *implied condiction* origen de la doctrina de la *frustration.* En la época de la sentencia, BLACKBURN ya había escrito su obra *A treatise on the effect of the contract of sale*. En ella, BLACKBURN presta especial atención a la doctrina de POTHIER, a lo que ahora interesa, en materia de extinción de las obligaciones por pérdida sobrevenida de la cosa debida. Lo cierto es que, en la traducción que BLACKBURN realiza de la obra de POTHIER, *Del contrato de compraventa*, emplea indistintamente las expresiones *without fault* y *accident*. Ello es especialmente claro cuando trata de la distinción de la pérdida de la cosa para el *dueño* y para el *acreedor*. Ver, en concreto, página 182 de la edición de Filadelfia del año 1887, realizada sobre la segunda edición inglesa de Lord BLACKBURN (1887). *A treatise on the effect of the contract of sale on the legal rights of property and possession in goods, wares, and merchandise*. Philadelphia: The Blackstone Publishing company). Que el empleo de la expresión *without fault* en la sentencia *Taylor v Caldwell* sea intercambiable con la idea de *accidente* resulta, por tanto, bastante probable. Más aún cuando BLACKBURN afirma que *la misma razón* (*the same implication*) hay para exonerar del cumplimiento al vendedor que no puede entregar las cosas vendidas por perecimiento *without fault*, que al deudor de una prestación personalísima cuando éste fallece, o al deudor de la realización de un cuadro que, antes de ejecutarlo, queda ciego.

La doctrina de la *frustration* así construida sobre la idea de una condición implícita fue acogida también en el ámbito norteamericano unos años más tarde, en concreto en el caso *Ellis v Atlantic Mutual Insurance Company* (U.S. Supreme Court, 1883). En el caso se discutía si el propietario de un barco, con el que el demandante había contratado el transporte de un cargamento de algodón, debía responder por incumplimiento cuando antes de la ejecución del transporte el barco sufrió un incendio que hacía su reparación descartable. El juez Blatchford argumentó en esta sentencia, con cita entre otros al caso *Taylor v Caldwell* que «where the stipulations of a contract are interdependent, a defendant cannot be sued for the nonperformance of stipulations on his part which were dependent on conditions which the plaintiff has not performed. The ship owner was entitled to freight only for carrying the cargo and delivering it at Liverpool, with the implied covenant that this particular vessel was to take it on board and enter on the voyage. Before that event occurred, this vessel was substantially put out of existence by no fault of the shipper, and he had and could have no benefit from the contract. He had a right, therefore, to treat the contract as rescinded so far as any liability for freight was concernid».

> Aunque posteriormente la tesis de la *condición implícita* en el sentido visto ha sido abandonada (tanto en el ámbito británico como en el norteamericano), sin duda tuvo el mérito de iniciar las bases de la construcción de los límites de la responsabilidad contractual, e indirectamente así de la doctrina del riesgo y de la *frustration.* En el ámbito británico, actualmente, siguiendo a Beatson, Burrows y Cartwright, la base de la doctrina de la *frustration* hay que encontrarla en si el hecho que impide el cumplimiento del contrato en sus términos, supone un cambio radical en la obligación («radical change in the obligation»), y, además, se produce sin culpa de las partes y para el cual el contrato no ha previsto qué hacer[31]. Concretamente, como el juez Simon puso de manifiesto en el caso *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd*, del año 1981, «frustration of a contract takes place when there supervens an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes

---

De la doctrina británica de principios del siglo XX puede extraerse la misma idea. Así, Carter, cuando para explicar el supuesto de *discharge of the contract* por imposibilidad sobrevenida se refiere al caso *Taylor v Caldwell*, se refiere literalmente a un supuesto de *accidental fire* [Carter, A. T. (1902), *Elements of the law of contract*. London: Sweet and Maxwell, 100], aun cuando en la sentencia sólo se afirma que el incendio que imposibilitó la ejecución del arrendamiento fue *without fault* del deudor.

[31] Beatson, J.; Burrows, A., Cartwright, J. (2010), *Anson's Law of contract.* Oxford: University Press, 487-488. Ver también Treitel, G. (2004), *Frustration and force majeure*. London: Thomson - Sweet & Maxwell, pág. 55 y sigs.

Para una descripción del proceso de evolución de esta doctrina en el *Common Law*, véase el trabajo de Gregorio, Michele de, «Impossible performance of excused performance?» Common misake and frustration alter *Great Peace Shipping*. *The King's College Law Journal*, 69, 2005, especialmente págs. 72 a 78.

> the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances; in such case the law declares both parties to be discharged from further performance». A efectos prácticos, esto se traduce en que se ha alterado un hecho cuya asunción puede considerarse básica para la ejecución del contrato[32]. Esta última es la línea que de forma expresa se ha seguido también en el ámbito norteamericano. Muestra de ello es la sentencia al caso *The Opera Company of Boston, Inc. v* WOLF *Trap Foundation for the Performing Arts* (United States - Court of Appeals, Fourth Circuit, 4-V-1987), que trató de un caso en que se tuvo que suspender un concierto programado al aire libre, debido a una tormenta eléctrica que hacía peligroso su desarrollo. El vigente § 2-615 del *Uniform Commercial Code* es reflejo de esta doctrina[33], y el § 2-267 del *Restatement of the Law second-Contracts 2d* es un buen ejemplo de la idea de sinalagma funcional al margen de la imputabilidad del incumplimiento, sobre la base de una condición de reciprocidad.

El actual fundamento de la *frustration* permite ampliar su funcionalidad, a lo que aquí interesa, más allá de la pérdida total del objeto del contrato: la pérdida *parcial* de los bienes, o un deterioro de los mismos lo suficientemente grave, puede implicar igualmente un «cambio radical» de lo que las partes se habían propuesto con el contrato. De este modo, tanto la *pérdida* como el *deterioro* entrarían dentro del radio de la doctrina de la *frustration*[34].

---

[32] Ver TREITEL, G. H. (2011), *The Law of Contract*. Londres: Sweet & Maxwell, 984. En la misma línea, en relación al Derecho irlandés, MCDERMOTT, P. A. (2001), *Contract Law*. Irlanda: Butterworth, 1006. En relación concretamente a la *frustration* en el marco del contrato de compraventa, ver BRIDGE, M. (2010), «Risk and frustration», en BRIDGE, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods*. Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell, 320.

Gráficamente, se ha afirmado que desde el origen de esta doctrina hasta la actualidad, se ha pasado de una idea de *strict impossibility* a una noción de *diluted impossibility* (GREGORIO, 2005, 88).

[33] Ver especialmente, en este sentido, asentado sobre la idea de «basic assumption», el apartado 3 del comentario elaborado por The American Law Institute al § 2-615 UCC, así como la nota introductoria al capítulo 11 en Restatement of the Law Second. Contracts 2d. Vol. 2*, §§ 178-315. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute*. St. Paul, Minn: American Law Institute Publishers, 1981, especialmente págs. 310-311. En la doctrina, véase CALAMARI, J. D., PERILLO, J. M. (1998), *The Law of Contracts*. St. Paul: West Group, especialmente págs. 534 y sigs.

[34] Véase TREITEL, G. H., «Frustration and Force Majeure», *op. cit.,* 75. En la misma línea, pero en el estudio concreto del contrato de compraventa, debiendo entender comprendido en la secc. 7 SGA'79 estos casos, GULLIFER, L. (2000), «Frustration and mistake», en MCKENDRICK, E. (ed.), *Sale of Goods*. Londres - Hong Kong, 135.

2. La falta de conformidad con el contrato como incumplimiento en el marco del Título V, libro segundo, TRLGDCU'07, y el régimen de riesgos por pérdida o menoscabo fortuito en la compraventa del Código Civil. Estado doctrinal

Como ya se ha señalado, dispone el artículo 114 TRLGDUC'07 que «el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto». Por su parte, el segundo párrafo del artículo 117 del mismo Texto dispone que, «en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». ¿Supone ello desplazar la vigencia del sistema de riesgos en la compraventa previsto en el Código Civil conforme al que *res perit emptori*, en el ámbito del Título V, Libro II TRLGDCU'07? La duda se plantea desde el momento en que tanto en el sistema diseñado en la Directiva 1999/44/CE como en el del Texto Refundido de 2007 —y antes en la LGVBC'03—, el vendedor tiene la obligación de entregar una cosa que sea conforme con lo debido, desplazando en este ámbito la vigencia del artículo 1468-1.º del Código Civil, conforme al cual «el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato».

La Directiva dispone en su artículo 2.1 que «el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa». Complementando esta disposición, el artículo 3.1 prevé que «el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien».

El propio texto comunitario sin embargo parece asumir que esto no es determinante para la modificación del sistema de distribución de riesgos en la compraventa en los Estados miembros. El considerando 14 es expresivo de ello[35]. No obstante doctrinalmente, y antes de la Directiva 2011/83/UE, se había afirmado que *de hecho* se producirá esa modificación[36].

El panorama es similar en lo que respecta a nuestra Legislación: se prevé la obligación del vendedor de entregar al consumidor una cosa que sea conforme con el contrato (art. 114 TRLGDCU'07), previendo la correlativa responsabilidad del vendedor ante «cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto» (art. 114, último inciso). Aunque el TRLGDCU'07

---

[35] «Considerando que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos».

[36] Por todos, Krümmel, T., D'Sa, R. (2001), «Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonised European Union consumer protection», en *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, junio, 318-319.

no prevé disposición alguna que resuelva expresamente la relación de este nuevo sistema de responsabilidad con el sistema de riesgos en la compraventa previsto en el del Código Civil por pérdida o menoscabo fortuito de la cosa —tampoco lo preveía la LGVBC'03—, la doctrina casi unánimemente se ha mostrado partidaria del *desplazamiento* de este sistema de riesgos en el estudio de la entonces LGVBC'03: esto es, el vendedor no cumple sólo con entregar la cosa tal y como estuviese *al tiempo de perfeccionarse el contrato*, sino que la misma debe ser conforme a lo debido *en el momento de la entrega*. Es la tesis que ha mantenido principalmente, por todos, MORALES MORENO[37]. También en esta línea ORTI VALLEJO, REYES LÓPEZ, MERCEDES VÉRGEZ, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, SÁNCHEZ CALERO y AVILÉS GARCÍA[38]. Estudiando el problema desde el TRLGCU'07, en la misma línea, MARÍN LÓPEZ y MARTÍN ARESTI[39].

[37] MORALES MORENO, A. M. (2004), «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en LETE ACHIRICA, J., *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation.* Universidade de Santiago de Compostela, 46-47. Véase también, MORALES MORENO, A. M. (2003), «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1628-1629.

[38] ORTI VALLEJO, A. (2003), «La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A. M., PANTALEÓN PRIETO, F., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, 2003, 2765. REYES LÓPEZ, M. J. (2003), «La idea de conformidad en el Ordenamiento Jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE», en PALAO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M. J. (coords.), *Derecho patrimonial europeo,* Navarra, Aranzadi, 2003, 335. VÉRGEZ, M. (2004), *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 45-46 y 75. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D. (2005), «Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 72-73. SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2006), «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)», en AGUIRRE ZAMORANO, P. J. (dir.), *La compraventa: Ley de Garantías*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, XI. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial-Cuadernos de Derecho Judicial, 69. AVILÉS GARCÍA, J. (2006), *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada, Comares, 318.

[39] MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 114» (2010), en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Navarra, Aranzadi - Thomson Reuters, 2009, 1413-1414. MARTÍN ARESTI, P. (2010), *Las garantías de los productos de consumo*, Navarra, Aranzadi - Thomson Reuters, 55.

3. Apuntes de Derecho Comparado

Si comprobamos cuál ha sido el impacto que la transposición de la Directiva 1999/44/CE ha supuesto en esta materia en otros países comunitarios, la conclusión a la que se llega es que el traspaso del riesgo se produce hacia el comprador-consumidor desde el momento de la entrega, no antes.

Algunas Legislaciones han tratado de forma expresa la disciplina del traspaso del riesgo al hilo de la transposición de la Directiva, como ocurre en el caso alemán y en el británico. En estos casos, los problemas interpretativos quedan eliminados. En cambio, en otros sistemas, como hemos visto que ocurre en el nuestro, o en el italiano, la conclusión viene por vía interpretativa.

A) *Derecho alemán*

Dispone el actual § 446 BGB que con la entrega de la cosa vendida se transmite al comprador el riesgo de pérdida o menoscabo fortuito de las cosas[40]. De manera correlativa se añade que a partir del momento de la entrega pertenecen al comprador los frutos y soportará las cargas de la cosa.

La reforma del BGB de 2002 ha supuesto adoptar una dimensión objetiva del incumplimiento, en la que los remedios propios del mismo quedan al margen de la culpabilidad o imputabilidad al deudor de la causa del incumplimiento, aun en los casos en que tal incumplimiento sea causado porque la prestación devenga imposible[41].

Para los supuestos de pérdida o imposibilidad, el § 275 BGB, en su nueva redacción, prevé la extinción de las obligaciones cuando devengan objetiva o subjetivamente imposibles, y con independencia de que la imposibilidad sea originaria o sobrevenida, o sea imputable o no al deudor[42]. La razón es que esa obligación, como imposible, se entiende *ipso iure* extinguida; simultáneamente la obligación correlativa queda también *ipso iure* extinguida por imperativo del nuevo § 326 BGB. Con estas premisas, parece coherente que cuando se produzca un incumplimiento contractual objetivamente considerado distinto de la imposibilidad de la prestación, las consecuencias aparejadas al incumplimiento no

---

[40] Traducción extraída de Lamarca Marquès, A. (dir. de la traducción), *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil alemán*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008.

[41] Ver Majo, A. di (2004), «La nuova disciplina della risoluzione del contratto (*Rücktritt*)», en Cian, G. (coord.), *La reforma dello Schuldrecht tedesco: un modelo per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM, 118.

[42] Canaris, C. W. (2005), «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuevo diritto delle *leistungsstörungen*», en *Revista di Diritto Civile,* gennario-febbraio, traducción italiana a cargo de Giovanni de Cristofaro, 21.

dependan de que el deudor tenga que responder o no del hecho que constituye la causa del incumplimiento, al margen de la responsabilidad por vía indemnizatoria si tal imputabilidad existe, de manera que, como ha expuesto CANARIS respecto a la resolución por incumplimiento, tal resolución no es una «sanción» al deudor, sino un corolario del principio de equivalencia entre prestación y contraprestación que se corresponde en una relación causa-consecuencia, de que el deudor debe soportar el riesgo de la pérdida de la contraprestación siempre que la prestación a la que él está sujeto no pueda ser exigida por estar obstaculizada por un impedimento (CANARIS, 2005, 21). En todos los casos en que existe un incumplimiento objetivamente considerado, distinto de la imposibilidad, la resolución no opera *ipso iure*, sino que es un *derecho* para el acreedor[43].

B) *Derecho británico*

La regla general en materia de riesgo por pérdida o menoscabo fortuito para el Derecho británico en sede de compraventa, es que dicho riesgo lo soportará el comprador desde el momento en que se convierta en propietario de la cosa (secc. 20 SGA'79). Por su parte, la transmisión del dominio en el Derecho británico no requiere la entrega de la cosa, sino que exista la intención de transmitir el dominio (cfr. seccs. 17 y 18 SAG'79).

Aunque esta regla de transmisión del riesgo, tal y como tradicionalmente ha sido formulada en la regulación típica de la compraventa, ha sido siempre una regla dispositiva[44], lo cierto es que su mantenimiento era incompatible con el respeto al Derecho mínimo impuesto por la Directiva 1999/44/CE, y ya antes algún autor había señalado que una regla así era *anómala* en el tráfico con consumidores[45]. Por ello el Legislador británico de 2002 añade un apartado 4 a la secc. 20 SGA'79 del siguiente tenor: «In a case where the buyer deals as consumer (…) the goods remain at the seller's risk until they are delivered to the consumer». De esta forma en la regulación de la compraventa rigen dos reglas de transmisión del riesgo, en función de si el comprador actúa o no como consumidor: en el primer caso la transmisión del riesgo se producirá con la entrega de la cosa; en el segundo, seguirá vigente la regla tradicional de transmisión del riesgo con el dominio (*res perit domino*), salvo acuerdo en contrario.

---

[43] Ver CANNARIS, C. W. (2004), «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuevo diritto delle *leistungsstörungen*», en CIAN, G. (coord.), *La reforma dello Schuldrecht tedesco: un modelo per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM, 42-43.

[44] Cfr. secc. 20.1 SGA de 1893 y la secc 20.1 SGA'79 actual.

[45] Así lo manifiestó DAVIES, I. (1996), *Sale and Supply of Goods*. London, FT Law and Tax, 175.

> Esto no quiere decir que en el marco de la compraventa con consumidores, al preverse que la transmisión del riesgo se produce con la entrega y no antes, el dominio también se transmite al consumidor con la entrega. Aun en el tráfico de bienes con consumidores, la transmisión del dominio seguirá la regla general aplicable a cualquier compraventa. Sin embargo, el *riesgo* lo soportará el consumidor desde la entrega, no antes, aunque ya hubiese sido propietario en un momento previo *ex* seccs. 17 y 18 SGA'79 y aunque ya hubiese pagado el precio[46]. O lo que es igual: en el tráfico con consumidores, la presunción de que el riesgo se transfiere de forma unitaria con la propiedad ya no tiene aplicación[47].
>
> Parte de la doctrina ya se había mostrado partidaria de vincular la transmisión del riesgo con la entrega de la cosa, no sólo en el marco del tráfico de bienes con consumidores[48].

Para las ventas que implican el transporte de los bienes por parte del vendedor, el reparto del riesgo viene disciplinado por la secc. 33 SGA'79, según la cual, en los casos en que el vendedor de bienes acuerda entregarlos *a su propio riesgo* en un lugar distinto de aquel en que fueron vendidos, sin embargo, y salvo que se haya pactado otra cosa, *el comprador* soportará cualquier riesgo de deterioro en los bienes *necesariamente relacionado con el desarrollo del transporte*[49]. Se ha afirmado que esta disposición es también aplicable aun cuando el comprador actúe como consumidor, de modo que el consumidor habría de soportar cualquier riesgo referido al deterioro de los bienes *necesariamente relacionado* con el transporte (Bridge, 2010, 314-315), aun cuando la entrega al consumidor se producirá, obviamente, en un momento posterior.

Aun cuando a primera vista pudiera afirmarse que una disposición como la anterior no respeta el derecho mínimo impuesto por la Directiva, lo cierto es que merece ser adecuadamente interpretada. Ello gira en torno a la expresión «necesariamente relacionado con el desarrollo del transporte» («*...necessarily incident to the course of transit*»). Se han señalado como supuestos que entrarían en esta previsión, por ejemplo, la compra de frutas que deben ser transportadas: por razones obvias, no puede esperarse que a su recepción los productos sigan manteniéndose tan frescos como cuando fueron enviados. La idea de deterioro

---

[46] Por todos, Treitel, G. (2004), «Frustration and force majeure», *op. cit.,* 80-81.

[47] Bridge, M. (2010), «Risk and frustration», en Bridge, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods*, Londres, Thomson Reuters - Sweet & Maxwell, 309. Ya antes, también Howells, G., Twigg-Flesner, C. (2005), «Molto rumore per nulla? L'attuazione della Direttiva 99/44/CE nell'ordinamento inglese», en Alessi, R. (coord.), *La vendita di beni di consumo.* Milán, Giuffrè, 269.

[48] Véase, por todos, Gullifer, L. (2000), «Risk», en McKendrick, E. (ed.), *Sale of goods*. Londres - Hong kong: LLP, 112 y sigs.

[49] *Secc. 33. Risk where goods are delivered at distant place.* «Where *the seller* of goods agrees to deliver them *at his own risk* at a place other than that where they are when sold, *the buyer must* nevertheless (unless otherwise agreed) *take any risk* of deterioration in the goods *necessarily incident to the course of transit*» (las cursivas son mías).

necesariamente relacionado con el transporte debe ser interpretado de forma restrictiva, y desde luego no releva al vendedor de cualquier obligación en relación al adecuado embalaje y demás cuidados en orden a la adecuada conservación de los bienes que serán transportados. El vendedor el riesgo de lo que puede llamarse «deterioro extraordinario» debido a un accidente, mientras que el riesgo de lo que podría llamarse «deterioro necesario», entendido esto como el deterioro que los bienes objeto del contrato «deben sufrir necesariamente por el hecho del tránsito», los soportará el comprador[50]. Por otra parte, se ha afirmado que hoy día es difícil imaginar un ejemplo de aplicación de la secc. 33 en el sentido analizado (GULLIFER, 2009, 166).

Una visión completa de la disciplina de la transmisión del riesgo en la compraventa británica, debe tener en cuenta lo previsto en la secc. 7 SGA'79 (que proviene de la anterior secc. 7 SGA de 1893). Dicha secc. 7 SGA'79 dispone que si hay un acuerdo para vender bienes específicos y posteriormente los bienes perecen sin culpa del vendedor antes de que el riesgo se haya transmitido al comprador, el acuerdo de venta deja de tener efecto. La doctrina británica es unánime al considerar que esta secc. 7 SGA'79 es un reconocimiento estatutario en sede de compraventa de la doctrina general de la *frustration of the contract*, para el caso concreto de perecimiento sobrevenido de los bienes objeto de la prestación de entrega (BRIDGE, 2010, 178).

La coordinación de esta doctrina, tal y como se recoge en la secc. 7, con la disciplina del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito no es sencilla. Valga ahora tener en cuenta que los autores entienden que, en el tráfico con consumidores, la previsión de la secc. 20.4 SGA'79 introducida tras la modificación de 2002, desplaza la doctrina de la frustración del contrato[51], y en particular la secc. 7, de manera que si la cosa perece o se menoscaba accidentalmente antes de la entrega, el vendedor seguirá respondiendo por ello ante el consumidor en los términos de las seccs. 48A a 48F SGA'79, sin que pueda entenderse que el contrato queda sin efecto al amparo de la secc. 7 (TREITEL, 2004, 81).

---

[50] GREWAL, S. S. (1991), «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act». *Loyola of Los Ángeles International and Comparative Law Journal*, 14, 115-116.

[51] Esto es acorde con la idea, general en la doctrina, conforme a la cual un acuerdo explícito o implícito de distribución del riesgo supone desplazar los efectos resolutorios propios de la *frustration*. Ver, por todos, SEALY, L. S. (1972), «Risk» in the law of sale. *Cambridge Law Journal*, 31-1. April, 245.

C) *Derecho francés*

Los problemas de incardinación del nuevo sistema de responsabilidad del empresario por faltas de conformidad actualmente incorporado en el Code de la Consommation, con el preexistente de la compraventa regulada en el Code Civil, podría plantear cuestiones de respeto al mínimo previsto en la Directiva. El artículo 1138 del Code centraliza la cuestión del traspaso del riesgo al adquirente de bienes concretos[52]. Bajo el presupuesto de que la regla consagrada en este precepto queda desplazada en todos los casos en que la entrega del bien al comprador no es coetánea al acuerdo de voluntades (momento este último determinante de la transferencia dominical), en definitiva el riesgo sólo se transfiere al comprador cuando el bien ingresa en su círculo de competencia, bien por el traspaso posesorio, bien porque tenga algún poder de disposición o de control sobre ellos[53]. Este último supuesto podría plantear algún problema, porque, como sabemos, la Directiva impone que los bienes sean conformes al tiempo de la *entrega* al consumidor. En cualquier caso, doctrinalmente se ha concluido que la responsabilidad del empresario por faltas de conformidad es independiente de cualquier consideración valorativa de su conducta o de su conocimiento respecto a la falta de conformidad en el producto, y en este sentido responderá de la misma aun en el caso de fuerza mayor, con tal de que la falta de conformidad esté presente al momento de la entrega (sin perjuicio, naturalmente, del artículo L 211-8 del Code de la Consommation), sin que sea suficiente la mera puesta a disposición del bien[54].

D) Derecho italiano

De igual forma que sucede en nuestro Derecho, también en el Derecho italiano el Legislador ha guardado silencio respecto de este tema. Carmen Leo

---

[52] El tenor del artículo 1138 del Code es el siguiente: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes». Y añade a continuación: «Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier».

[53] Tal sería el caso, por ejemplo, de la compra de género, desde el momento en que se produce la especificación y los bienes hayan sido marcados con el nombre del comprador. Así lo explican Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, J., Chabas, F. (1998), «Leçons de Droit Civil». Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. Paris: Montchrestien, 9.e édition par Michel de Juglart, 1167.

[54] Ver Calais-Auloy, J., Steinmetz, F. (2006), *Droit de la consummation*. París: Dalloz, 282. Dispone el mencionado artículo L 211-8 lo siguiente: «L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat. Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté. Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis».

ha defendido que la regla general del traspaso del riesgo contenida en el artículo 1465 del Codice Civile[55] sólo se mantiene aplicable para las ventas distintas a la de bienes de consumo, porque en opinión de esta autora no tendría sentido que el vendedor garantice los defectos manifestados tras el traspaso del riesgo por la entrega, y sea, por otro lado, liberado en caso de perecimiento de la cosa antes de la entrega[56]. A mayor abundamiento, como ha puesto de relieve Luminoso, una regla por la cual, cuando se trata de una disciplina dirigida a la protección del consumidor, en la duda, la norma debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, siendo ello además respetuoso con la Directiva[57]. Posteriormente, ya estudiando el Codice de Consumo de 2005, en la misma línea también se pronunció BIANCA[58].

Conviene señalar, en todo caso, que las posiciones doctrinales, aunque mayoritarias en el sentido apuntado, no son unánimes. Así, OMODEI-SALÈ ha defendido que el régimen de responsabilidad del profesional en la venta de productos no ha alterado la regla general *res perit domino* (OMODEI-SALÈ, 2004, pág. 158 y sigs.).

4. COMPONENTES LÓGICOS DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. VISIÓN GENERAL

Por definición, un contrato sinalagmático implica la puesta en común de unos intereses. Por ello precisamente, en la medida en que un contratante busca del otro conseguir una utilidad que de otra forma no podría obtener de forma eficiente, de manera más o menos implícita o más o menos consciente se asumen unos *riesgos*. La mayor o menor probabilidad de que estos riesgos se concreten en un daño, en relación con los costes que implica asumirlos, es lo que en teoría impulsa o retrae la contratación.

---

[55] Dispone este artículo 1465 que en los contratos que transmitan la propiedad de una cosa determinada o constituyan o transmitan derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al transmitente no libera al adquirente de la obligación de cumplir su obligación, aunque la cosa no le sea entregada.

[56] En todo caso, y sin deber profundizar más en esta cuestión, no debe olvidarse que RUBINO, al estudiar el artículo 1465 del Codice Civile, equipara la pérdida y el deterioro a efectos de aplicación de este precepto —ver en RUBINO, D. (1971), «La compravendita», en CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIII. Milano, Dott. A. Giuffrè, 452—.

[57] LUMINOSO, A. (2003), «Profili applicativi», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia,* vol. XXXI. BIN, Marino; LUMINOSO, Angelo (coords.), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo,* Padova: CEDAM, 99.

[58] BIANCA, C. M. (2006), «La vendita dei beni di consumo. Note introduttive», en *Le nuove leggi civili commentate*, Fasc. 2, 319.

Esos riesgos pueden ser de índole muy diversa, como lo pueden ser los daños en que se concretan. El hecho de que una de las partes haya cumplido sus obligaciones y la otra parte no, deriva objetivamente en un daño cuya probabilidad debió ser considerada *a priori;* junto a ello, tal incumplimiento puede conllevar daños añadidos (gastos de negociación para la resolución extrajudicial; costas procesales; la imposibilidad de que el acreedor pueda cumplir otras obligaciones con terceros, por ejemplo, porque se había comprometido a vender los productos que nunca recibió por el incumplimiento...).

En definitiva, todo negocio jurídico patrimonial lleva de la mano, por el solo hecho de su existencia, la creación de *círculos de responsabilidad*, o si se quiere, de *círculos de competencia*, cuya gestión corresponde a cada una de las partes. Tal gestión debe estar orientada a la satisfacción de los intereses que se habían puesto en común por aquéllas.

A la hora de delimitar esos círculos de competencia, me parece una posible piedra de toque la siguiente afirmación de Richard A. POSNER: «una función importante de los contratos es asignar los riesgos a quien pueda asumirlos mejor» (POSNER, R., 1998, 118). La idea central que puede extraerse de aquí, es que todas aquellas objetivas insatisfacciones del derecho de crédito que tengan su origen en la esfera de control de una de las partes, en principio son *subjetivamente imputables* a aquella de las partes a quien le correspondía la gestión de ese círculo en el que se produjo la causa de la insatisfacción[59].

La delimitación de los ámbitos de competencia puede hacerse de dos formas: positivamente, y negativamente:

a) *Positivamente:* a cada una de las partes le corresponde hacer todo aquello que sea preciso para llevar a buen término el negocio celebrado, esto es, para la consecución de los fines puestos en común por las partes[60].
b) *Negativamente:* las partes tienen que evitar el acaecimiento de todo aquello que pueda frustrar el fin del negocio.

Cobra pleno sentido la concepción del negocio jurídico como *reglamentación* por la autonomía privada de los intereses igualmente privados, que estaba presente en las primeras construcciones de la teoría del negocio jurídico[61]. En

---

[59] Es esta la idea central sobre la que, en opinión de MALEY, se asienta la distribución del riesgo en la disciplina de la Convención de Viena. MALEY, K. (2009), «The limits to the conformity of goods in the United Nations convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)», en *International Trade and Business Law Review*, 12, 96.

[60] En nuestro Derecho, cumple una función muy importante en este sentido el artículo 1258 del Código Civil, según el cual: «los contratos (...) obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

[61] Entre nosotros, CASTRO, F. (1985), *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 31-32. En la doctrina comparada, VON THUR —ver su *Tratado de las obligaciones* (se ha manejado la

la medida en que la celebración de un negocio jurídico patrimonial conlleva todo lo anterior, es lógico que cualquier construcción general de un *sistema de responsabilidad contractual* tome en cuenta la consideración que las partes tuvieron, *o que debieron haber tenido*, de todos esos riesgos inherentes a la contratación, de todos aquellos aspectos que por el hecho de la celebración del negocio quedaron bajo su esfera de control. Como consecuencia de un mínimo de seguridad jurídica, todo consentimiento contractual válidamente otorgado debe presuponer que, el que emite dicho consentimiento, consideró todos esos aspectos y decidió asumirlos. Es perfectamente lógico que, en consecuencia, responda por ellos.

5. Componentes lógicos de un sistema de responsabilidad contractual. Aproximación concreta

A) *Incumplimiento e imputabilidad subjetiva*

La cuestión sobre la distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación es una pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. Y la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, como requisito de responsabilidad, sólo tiene sentido planteársela cuando puede responderse a ella negativamente, exonerando de responsabilidad a aquel que, de otra forma, hubiese sido declarado responsable en términos de causalidad material. A partir de aquí es donde tiene sentido plantearse la doctrina del *riesgo* en sentido jurídico, esto es, cuando un deudor deja de cumplir, y sin embargo puede *no ser considerado responsable* por ello. Viéndolo desde otro punto de vista: un sistema de responsabilidad contractual «estricto», en el que el deudor responde completamente por el simple hecho de no llevar a cabo el cumplimiento, no precisa de un régimen de distribución del riesgo en el sentido que aquí interesa (la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento carece de utilidad); y si lo previese, no sería más que una vía de escape de ese régimen de responsabilidad estricto, un paliativo del mismo, con el fin, en teoría, de evitar resultados desproporcionados o injustos desde un punto de vista de política legislativa. A esta idea se volverá más adelante.

El papel que ha desarrollado la culpa/negligencia ha sido, históricamente, muy relevante. Tanto, que la culpa perdió su sentido como criterio de imputación, y pasó a formar parte del supuesto de hecho mismo del incumplimiento,

---

traducción al castellano de esta obra realizada por W. Roces, edición al cuidado de Monereo Pérez, Granada: Comares, 2007), pág. 81— y Flume —*El negocio jurídico*. Traducción por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, especialmente págs. 23 a 48—.

de modo que si no había culpa o negligencia, no es que el incumplimiento no le era imputable al deudor, sino que ni siquiera había tal incumplimiento. La consecuencia fue que la noción de incumplimiento marcaba el límite entre la entrada en juego de la responsabilidad contractual (culpabilística), y el sistema de riesgos, que necesariamente suponía unas consecuencias distintas que el incumplimiento (culpable). Situadas la acción de cumplimiento específico y las acciones resolutoria e indemnizatoria como mecanismos ante el incumplimiento, los mecanismos con los que contaba la disciplina contractual cuando la falta de ejecución no era culpable no podían ser, en consecuencia, los mismos. Por ello, si el deudor dejaba de cumplir sin culpa o negligencia, la consecuencia era evidente: la otra parte, que ni podía ejercitar una acción de cumplimiento específico, ni indemnizatoria, pero tampoco resolutoria, debería cumplir su prestación, aun en el caso extremo de no recibir nada de la otra parte.

Una vez que se cuestiona el papel preeminente de la culpa como definidora del incumplimiento, se presentan dos alternativas en la construcción de un régimen de responsabilidad contractual:

a) Entender el incumplimiento como una idea desprendida de la culpa, pero que siga presuponiendo cierta vinculación con la conducta del deudor.
b) Entender el incumplimiento en un sentido esencialmente objetivo, esto es, como falta de ejecución del programa prestacional, al margen del motivo de ello.

Cualquiera de las dos ideas de incumplimiento anteriores suponen una evolución, y son preferibles, a la construcción del incumplimiento exclusivamente culposo. No obstante, aún la primera de las dos posibilidades planteadas cuenta con el inconveniente de negar el incumplimiento, y por tanto las acciones previstas para él (incluida la acción resolutoria) cuando la falta de cumplimiento proviene de un suceso por completo desvinculado del deudor (por ejemplo, por fenómenos meteorológicos). La segunda posibilidad ofrece la ventaja de presentar una idea de incumplimiento totalmente desprendida de prejuicios de imputabilidad subjetiva, esto es, una noción *neutra* de incumplimiento, objetiva, y por tanto omnicomprensiva: todo aquello que es debido conforme al programa contractual y no se ejecuta, da lugar a un incumplimiento. Esto significa que la respuesta a la pregunta de si hay o no incumplimiento no supone responder simultáneamente a la cuestión de si éste es o no imputable al deudor. De este modo, cabe que haya incumplimientos *subjetivamente imputables*, e incumplimientos *no subjetivamente imputables*.

Un sistema así nos devuelve a la idea de partida: un sistema de responsabilidad contractual basado *por completo* en una noción objetiva y neutra de incumplimiento, en el que el deudor responde de la falta de ejecución de la prestación solutoria independientemente de la causa del incumplimiento, no necesita una construcción legal de transmisión del riesgo por pérdida o

menoscabo de la prestación. Sólo cuando un sistema en el que tiene sentido plantearse el problema de la imputabilidad subjetiva como una cuestión distinta a si hay o no incumplimiento como tal, presupone que las consecuencias que el Ordenamiento prevé para el incumplimiento *imputable* y el que *no es imputable* son distintas[62].

Por tanto, el punto de partida para la construcción de un sistema de riesgos coherente debe ser el incumplimiento que no es subjetivamente imputable al deudor. El conjunto de acciones que se reconocen al acreedor que sufre este incumplimiento delimita la distribución «primaria» del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. Todo lo que suponga un desplazamiento de ello, bien por decisión del Legislador (cfr. v. gr. art. 1452 del Código Civil), bien por el juego de la autonomía de la voluntad, son previsiones de distribución «especial» del riesgo, toda vez que parten del mismo supuesto de hecho: incumplimiento no subjetivamente imputable al deudor.

La configuración de ese régimen «general» de distribución del riesgo, esto es, de esa distribución «primaria» no deja de ser una cuestión de política legislativa. De *lege ferenda*, sin embargo, parece que ese mínimo debe comprender, al menos, los remedios sinalagmáticos en favor del acreedor insatisfecho (resolución —rebaja proporcional de la propia prestación—)[63].

> Una articulación del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuitos basada en una idea de incumplimiento comprensiva en sí misma de un juicio de imputabilidad subjetiva, como por ejemplo la culpa, es rechazable. Negar que haya incumplimiento sólo porque el deudor *intentó* el cumplimiento de forma leal (por ejemplo, con la diligencia de un buen padre de familia) conduce en último extremo a afirmar que el acreedor de la prestación se obliga a pagar a cambio de obtener un deber *de conducta* del deudor *dirigido a* un bien o servicio, no por el bien o servicio *en sí*. Pero no sólo eso: si el terreno de juego de la doctrina del riesgo viniera delimitado externamente por la idea de incumplimiento imputable al deudor, negando que haya tal incumplimiento si éste no es imputable, supone *en coherencia* concluir que el régimen del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos implica *siempre* consecuencias excepcionales e incompatibles con las que son propias del incumplimiento (imputable)[64]. Esto no es rechazable *per se*, esto

[62] Que las consecuencias previstas sean distintas no significa que sean *excluyentes* u *opuestas*, sino que *no son por entero coincidentes*. Tanto el incumplimiento imputable como el que no lo es, comparten la naturaleza del *incumplimiento*, y el punto de partida es el mismo. Posteriormente, el juicio de imputabilidad puede modular ese régimen de partida (por ejemplo, añadiendo acciones si tal imputabilidad existe —por ejemplo, la acción indemnizatoria, o legitimando el ejercicio de las acciones de cumplimiento específico—).

[63] Como veremos, los regímenes de los PECL, del DCFR y de los Principios UNIDROIT es un buen ejemplo de ello. También el régimen de la Convención de Viena, aunque ésta va más allá, y junto a los remedios sinalagmáticos, reconoce también el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento específico vía sustitución o reparación.

[64] Afirmar que un supuesto no es de incumplimiento, pero conduce a las mismas consecuencias que aquél, es un formalismo conceptual *incoherente*.

> es, porque lleve a resultados ilógicos (un sistema así podría articularse perfectamente sin que produzca incoherencias internas), sino que es rechazable porque lleva a resultados injustos y excesivamente formalistas y artificiales: primero, porque prácticamente elimina las obligaciones de resultado, convirtiéndolas en obligaciones de diligencia (obligaciones de medios); y segundo, porque no es justo ni eficiente que la regla general de un Derecho de Obligaciones sea que el acreedor de una prestación deba soportar el riesgo de pérdida o menoscabo de aquélla *sin culpa del deudor* a pesar de que el control sobre la misma recaía de forma íntegra sobre el deudor.

Por otro lado, como hemos visto la pregunta por el riesgo en sentido jurídico (a lo que ahora interesa, pérdida o menoscabo fortuito del objeto de la prestación) es una pregunta por la ausencia de imputabilidad del incumplimiento. Por tanto, presupone el *incumplimiento* (en un sentido objetivo), esto es, que el deudor no ha realizado por completo el comportamiento solutorio conforme al contrato. Si no, no habría en relación a qué cuestionarse el problema de su imputabilidad al deudor, y por tanto no habría espacio para cuestionarse quién soporta el riesgo por pérdida o menoscabo fortuito. Esto es así tanto si hay como si no un régimen «especial» del riesgo distinto de lo que antes hemos llamado régimen «primario» o «general» de distribución del mismo.

> La Convención de Viena es un buen reflejo de lo anterior. Mientras se reconozca al comprador de mercaderías la posibilidad del ejercicio de las acciones por falta de conformidad, es claro que el vendedor se enfrenta a las consecuencias de un *incumplimiento contractual*, le sea o no subjetivamente imputable. El artículo 36.2 no impide esta conclusión, que claramente exige como antecedente de responsabilidad que la falta de conformidad sea debida a un incumplimiento del vendedor[65].
>
> Tampoco lo impide el artículo 66 CV'80. En relación a este precepto, que dispone que la pérdida o deterioro posterior a la transmisión del riesgo no libera al comprador de la obligación de pagar el precio a menos que la pérdida o menoscabo «se deban a un acto u omisión del vendedor», se ha afirmado que este acto u omisión no tienen por qué constituir en sí mismos incumplimientos[66], pero lo que sí es claro es que *provocan* el incumplimiento (por ejemplo, faltas de conformidad en las mercaderías), que es objetivamente imputable a esa acción u omisión (que, como se ha señalado, no tienen por qué ser en sí mismo incumplimientos). Puesto que hay incumplimiento (falta de conformidad de las mercaderías con el contrato)

---

[65] Como señaló BIANCA al comentar este artículo 36.2, «the risk rule obviously cannot exempt the seller from the consequences of his breach of contract». BIANCA, C. M. (1987), «Article 36», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention,* Milán, Giuffrè, 286.

[66] HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Article 66», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods.* Oxford: Oxford University Press, 924. Entre nosotros, por todos, CAFFARENA LAPORTA, J. (1998), «Artículo 66», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías,* Madrid, Civitas, 523.

se abre para el comprador la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes (por ejemplo, reparación o sustitución de las mercaderías)[67].

Finalmente, lo mismo cabe decir en relación al artículo 70, que permite la sustitución o la resolución bajo el presupuesto de que el incumplimiento que motiva la reclamación es esencial, aunque el comprador no pueda devolver los bienes por perecimiento fortuito de los mismos, sin derecho por parte del vendedor de recibir compensación alguna por el valor de los bienes que hubiera tenido que recibir de haberse podido devolver: en estos casos, es claro que hay un incumplimiento por parte del vendedor (incumplimiento que, además, es *esencial*). Se ha apuntado que el artículo 70 permite al comprador desplazar el riesgo al vendedor, haciendo que éste soporte la pérdida o menoscabo de las mercaderías aun cuando ello se produjera cuando éstas ya estaban bajo control del comprador. Pero ello, en realidad, es una consecuencia indirecta de la mecánica de la sustitución y de la resolución en la medida en que tales acciones se permiten[68]: el centro de la gravedad de la norma no radica en que el vendedor soporta el riesgo por pérdida o menoscabo fortuito más allá del total cumplimiento de sus obligaciones como deudor, sino en que el vendedor es un *incumplidor*, y como tal debe responder, sin que el hecho de que las mercaderías se hayan perdido pueda servirle para exonerarse de responsabilidad. No se trata de una «hipertrofia» del régimen del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito, sino meramente de una norma que aborda el conflicto entre las normas de transmisión del riesgo (en este caso, en contra del comprador) y las del incumplimiento (en favor del vendedor)[69], decantándose en favor de estas últimas, para el caso únicamente de que el incumplimiento sea *esencial*, no en otro caso[70].

---

[67] No puede ser suficiente para hacer entrar en juego el último inciso del artículo 66 CV'80 que la acción u omisión haya sido mero antecedente causal, en sentido material, del incumplimiento. En necesario que este incumplimiento sea objetivamente imputable al acto u omisión. Como han señalado HAGER y SCHMIDT-KESSEL, el propósito de la segunda parte del artículo 66 CV parece ser cubrir, junto a los casos de incumplimiento contractual, también aquellos casos de conducta que podrían dar lugar a responsabilidad extracontractual pero no a responsabilidad contractual. Así, a actos realizados por el vendedor que claramente son legítimos, no les resulta de aplicación la segunda parte del artículo 66 CV'80 [HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M., «Article 67», 2010, 66; entre nosotros, CAFFARENA LAPORTA, «Artículo 66», *op. cit.,* 523]. En consecuencia, la imputabilidad del incumplimiento al acto u omisión del vendedor es un requisito necesario. Sin embargo, debe advertirse que la cuestión no es unánime. SCHLECHTRIEM puso de manifiesto en una obra de 1986 que la segunda parte del artículo 66 entrará en juego incluso aunque el vendedor no sea responsable del daño a las mercaderías en el sentido del artículo 79 CV'80 (SCHLECHTRIEM, 1986, 86).

[68] Véase NICHOLAS, B. (1987), «Article 70», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention,* Milán, Giuffrè, 510.

[69] Véase HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010), «Article 70», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods.* Oxford: Oxford University Press, 943.

[70] ERAUW, J. (2005-2006), «CISG articles 66-70: the risk of loss and passing it». *Journal of Law and Commerce*, 25, 207. En una línea *similar*, ver el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil*.

La lógica que subyace tanto en el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil* como en el artículo 70 CV'80, es la misma: hacer que el traspaso del riesgo al comprador no suponga una vía de exoneración de la responsabilidad contractual del vendedor por un incumplimiento suyo. Naturalmente, tal responsabilidad del vendedor

> También la regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa del Código Civil pone de manifiesto las mismas ideas, aunque para llegar a resultados distintos. Si el comprador no entrega la cosa comprada en el estado en que ésta se encontraba en el momento de celebración del contrato, objetivamente ello es un incumplimiento (cfr. art. 1468-1.º del CC). Si ello se produce por un «suceso» en el sentido del artículo 1105 del Código Civil (fuerza mayor), la norma del artículo 1452 del Código Civil impide que un supuesto tal pueda disciplinarse por el régimen «primario» de distribución del riesgo (fundamentalmente, posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria *ex* art 1124 del CC), desplazándolo, y en consecuencia tal artículo 1452 del Código Civil vendría a ser una norma «especial» de distribución del riesgo (sólo aplicable cuando el incumplimiento no es imputable al deudor), pero no excluye que exista tal incumplimiento por el vendedor, sino todo lo contrario: lo presupone para excluir la consecuencia que, de otro modo, resultaría aplicable (resolución: régimen «primario»).

Lo anterior no significa que la pregunta por el *momento de la transmisión del riesgo* sea también la pregunta por el momento del *total cumplimiento del deudor*. Por regla general ambos momentos coincidirán, pero no como consecuencia de una necesidad de coherencia. No será así, por ejemplo, en aquellos

---

sólo se proyecta en relación al incumplimiento, no al resultado de la pérdida o menoscabo fortuitos: aun cuando la transmisión del riesgo al comprador no le impida a éste el ejercicio de las acciones por incumplimiento, no puede olvidarse que el riesgo ya era del comprador.

Permitir al comprador el ejercicio de los remedios correspondientes por falta de conformidad de los bienes con el contrato, aun cuando los bienes se hayan perdido o menoscabado fortuitamente después de que el riesgo se hubiera transmitido al comprador, supone impedir que el vendedor pueda exonerarse de responsabilidad por un incumplimiento que deba ponerse a su cargo por el solo hecho de que las cosas hayan perecido fortuitamente a riesgo del comprador. Pero abrir completamente la puerta al comprador para exigir cualquier remedio por incumplimiento cuando las cosas hayan perecido o menoscabado *a su riesgo*, puede suponer en determinados casos una *excesiva inversión de la regla general*, en el entendido que el incumplimiento del vendedor no puede servir de excusa para trasladarle una carga económica excesiva, marcadamente en aquellos casos en que la falta de conformidad, aunque existente, no es grave, el hecho fortuito supone un grave quebranto de los bienes vendidos, y el comprador ejercita el derecho a sustituir los bienes. Por eso tiene perfecto sentido que el artículo 70 CV'80 limite su supuesto a los casos en que el incumplimiento (a lo que aquí nos interesa, falta de conformidad de los bienes) sea *esencial*, esto es, lo suficientemente graves como para justificar la *sustitución* de los bienes o la *resolución del contrato*. Quizá la expresa mención en el artículo 70 de la Convención de que el incumplimiento sea esencial resulta superflua para evitar el efecto comentado [como sucede en el art. 82.2.*a)*], toda vez que la disciplina general de los remedios de la sustitución y la resolución exigen que la falta de conformidad sea grave, de modo que podría haberse llegado a la misma conclusión aun cuando el artículo 70 omitiera la referencia. En todo caso, exigir que el incumplimiento sea sustancial, aunque no elimina el efecto de inversión del riesgo, sin duda lo limita.

Por su parte, el artículo 1452 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil*, como hemos visto, no exige que el incumplimiento sea esencial. No obstante, quizá pudiera llegarse a una interpretación que conduzca a un resultado similar al del 70 CV'80. Ello es posible si entendemos que los hechos sobrevenidos una vez transmitido el riesgo al comprador, pueden ser considerados en orden al cálculo de proporcionalidad que abre y cierra la puerta a los remedios exigibles por el comprador (cfr. art. 1484 de la *Propuesta*).

casos en que una norma «especial» de distribución del riesgo así lo disponga, como sucede con el citado artículo 1452 del Código Civil. Pero incluso aunque no hubiese una norma especial de transmisión del riesgo, habrá casos en que el momento de transmisión del riesgo puede ser distinto (concretamente, anterior) del momento de total cumplimiento por el deudor. Ejemplos de ello los encontramos en la Convención de Viena (cfr. art. 68), en la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* (cfr. art. 146, en sede de compraventa de empresario a empresario), y como veremos más adelante y nos detendremos en ello, en algunos supuestos en que la compraventa conlleva la obligación de instalación a cargo del empresario o profesional en el que el riesgo se puede haber transmitido al consumidor *antes* del total cumplimiento del contrato. Aparte quedan, además, los supuestos en que alguna de las partes se retrasa en el cumplimiento de sus obligaciones.

> Afirmar que hay supuestos en que el riesgo se transmite al acreedor antes del total cumplimiento por parte del deudor en principio no plantea mayores problemas, al menos desde un punto de vista teórico[71]. Lo que sí resultaría problemático será lo contrario, hasta el punto que, en mi opinión, no resulta posible, esto es, afirmar que el riesgo se transmite al acreedor en un momento *posterior* al total cumplimiento del deudor. Una tal pretendida posibilidad en verdad se reconduce a extender hasta el momento de la transmisión del riesgo la conducta solutoria del deudor, haciendo coincidir ambos momentos (el de transmisión del riesgo y el de total cumplimiento del deudor).
>
> La actual *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* supone un buen ejemplo de lo anterior. En sus artículos 140 y siguientes prevé un régimen de transmisión del riesgo diferente para las ventas de empresario a consumidor, por un lado, y para las ventas de empresario a empresario, por otro. Para las primeras, la regla general es que el riesgo se transmite al consumidor cuando éste adquiere el control sobre los bienes vendidos, o como han señalado Zoll y Watson, cuando adquiere la posesión física de los bienes[72], mientras que en las segundas (ventas entre empresarios), hay supuestos en que basta que los bienes estén a disposición del comprador si se ha acordado que los mismos deben ponerse a disposición del comprador en un lugar distinto del lugar del negocio del vendedor (cfr. art. 144). Supongamos un caso de compraventa en que vendedor (V) y comprador (C) acuerdan que los bienes quedarán a disposición del comprador, pasados tres días desde de la celebración del contrato, en los almacenes de un tercero (T) ajeno tanto al comprador como al vendedor, para que dentro de los cuatro días siguientes a esa puesta a disposición, el comprador los recoja. Cumplida la obligación del vendedor de entregar a T los bienes vendidos,

[71] Incluso el artículo 68 CV'80 (venta de mercaderías en tránsito) prevé la posibilidad de que en un caso dado, pueda entenderse que el riesgo lo soporta el comprador por las pérdidas o menoscabos que las mercaderías hayan sufrido *antes* de la celebración del contrato (cuando las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador). Téngase presente, en todo caso, que esto es una disposición que sólo rige «si así resultare de las circunstancias».

[72] Zoll, F., Watson, J. (2012), «Article 142», en Schulze, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden-Baden: C.H. Beck - Hart - Nomos, 606.

> y notificado ello a C, el momento de transmisión del riesgo a C será distinto según si éste actúa como consumidor o no: *a)* Si actúa como consumidor, el riesgo sólo pasará a soportarlo cuando recoja los bienes (o se retrase en recogerlos); *b)* Si actúa como empresario, el riesgo pasa a soportarlo desde que los bienes se pusieron a su disposición. No se trata de que en el primer supuesto el vendedor soportó el riesgo *más allá de su total cumplimiento*, y en el segundo de que el riesgo se transmitió *en el mismo momento del total cumplimiento*. En realidad, las obligaciones del vendedor (conducta solutoria) son distintas en ambos casos: en la segunda, el vendedor ha cumplido (pagado) con poner a disposición del comprador en las instalaciones de T bienes conformes con el contrato, mientras que en el primer caso (venta a consumidor), la obligación no consiste sólo en poner a disposición del consumidor bienes conformes, sino en que éste *reciba* bienes conformes con el contrato. De hecho, en el estudio de la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* se ha llegado a afirmar que el artículo 94 (que es el que regula el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, sin perjuicio del juego de la autonomía de la voluntad) podría probablemente ser eliminado sin que ello tenga consecuencias negativas en el funcionamiento del sistema: sería suficiente con tener reglas referentes al lugar de la entrega y al momento de la transmisión del riesgo[73].

Una vez explicado lo anterior, una adecuada delimitación del ámbito de imputabilidad subjetiva del incumplimiento, considerado éste último simplemente como no ejecución del programa prestacional, exige detenerse en tres aspectos:

a) La previsibilidad, en fase de *formación del contrato*, del hecho que impide el cumplimiento.
b) La evitabilidad del hecho que impide el cumplimiento, en fase de *ejecución del contrato*.
c) Todos aquellos sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato.

Detengámonos en cada uno de ellos por separado.

B) *Previsibilidad al tiempo de formación del contrato*

A la hora de determinar de forma concreta qué aspectos quedan dentro y qué aspectos quedan fuera del círculo de competencia de cada una de las partes, y determinar por tanto cuándo un incumplimiento es imputable o no subjetivamente al deudor (esto es, cuándo se origina o no dentro de su círculo de competencias), el criterio general que podría seguirse para determinar qué era previsible y qué no, es el de la *eficiencia contractual*. Como pusieron de

[73] Zoll, F. (2012), «Article 98», en Schulze, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden-Baden: C.H. Beck - Hart - Nomos, 463.

manifiesto H. STOLL y G. GRUBER, abstractamente considerados casi todos los eventos son previsibles[74]. Por ello, los únicos riesgos que deben entenderse comprendidos en las esferas de competencia de las partes no pueden ser *todos* los eventos, sino sólo los que *razonablemente fueran previsibles* (pues sólo ellos podrían haber sido considerados en un cálculo de asunción de riesgos y de potencial responsabilidad por el contrato celebrado[75]). Ello pone de manifiesto de forma indirecta una idea esencial: una adecuada interpretación del contrato, en términos conmutativos, puede revelar un desplazamiento *implícito* de las reglas de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos. Esto último, no es sólo una conclusión posible en nuestro Derecho[76], sino también en el Derecho comparado[77], en el ámbito del tráfico internacional de mercaderías[78] y en lo que podríamos llamar *Derecho Uniforme Europeo de contratos*[79].

Si una eventualidad es prevista en fase de formación del contrato, por ese solo hecho, el riesgo que acontezca *necesariamente* es objeto de distribución en la composición de la posición jurídica de las partes[80]. La razón es clara: la regulación típica de un contrato es una preconfiguración de la situación jurídica de las partes, considerando el fin socio económico del contrato (causa). Para cada fin distinto (causa distinta), el Legislador tiene la posibilidad de ofrecer una regulación típica, una preconfiguración, de la situación jurídica de las partes. Esta preconfiguración, atendida la causa, no deja de ser una mera *posibilidad lógica* de la situación jurídica de las partes, y no impide cualquier otra dentro de la consecución de la misma causa (dentro del mismo tipo contractual).

Que la voluntad de las partes puede desplazar la regulación típica, dentro de los límites del Ordenamiento, es una idea evidente. Lo que quizá no sea tan

---

[74] STOLL, H., GRUBER, G. (2010), «Article 79», *ob. cit.,* 817.

[75] Ver SCHLECHTRIEM, P. (1986), «Uniform Sales Law», *ob. cit.,* 97.

[76] Cfr. PANTALEÓN, F. (1991), «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, *1991,* 1066.

[77] Así, en el ámbito de la tradición del *Common Law,* y concretamente para el Derecho británico, ver TREITEL, G. (2004), «Frustration and force majeure», *op. cit.,* 506.

[78] Ver PONZANELLI, G. (1989), «Artículo 79», en BIANCA, C. M. (coord.), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Le nuove leggi civili commentate,* 314. También SILVA-RUIZ, P. F. (1993), «The UN Convention on the International Sale of Goods: A Note on Exeption from Liability for Failure to Perform», en CRANSTON, R., GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumuer Law. National and International Dimensions.* Oxford: Clarendon Press, 57. Más recientemente, SCHWENZER, I. (2010), «Article 79», en SCHWENZER, I. (ed.), «Schlechtriem & Schwenzer Commentary», *op. cit.,* 1068.

[79] Así, por ejemplo, cfr. artículo 9:502 y 9:503 PECL. Ver EISELEN, S. (2006), «Specific Performance and Special Damages», en MACQUEEN, H., ZIMMERMANN, R. (eds.), *European contract Law: Scots and South African Perspectives.* Edimburgo: Edinburgh Univesity Press, 277.

[80] Como puso de manifiesto SCHLECHTRIEM en el estudio de la Convención de Viena, el deudor es responsable incluso por sucesos fuera de su ámbito de control, en la medida en que fueron conocidos o razonablemente previsibles por él al tiempo de la conclusión del contrato. SCHLECHTRIEM, P. (1986), «Uniform Sales Law», *ob. cit.,* 101.

evidente es que ello puede producirse también de forma implícita. Para averiguarlo es precisa una adecuada labor interpretativa del contrato, en el que sin lugar a dudas el precio cumple una papel esencial. Piénsese que, en el marco de la construcción de un régimen general de obligaciones y contratos, cuando la naturaleza del contrato exija la fijación de un precio, el precio *común o habitual del tráfico* puede ser un buen punto de partida en la configuración de la posición de las partes dentro los esquemas *típicos* del contrato en cuestión. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, y los trabajos llevados a cabo en nuestro ámbito en la Comisión General de Codificación (tanto en la sección de Derecho Civil como en la de Derecho Mercantil) son buen exponente de ello: en todos ellos se parte que cuando el contrato exija como elemento esencial la fijación de un precio, si éste no se fija por las partes, ese vacío se integrará mediante un *precio razonable*, siempre y cuando de ello pueda deducirse que las partes así lo hubiesen querido. La idea me parece esencial y de ello se deduce una idea perfectamente coherente, como es el de la referencia interpretativa del precio en dos direcciones: el precio es un elemento de interpretación de los derechos y obligaciones de las partes y permite interpretar cuándo debe entenderse que se han apartado de la regulación típica; y a la inversa: si no se fija un precio pero éste resulta esencial, sólo se entenderá que el precio es el habitual de mercado salvo que el modo en que las partes se han obligado permita extraer otra conclusión. El precio *típico* bien puede ser, por tanto, el precio habitual de mercado[81].

---

[81] El artículo 6:104 PECL prevé que cuando el contrato no fije el precio o el método de su determinación, se considerará que las partes han acordado un precio razonable. La conexión de este precepto con el 6:108 PECL (conforme al cual si el contrato no especifica la cualidad, se entiende que se debe la calidad *media*) se pone de manifiesto en los comentarios que se han hecho a estos Principios [ver en Lando, O., Beale, H. (2003)], *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»)*. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Madrid, Colegios Notariales de España, 446.

Quizá de forma más clara en relación a las ideas apuntadas, se pronuncia el artículo 1277.1 de la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones*, al disponer que: «No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido *y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado*» (la cursiva es mía). En idéntico sentido, pero concretado al contrato de compraventa, se manifiesta el artículo 1477 de la *Propuesta de modificación del Código Civil en materia del contrato de compraventa*. Por último, y en lo que respecta a los trabajos llevados a cabo en la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, primeramente el artículo 56.2.2.º de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, y de forma más reciente la *Propuesta de Código Mercantil* (2013) en su artículo 415-2.2 dispone que: «[c]uando no se hubiera pactado expresamente [si una obligación es de medios o de resultado], para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o sólo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente: (...) b) *El precio y*

Si tal voluntad de desplazar la situación típica de las partes no existe (ni implícita ni explícitamente), en relación a aquellos eventos *que fueron previstos o previsibles* sólo cabe concluir que la intención de las partes era someterse a la regulación típica, tal como la ofrece el legislador, y por lo tanto, habrá que estar a las consecuencias típicas para tal eventualidad cuando ésta ocurra. A la inversa, tratándose de algo imprevisto e imprevisible, por ese solo hecho las partes no han podido prever una disciplina contractual distinta de la típica[82]. En ambas hipótesis la consecuencia *preliminar* es la misma: vinculación a la forma típica; pero el modo en que ello se produce es muy distinta, y eso a la postre tendrá una importante consecuencia: en el primer caso puede decirse que la vinculación a la consecuencia típica se ha pretendido *positivamente*, esto es, las partes *la querían*, mientras que en el segundo caso la vinculación a la forma típica ha sido *por defecto*, esto es, como consecuencia del juego (necesario) del derecho dispositivo sin que hubiese una intención en ese sentido.

La regulación típica de un contrato expresa una posibilidad de vinculación válida para la consecución del fin típico del contrato (causa). Mientras este fin siga siendo posible, no hay ninguna razón para excepcionar el carácter vinculante del contrato en su forma de configuración.

Cuando sobreviene un hecho imprevisto, en relación con el cual no podía exigirse que las partes lo hubiesen considerado para desplazar la regulación típica del contrato y adaptar para tal supuesto su posición, mantener el carácter vinculante del contrato de ese modo concreto sólo podría sustentarse, bien en una voluntad presunta de las partes en querer seguir vinculadas, bien en un pretendido principio jurídico por el que el contrato resulta vinculante pase lo que pase (*pacta sunt servanda*). Ninguna de estas dos hipotéticas razones es válida: la primera, porque presupone justo lo que no se da, pues no puede haber

---

demás elementos del mismo [contrato]» (la cursiva es mía). De *lege data*, los términos en que las partes se han obligado, en el aspecto conmutativo, son esenciales en este punto. Aunque no se puede entrar ahora en profundidad, se pueden mencionar, al menos, tres casos claros en nuestro Derecho en este sentido: el primero de ellos, en sede de los negocios con causa *lucrativa*, es el artículo 638 del Código Civil. El segundo puede extraerse del artículo 1167 del Código Civil, al prever que «cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». En estos casos, al ser norma de derecho dispositivo, se ha entendido que el *precio* que, por ejemplo, el comprador ha pagado por esos productos es un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar qué calidad deben reunir los productos comprados, como elemento interpretativo, pues a mayor precio pagado, mayor calidad exigible [Caffarena Laporta, J. (1985)], «El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV, 909-940). En tercer lugar, y en un ámbito distinto al de los negocios con causa transmisiva, puede mencionarse el artículo 1726 del Código Civil.

[82] Si hubiera podido tenerse en cuenta, cabría considerar que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya haberlo previsto. Lando, O., Beale, H. (2003), «Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II», *ob. cit.,* 559.

voluntad presunta en relación a aquello que por hipótesis era imprevisible; y la segunda, porque si la vinculación de las partes en la posibilidad típica tiene su justificación en la consecución del fin típico del contrato (causa), imposibilitado dicho fin, afirmar que el contrato debe seguir obligando en su forma típica no deriva de una necesidad de coherencia del sistema: imposibilitado el fin típico del contrato, y siendo las prestaciones manifestación de la causa del contrato (la causa justifica las prestaciones y les da el sentido correspondiente al tipo contractual que los justifica), decir que *ese mismo contrato* sigue vinculando en el sentido de que puede seguir siendo fuente de derechos y obligaciones de las partes no responde, en estos casos, a una *necesidad de lógica jurídica*. Ello sólo puede afirmarse en aquellos casos en que la vinculación a la forma típica ha sido por voluntad *positiva* de las partes, bien porque *expresamente* lo han acordado pase lo que pase, bien porque, y esto será lo más probable, habiendo considerado el evento no previeron una consecuencia para su acaecimiento distinta de la típica que, por tanto debe regir (implícitamente; vid. *supra):* ello supuso de hecho una distribución implícita del riesgo en relación a ese evento[83].

C) *Evitabilidad del hecho en fase de ejecución del contrato*

A la hora de delinear los círculos de imputabilidad subjetiva del deudor, la evitabilidad o no del hecho en fase de ejecución del contrato es un elemento esencial, y distinto, de la previsibilidad al tiempo de contratar.

La distinción de ambas ideas se hace patente en la necesidad de evitar una lectura *a contrario*, y que debe descartarse, en virtud de la cual, en fase de ejecución del contrato concluir que actualiza el supuesto de hecho del *riesgo* todo aquello que era imprevisible al tiempo de contratar y que dificulta o imposibilita el cumplimiento *tal y como fue acordado* (aunque sí fuese posible el cumplimiento de otro modo distinto del previsto en el contrato).

A la vista de lo explicado más arriba, puede concluirse que el círculo de competencias de las partes, determinante de lo que subjetivamente le es imputable, no depende sólo de lo que fue previsto al tiempo de contratar y que determinó el modo de obligarse de las partes, sino también de los hechos sobrevenidos posteriormente: aquello que, aun siendo imprevisible al tiempo de contratar, resulta razonablemente evitable por el deudor, entra dentro, por ese solo hecho, de su círculo de competencias, y por tanto, de su círculo de imputabilidad, porque

[83] En el ámbito del *Common Law*, en el estudio de la previsibilidad al tiempo de la contratación y del espacio de juego de la doctrina de la *frustration*, se ha defendido por algún autor que si un hecho era previsible por el deudor pero no fue considerado expresamente en fase negocial para distribuir su riesgo, si finalmente el suceso acaece imposibilitando el cumplimiento, estaríamos ante un caso de *self-induced frustration* (frustración autoinducida), que impide la liberación del deudor (HALL, 1984, 300-307).

desde ese momento no puede decirse que tal circunstancia sea *extraña* a su esfera de control[84]; en otras palabras: en términos de causalidad, en estos casos no puede decirse que el evento es causa del incumplimiento, sino más bien, debido a que el deudor no hizo lo razonablemente esperable (evitación de los efectos del evento) el incumplimiento es objetivamente imputable al comportamiento del deudor. Por todo ello, una previsión como la del artículo 79.1 CV'80, en orden a identificar los incumplimientos que dan lugar a indemnización (esto es, incumplimiento *imputables* al deudor —cfr. art. 79.5—) es completamente razonable: «una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias».

Como idea complementaria que ayuda a determinar en un caso concreto cuál es el comportamiento exigible del deudor en orden a la evitabilidad del hecho cuyo acaecimiento pudiera imposibilitar el cumplimiento, o destruir o dañar el objeto de la prestación, debe señalarse que no es posible una construcción acabada de un sistema de responsabilidad contractual si no se tienen en cuenta circunstancias *subjetivas*. Por ello, como ha afirmado Díez-Picazo, «el marco o ámbito de control del deudor guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le es exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes»[85].

D) *Sucesos que ni son previsibles al tiempo de formación del contrato, ni razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato*

¿Qué ocurre con todas aquellas insatisfacciones del derecho de crédito que suceden por causas ajenas a los círculos de control de las partes, porque no eran previsibles al tiempo de contratar, ni eran razonablemente evitables en fase de ejecución del contrato? Respecto de todas ellas, no puede hablarse de verdadera *imputabilidad*. Si el sistema de responsabilidad contractual reubicase ese daño económico en un círculo distinto de aquel que lo recibió, estaría introduciendo en dicha esfera de control un aspecto que era, al menos, razonablemente descartable

---

[84] Véase Lee, W. (1990), «Exemptions of Contract Liability Under the 1980 United Nations Convention», en *Dickinson Journal of International Law*, 8, 391. También Goodfriend, D. E. (1984), «After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 22, 585.

[85] Díez-Picazo, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson - Civitas, 727.

en el momento de contratar, y por tanto, como se ha apuntado más arriba, el sistema sería potencialmente ineficiente[86]. En consecuencia, y sin perjuicio de que pudiera resultar aplicable otro régimen de responsabilidad (por ejemplo, el extracontractual), *el daño permanecerá en el patrimonio de aquella de las partes bajo cuyo control estaba el objeto de la prestación*, pero no porque lo merezca pues se parte de que el hecho que supone el daño a la prestación no le es imputable, sino como una consecuencia necesaria de tener cerrada la posibilidad de *endosar* o trasladar ese daño a la otra parte, *salvo que existiese una regla (normativa o resultante de la autonomía de la voluntad) que previese otra cosa*.

Téngase presente que la parte bajo cuyo control está el objeto de la prestación cuando acaece el daño, en la mayoría de las veces será, pero podría no ser, *el propietario* de tal objeto.

> En efecto, el dominio, como elemento atributivo del riesgo por pérdida o menoscabo de la cosa debida, no es el mejor criterio a tal fin. Ello se puso también de manifiesto entre los autores iusnaturalistas. Heineccio, aunque en un principio cuestionó la equidad de la regla romana *res perit emptori* en un sistema en el que la transmisión del dominio exigía tradición[87], en una obra posterior[88], al abordar la misma cuestión, concluye de forma implícita la necesidad de distinguir, por un lado, una perspectiva estática y, por otro, una perspectiva dinámica de la cuestión: sin perjuicio de la regla *res perit domino*, *periculum* y *commodum* se transmitirían al comprador por fundamentos distintos de los presentes en la transmisión del dominio de la cosa[89]. En este sentido, para los casos de pérdida de la cosa cuando la venta es ya perfecta, el vendedor la debe. En ese momento, si la cosa perece por caso fortuito, naturalmente se libera, y como consecuencia, el riesgo está en manos del comprador, que no la recibe. Como se ve, aún sigue quedando en el aire la cuestión del precio. Aunque no se aborda la cuestión de forma expresa, parece que implícitamente se asume la bondad de la regla desde el momento en que «*commodum rei venditae ad emptorem pertinere debere*».
>
> Por otro lado, como ha señalado Fuenteseca Degeneffe, vincular el traspaso del riesgo por pérdida o menoscabo, al traspaso de la propiedad, elimina la idea de «riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos» como figura jurídica autónoma. Esto

---

[86] Si ello fuera posible, los costes de previsión, aseguramiento, etc., podrían acabar siendo lo suficientemente elevados como para retraer la contratación.

[87] (§ CCCLIII) … «*Nobis de jure naturae nunc sollicitis, extra omnem dubitationis alema positum videtur, casum ferre dominum*» (…). (§ CCCLIV) *Quum ergo emtor sine traditione statim fiat dominus, ac proinde periculum ferat. Ut vera quidem sit doctrina jureconsultorum de periculo rei venditae, sed ea cum reliquis juris Romani principiis male cohaereat, quia, dominim sine traditione ad emtorem transire, negant*» (…). Heineccio, Joan Gottlieb, en *Elementa Juris Naturae et gentium*. Editio secunda matritensis. Sumptibus Placidi Barco Lopez, 1789, 250-251.

[88] Heineccio, Jo. Gottl. *Recitationes in elementa Juris Civilis secundum ordinem institutionum*. Se ha manejado la edición de Venecia: Haeredes Balleonios, 1824, Tomo II, 82-83 (§ CMXI).

[89] …«*respondemus, hic periculum & commodum non ex hoc, sed alio fundamento ad emptorem transit*».

es así, independientemente de que, en un Sistema Jurídico cualquiera, la transmisión de la propiedad exija el traspaso posesorio, o simplemente exija el acuerdo de voluntades, como sucede marcadamente en el Derecho francés. En efecto, el artículo 1138 del Code francés dispone lo siguiente: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes». Y añade a continuación: «Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier». Como ha explicado la doctrina francesa, el transcrito artículo 1138 presupone la coetaneidad del acuerdo de voluntades (momento del traspaso dominical) y el traspaso posesorio (momento en que el bien queda en poder del adquirente), pero conceptualmente son dos momentos distintos: sólo hay que pensar en el caso contemplado en la segunda parte del artículo 1138, esto es, el caso del vendedor moroso: el bien perece para dicho vendedor, y sin embargo el acuerdo de voluntades ya transmitió anteriormente el dominio. Por otro lado, como han explicado Henri León, Jean Mazeaud y François Chabas, la regla del artículo 1138 del Code encuentra su justificación en un principio de equidad: salvo pacto en contrario, el comprador puede entrar en la posesión del bien desde el momento de la celebración de la venta; en cambio, si se pacta que la cosa quede en posesión del vendedor, no hay ninguna razón para que el vendedor quede en una situación distinta que la de, por ejemplo, un depositario del bien, supuesto este último en el que el depositario queda relevado de toda obligación de restitución si la cosa depositada pereciera por fuerza mayor. En definitiva, siendo consecuente con el presupuesto del artículo 1138 antes indicado, en todos aquellos casos en que la entrega del bien queda retrasada en el tiempo después de la celebración del contrato, la regla del artículo 1138 queda desplazada, de modo que jugará el principio *res perit debitori* (considerando aquí deudor al de la entrega, es decir, al vendedor)[90] [91].

También en el Derecho italiano, en que rige el principio de transmisión consensual del dominio, y junto a ello, la regla *res perit domino* (por tanto, por regla general desde la celebración del contrato), se ha criticado la bondad de esta regla de distribución del riesgo de la prestación. En un trabajo reciente, Natucci, repasando el fundamento que en Derecho Romano tenía la regla *res perit emptori*, y analizando las críticas que la doctrina iusnaturalista había lanzado frente a dicho principio, concluye en la necesidad de analizar causalmente el contrato de compraventa, no desde la definición que ofrece el artículo 1470 del Codice Civile («il contratto che ha per oggeto in trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo»), sino desde las obligaciones típicas de las partes, dentro de las que está, para el vendedor, la

[90] Mazeaud, Henri et Léon; Mazeaud, J., Chabas, F. (1998), «Leçons de Droit Civil», Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. Paris: Montchrestien, 9.ª édition par Michel de Juglart, especialmente 1166-1168.

[91] El Anteproyecto francés de reforma del Código Civil en materia de obligaciones, no supone una modificación en lo sustancial de lo anterior. Quizá lo más resaltable es que se elimina como efecto «automático» de la mora (del deudor o del acreedor) la atribución del riesgo, porque si se lograra probar que la cosa hubiese perecido igualmente en manos del acreedor, la mora no juega un papel distributivo del riesgo.

obligación de entrega de la cosa, obligación que no es meramente secundaria, sino que forma parte de la función económica del contrato, y por ende, de su causa. De esta forma, la imposibilidad de entrega debería suponer la resolución del contrato. Cabría señalar, en opinión de este autor, dos excepciones: 1) el caso de retraso en la recepción de la cosa por culpa del comprador (sea o no moroso); y 2) el caso en que se haya señalado un plazo de entrega, y dicho plazo se haya establecido en beneficio del comprador[92].

Por último, en el ámbito anglosajón las mismas líneas críticas se han mantenido al respecto. Así, en el Derecho británico, en el que la regla general prevista en la secc. 20 SGA'79 es que la cosa vendida perece para el propietario. Como vimos, esta regla ha sido objeto de crítica por la doctrina[93], y ya se había defendido antes de la transposición de la Directiva 1999/44/CE lo inconveniente de esta regla, al menos, en el tráfico con consumidores. Por su parte, en el Derecho estadounidense, el actual UCC dispone una regulación de la transmisión del riesgo completamente desvinculada de la transmisión de la propiedad, modificando así lo que hasta entonces había sido la línea general de unir ambas ideas (cfr. §§ 2.509 y 2.510 UCC)[94].

Como es evidente, la distinción es mucho más sencilla cuando la transmisión del dominio exige entrega de la cosa. Además de nuestro caso, es también, por ejemplo, el caso del Derecho holandés, en el que rige también la transmisión del dominio mediante título más entrega de la cosa (cfr. arts. 83 a 98 del Libro 3 del Código Civil holandés)[95].

Supongamos el siguiente caso: «A» vende a «B» unos bienes, a entregar en una fecha determinada. «A» tiene los bienes en un almacén de su propiedad, correctamente conservados y protegidos. El día anterior a la entrega, «C», que circulaba con su automóvil en una carretera adyacente al almacén de «A», debido a un pequeño despiste pierde el control de su vehículo, choca contra una pared del almacén y provoca un pequeño incendio que es rápidamente sofocado. Los

---

[92] Natucci, A. (2010), «Considerazioni sul principio *res perit domino*», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1, 41-59.

[93] Sin ánimo exhaustivo: Grewal, S. S. (1991), «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act», en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 14, 144. Gullifer, L. (2009), «Risk», en McKendrick, E. (ed.), «Sale of goods», *ob. cit.,* 112-113. Bridge, Michael, *The sale of goods*. Oxford: University Press, 157.

[94] «The underlying theory of these sections on risk of loss is the adoption of the contractual approach rather than an arbitrary shifting of the risk with the "property" in the goods». *Uniform Commercial Code. The American Law Institute - National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1972 Official Text with comments*, pág. 134.

[95] En sede de la regulación del contrato de compraventa, el legislador separa por un lado la transmisión del dominio, y por otro la transmisión del riesgo: la cosa vendida está a riesgo del comprador desde la entrega, aun cuando el título no se haya transmitido aún (por ejemplo, porque hay una reserva de dominio —cfr. art. 10 del Libro 7—); o a la inversa, el riesgo puede aún estar en cabeza del vendedor aun cuando la transmisión dominical se haya consumado (por ejemplo, porque la cosa vendida se transporte por el vendedor o por un tercero designado por él —cfr. art. 11 del Libro 7—).

bienes se encontraban cerca y aunque en apariencia daba la sensación de que no habían sufrido daños, el calor les produjo daños estructurales que, inadvertidos por el vendedor, se manifestaron al poco tiempo en manos del comprador. «A» (vendedor) podrá exigir por vía *extracontractual* a «C» los costes que le ha supuesto la reparación o la sustitución, pero puesto que «C» no actuó con dolo, «B» (comprador) no puede *imputar* el daño directamente al conductor «C»[96]. En definitiva, *todos los demás perjuicios que ha sufrido «B» (comprador) distintos del menor valor de los bienes* (cfr. art. 1186 del Código Civil)*, no los puede trasladar a ningún otro patrimonio, porque no son imputables ni a «A» ni a «C».* Sólo puede *evitar que* «A» (vendedor) *le traspase* el daño que le supondría el menor valor de los bienes comprados por causa del incendio. «A» podría trasladar ese daño a «C», *porque le es a él imputable* por negligencia, y en definitiva se ubicaría el daño en el patrimonio que debía soportarlo. Si la causa del accidente fue por intentar esquivar un animal salvaje que invadió la calzada, y razonablemente no cabía esperar otra conducta de «C», el daño que objetivamente supone el deterioro de las mercancías *no es en sentido estricto imputable a nadie*, así que ante la falta de razones para trasladar ese daño a un patrimonio distinto de aquél bajo cuyo círculo de control se encontraba la prestación perdida, deberá mantenerse en éste, y la mejor forma para ello es reconocer a la parte compradora («B») los remedios que podríamos llamar *sinalagmáticos* (resolución - reducción proporcional de la prestación)[97]. Decir que en este caso el *riesgo en sentido estricto era del vendedor* no añade nada. Como ha apuntado M. Bridge, el hecho de que en una compraventa el riesgo en sentido técnico sea del vendedor, supone una situación «neutral» en el marco de una compraventa de cosa específica: ni el vendedor puede cumplir, ni el comprador deberá pagar el precio[98].

Durante los trabajos preparatorios de la que luego fue la Convención de Viena de 1980, al tratar la materia del traspaso del riesgo se planteó el siguiente caso: un contrato de compraventa de mercaderías en el que las partes acuerdan

---

[96] Como ha señalado Díez-Picazo en el estudio de la eventual responsabilidad de un tercero por el daño que ocasiona en una relación negocial en la que no es parte, «puede sostenerse que hay una responsabilidad del tercero causante del daño cuando aquél ha actuado dolosamente, pero que en cambio tal responsabilidad no aparece cuando el daño es causado por el tercero al acreedor en forma indirecta y por simple negligencia» —Díez-Picazo, L. (2008), «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», en *Las relaciones obligatorias*, Madrid, Thomson - Civitas, 743—.

[97] En el caso de que el accidente se hubiese producido por *negligencia* del conductor «C», el hecho de mantener el daño en el patrimonio del vendedor «A» es la única que permite trasladar a «C» el daño. Si hubiese una regla especial de transmisión del riesgo al comprador «B», éste debería soportar el daño, al no poder dirigirse ni frente a «A» por efecto de la regla especial de transmisión del riesgo, ni a «C» al no haber actuado éste dolosamente. Mantener el daño en la esfera del vendedor «A» es lo más lógico.

[98] Bridge, M. (2007), *The International sale of goods. Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 362.

que el vendedor pondrá a disposición del comprador las mercaderías durante todo el mes de mayo en las dependencias del vendedor, para recogerlas cualquier día de ese mes. El día 1 de mayo en efecto el vendedor pone las mercaderías a disposición del comprador, pero el día 2 de mayo las mercaderías son destruidas por un incendio que no es imputable al vendedor. Se llegó a la conclusión de que la mejor solución es no obligar al comprador a pagar las mercaderías destruidas, a pesar de que el vendedor había cumplido todas sus obligaciones contractuales. La razón es que el vendedor es el que estaba en mejor situación para asegurar el riesgo de forma más fácil y barata[99].

Cuando existe una regla especial que lleva a soluciones distintas de las señaladas, nos encontramos ante una disposición *especial de transmisión del riesgo en el sentido técnico de la expresión,* que puede tener origen legal o en la autonomía de la voluntad. Cuando una regla tal no es aplicable, el daño lo soporta quien lo recibe, o más exactamente, aquella de las partes bajo cuyo círculo de control estaba la prestación, no por aplicación de una norma especial, sino como consecuencia del riesgo que es inherente a la contratación (régimen «primario» de distribución del riesgo)[100].

En un negocio jurídico sinalagmático, cuando se produce una insatisfacción del derecho de crédito *que no es subjetivamente imputable al deudor*, sea o no sea aplicable una norma especial de transmisión del riesgo en sentido técnico, es evidente que ello produce unas consecuencias en la posición de la otra parte en el negocio. Cuáles sean esas consecuencias son distintas en uno u otro caso:

a) Si es aplicable una norma especial al respecto, dicha norma especial indicará cuál es la suerte de la contraprestación, de modo que habrá que estar a lo que ella disponga.

---

[99] Ver el documento preparado por la Secretaría General de Naciones Unidas sobre la materia (A/CN.9/87, anexo IV). De la lectura de los artículos 66 y siguientes de texto finalmente aprobado, y hoy vigente, se aprecia que se ha mantenido esta lógica, que por cierto, comparte con § 2-509 UCC estadounidense (ver su comentario, especialmente el punto 3 del mismo, en *Uniform Commercial Code. The American Law Institute - National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1972 Official Text with comments*, pág. 135. Véase también Stocks, M. (1993), «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4, 1443 y sigs.).

Como ha señalado Linacero de la Fuente en el marco de la Convención de Viena, normalmente asume el riesgo el contratante que tenga el control de las mercaderías y que, por tanto, está en mejores condiciones para custodiarlas y asegurarlas (Linacero de la Fuente, 2007, 60).

[100] Como expuso C. M. Bianca, «[i]l *rischio è, in generale*, il pericolo di pregiudizi che il soggetto sopporta come titolare di una posizione giuridica». Y añade: «Il *rischio contrattuale* designa il pericolo di quei pregiudizi che sono a carico della parte» (las cursivas son mías). Ver en Bianca, C. M. (1975), Voz «Vendita (diritto vigente)», en Azara, A., Eula, E., *Novissimo Digesto Italiano*. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Tomo XX, 608.

b) Si no es aplicable una norma especial, también es evidente que habrá una consecuencia. Pero, como hemos visto, ésta no puede conllevar trasladar a la otra parte el perjuicio sufrido. Por ello, como se ha señalado, los remedios contractuales que podríamos llamar *sinalagmáticos* se revelan como el mínimo de protección para la parte que no debe sufrir el daño (nivel «primario» de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo no subjetivamente imputable al deudor), y que de otra forma se le trasladaría si tuviera que realizar, en todo o en parte, la prestación a que en principio estaba obligado.

En efecto, los remedios sinalagmáticos (resolución del contrato - rebaja proporcional de la prestación) se revelan adecuados para disciplinar una relación obligatoria cuando sobreviene un hecho que imposibilita o deprecia una prestación y ello no puede imputarse a ninguna de las partes.

Por este *mínimo de protección* es por el que opta el sistema de responsabilidad contractual previsto en los Principios de Derecho Contractual Europeo, en el DCFR, y en el ámbito del comercio internacional, por los Principios UNIDROIT: cuando una de las partes no realiza la prestación a la que estaba obligado, y la razón de ello fue un impedimento que estaba fuera de su círculo de control, el acreedor de dicha prestación no puede exigir el cumplimiento específico (por ejemplo, la reparación o la sustitución) ni una indemnización por los perjuicios que objetivamente se le haya producido, pero *sí puede resolver el contrato o reducir proporcionalmente su propia contraprestación*[101]. Esto se deriva de una lectura conjunta de los artículos 8:101, 8:108, y del capítulo 9 de los PECL, del artículo III.-3:101(2) del DCFR y del artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROT (2010).

> El carácter *neutral* de los remedios sinalagmáticos respecto a la imputabilidad o no de la falta de cumplimiento para disciplinar la relación jurídica, los convierte en mecanismos aptos para regular ambas situaciones. Así, si en un sistema de responsabilidad contractual determinado se acompaña a los remedios sinalagmáticos de acciones indemnizatorias, el conjunto de acciones resultantes es apto también para disciplinar incumplimientos *imputables*.
>
> En efecto, el fundamento de una acción de *resolución* es la desaparición sobrevenida de la sinalagmaticidad práctica del negocio, y ello es una circunstancia que nada tiene que ver con el carácter imputable o no del incumplimiento que conlleva la ruptura del sinalagma. Por su parte, una acción de *reducción proporcional de la prestación* no parte de la desaparición del sinalagma negocial, pero sí

[101] Puede además negarse a cumplir su propia prestación.

Como apunte complementario, la *Normativa común de compraventa europea* contenida en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (documento COM(2011) 635 final) adopta idéntico modelo. Me remito a lo dispuesto en sus artículos 87.1; 88.1; 106.4 y 159.1. El paralelismo con los sistemas de los PECL y del DCFR, en la materia que aquí interesa es evidente.

> de la ruptura de la *conmutatividad* de las prestaciones considerada al contratar[102], y por las mismas razones, tampoco tiene nada que ver con el carácter imputable o no de la circunstancia que la produce.

En todos los casos en que existe un incumplimiento objetivamente considerado, y ello se debe a un suceso extraño a la esfera de competencia de las partes, el hecho de que el sistema permita que frente al deudor de la prestación afectada pueda ejercitarse una acción *de cumplimiento específico*, es también una opción legislativa coherente. La base de una acción tal no es la *imputabilidad* del incumplimiento al deudor[103]: éste soportará las consecuencias del hecho causante de la insatisfacción, no desapareciendo o disminuyendo su crédito recíproco, sino mediante el *sobreesfuerzo* que le supondrá el cumplimiento específico (por ejemplo, en la materia que aquí nos interesa, entregando un bien en sustitución, o reparándolo)[104]. Es éste otro modo de articular la cuestión, en que las consecuencias del hecho fortuito no se trasladan a la otra parte, o lo que es igual, permanecen en el patrimonio de aquel bajo cuyo poder estaba el objeto de la prestación, poniéndose de manifiesto una política legislativa en favor del mantenimiento del contrato. Ejemplo claro de esta forma de regular los intereses contractuales lo encontramos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980: dispone el artículo 79.1 de la Convención de Viena que «una parte no será responsable de la falta de

---

[102] De ahí que lo más coherente sea remitir temporalmente la valoración de la prestación tal y como debiera ser, y la valoración de la prestación defectuosamente cumplida, al mismo momento: *el de su ejecución*, pues es a partir de ese momento cuando pretendía obtenerse la utilidad que no se obtuvo. En esta línea se mueve la Convención de Viena (cfr. art. 50), así como los Principios de Derecho Contractual Europeo (cfr. art. 9:401). También en esta línea se sitúa el artículo 1487 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de compraventa* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1988), y el artículo 1197 de la *Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009). La remisión al momento de la entrega para calcular la rebaja del precio ya se había defendido entre nosotros en referencia a la acción estimatoria propia del saneamiento por vicios ocultos. Por todos, Soler Presas, A. (1998), *La valoración del daño en el Contrato de Compraventa*, Navarra: Universidad Pontificia de Comillas - Aranzadi, 183-184.

[103] Hay autores que para estos casos hablan también de *imputabilidad*. Así, Gómez Pomar, F., «El incumplimiento contractual en el Derecho español», en *InDret*, julio de 2007 [en línea], disponible en www.indret.com.

[104] Este es el modelo que está también presente en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* y en la *Propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa*. Véanse los trabajos de San Miguel Pradera, L. P. (2011), «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 1704; y de Gómez Calle, E. (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. I, 38.

cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias». Pero concluye disponiendo en el apartado 5 y último que «nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención»[105].

Este modelo es el que también está presente de forma implícita en la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo (y a través de ella, también en el sistema de responsabilidad del Título V del Libro segundo TRLGDCU'07), y de forma explícita, en la Directiva 2011/83/UE[106].

En relación a esta última norma comunitaria, como punto de partida, el considerando 51 de la Directiva 2011/83/UE parte de la conexión de la entrega con

---

[105] Por tanto, por ejemplo, el vendedor que entrega mercaderías no conformes al contrato, podrá verse compelido por una acción de reparación, *independientemente de que la causa del incumplimiento le sea subjetivamente imputable*. La imputabilidad o no del incumplimiento, esto es, la posibilidad de afirmar que la causa del incumplimiento entraba dentro del círculo de competencia del deudor, sólo determina el triunfo de una *acción indemnizatoria* añadida, *no del resto de acciones por incumplimiento*.

Este punto fue objeto de discusión a lo largo de las reuniones realizadas durante la elaboración de la Convención. En el borrador elaborado por UNCITRAL y aprobado el 17 de junio de 1977 (documento A/32/17, anexo I), se propuso eliminar la exclusión de la pretensión indemnizatoria, toda vez que una exoneración de responsabilidad indemnizatoria podría quedar sin valor allí donde puede aún exigirse el cumplimiento específico.

En los debates posteriores se mantuvieron principalmente dos posturas: conforme a una de ellas, si una parte no era responsable por el incumplimiento de sus obligaciones por causa no imputable, no se le podía exigir ni la indemnización de daños, ni el cumplimiento específico, sino todo lo más la resolución o la reducción de la propia prestación (fue señaladamente la posición sostenida por Noruega; la posición de Australia, Austria, República Federal de Alemania y Países Bajos era la de excluir la pretensión de cumplimiento específico cuando el incumplimiento fuese por un suceso que también excluiría la acción indemnizatoria). Conforme a otra de ellas, que fue la que finalmente triunfó, la no imputabilidad del incumplimiento no exonera del deber de cumplimiento, aunque sí de la obligación indemnizatoria. En favor de esta opción debe mencionarse la posición sostenida por el representante sueco HJERNER, que propuso diferenciar entre los casos en que a una parte no se le podía exigir el pago de los daños porque sería injusto considerarlo responsable por la situación, y los casos en que una parte no puede cumplir su obligación debido a un impedimento, pero se mantiene la obligación de cumplir porque ello es posible. Reunión vigésimo octava, 28-III-1980. Documento A/CONF.97/C.1/SR.28. Tanto este documento como el citado más arriba, están recopilados en HONNOLD, J. O. (1989), *Documentary history of the Uniform Law of International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.

[106] Recientemente, ver FENOY PICÓN, N. (2013), «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en SCHULZE, R., ZOLL, F. (eds.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*. Múnich: Sellier European Law Publishers, 425.

la transmisión del riesgo: «las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. *Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega*». Y añade: «las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre la *posesión material* o el *control* de los bienes. Debe considerarse que el consumidor *tiene el control* de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)» (la cursiva es mía). En coherencia con esto, el artículo 18 de la Directiva entiende realizada la entrega de los bienes «mediante la transmisión de su *posesión material* o *control* al consumidor». La conclusión que cabe extraer de la lectura conjunta de ambos textos es coherente con lo que se ha explicado hasta aquí: la transmisión del riesgo se producirá para el consumidor cuando los bienes entren dentro de su círculo de control, al margen de que ello conlleve simultáneamente transmisión del dominio.

Por su parte, el artículo 20 de la misma Directiva dispone que «en los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes»; sin embargo, «en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista», sin perjuicio de los derechos del consumidor frente a éste.

La lectura conjunta del régimen de protección al consumidor previsto en la Directiva 1999/44/CE, y de los artículos 18 y 20 de la Directiva 2011/83/UE llevan a la necesidad de distinguir, en este ámbito, dos hipótesis: por un lado, si la obligación de entrega del vendedor implica para éste transportar los productos objeto del contrato, y por otro lado, si tal obligación no existe.

a) Si no hay obligación de transportar por parte del empresario o profesional, la entrega supone el momento de transmisión del riesgo para el consumidor. A estos efectos, la entrega se entenderá producida cuando pueda decirse que los productos son poseídos materialmente por el consumidor o están bajo su control, de acuerdo al artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE.

b) Si hay obligación de transporte para el cumplimiento de la obligación de entrega, en este caso la solución que se deriva del artículo 20 de la Directiva de 2011 es distinta de la prevista para el mismo supuesto en la CV'80: el riesgo se transmite al consumidor por la entrega a éste de los productos, y no con la entrega al primer transportista (cfr. art. 67 CV'80), aun en el caso en que el transportista sea independiente del empresario o profesional[107]. Ello es así por varias razones:

[107] En el marco de la Convención de Viena, presupuesto para que opere la transmisión del riesgo *ex* artículo 67.1 es que el transportista sea independiente del vendedor, ya que en otro caso no podría entenderse que las mercaderías han salido de su ámbito de control, y por tanto

— El primer inciso del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE sólo considera el supuesto de entrega de los bienes a un transportista para excluirlo de la regla general.
— El segundo inciso del mismo precepto señala como excepción a la regla de la transmisión del riesgo prevista en el primer inciso (transmisión del riesgo con la entrega de los bienes al consumidor) el supuesto en que sea el mismo consumidor el que concierte el transporte con un tercero, y este tercero, además de ser independiente del vendedor, es un transportista que el vendedor no ha propuesto. Conviene detenerse por separado en ambos requisitos.

El que el transportista sea independiente del vendedor se entiende fácilmente: si no lo fuera, no podría entenderse que los productos hayan salido de la esfera de control del vendedor, y en consecuencia el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos debe seguir recayendo sobre él[108].

Más problemas interpretativos puede suponer el segundo requisito mencionado, y expresamente previsto en el artículo 20 de la Directiva de 2011, consistente en que el transportista no sea uno de los propuestos por el vendedor. En mi opinión, la lógica de esta previsión radica en convertir la mera elección del transportista por el consumidor en un hecho *neutro* desde el punto de vista de la transmisión del riesgo, por el simple hecho de que éste haya elegido de entre los propuestos por el vendedor: en todos aquellos casos en que el consumidor encarga a un transportista el transporte de los bienes, lógicamente el vendedor queda relevado de esa obligación de transporte, si es que llegó a tenerla. Es natural por ello que el riesgo lo soporte el vendedor sólo hasta la entrega de los bienes al transportista. Pero cuando el vendedor propone transportista bajo el presupuesto de su obligación de transportar para entregar el producto, la simple elección por el consumidor del transportista no puede tener por efecto un cambio en las reglas de transmisión del riesgo, *aun cuando en estos casos pudiera afirmarse que el transporte lo encarga el consumidor*. En mi opinión, lo esencial aquí es que el transporte es preciso para la entrega al consumidor, entendida ésta como pago por parte del vendedor. De otra forma sería muy fácil para el vendedor exonerarse de responsabilidad por los daños sufridos por los productos durante el transporte alegando sencillamente que éste fue «encargado por el consumidor».

---

no habría razón para entender que el riesgo se haya transmitido al comprador (NICHOLAS, B., «Article 67», 1987, 490; más recientemente, HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M., «Article 67», *op. cit.,* 2010, 929). Entre nuestros autores, por todos, ver OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 102-109. Ahora bien, esa independencia del transportista, aunque necesaria, no es suficiente: es preciso, además, y salvo que se haya pactado otra cosa, que las mercaderías entren en el círculo de control del comprador (GOODFRIEND, 1984, 592).

[108] Esta es también la idea, perfectamente lógica, que preside una adecuada interpretación del artículo 67.1 CV'80. En este sentido, ver la doctrina citada en la nota la pie anterior.

Igualmente, en el marco de la interpretación del § 2-509 UCC estadounidense, que aunque omite que el transportista deba ser independiente del vendedor, es una posición unánime en la doctrina [véase STOCKS, M. (1993), «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4, 1423).

> Por todo lo anterior, tiene perfecto sentido la acción de repetición frente al transportista prevista en el último inciso del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE. Aun cuando no hubiese una previsión como ésta, una conclusión así quedaría fuera de toda duda. El fundamento de la misma sería la relación contractual que une al consumidor y al transportista.
>
> Todo lo anterior es coherente con lo previsto en el considerando 55 de la Directiva de 2011. Este considerando pone de manifiesto la necesidad de proteger al consumidor «de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido *posesión material* de los mismos», pero cuando haya sido el consumidor el que haya organizado el transporte, la regla de transmisión del riesgo se resume en que dicha transmisión se produce, en coherencia con lo que acaba de verse, cuando el consumidor o un tercero por él designado haya adquirido control de los bienes. Los casos en que es el consumidor el que organiza el transporte son, cabalmente, los señalados arriba: cuando el consumidor lo concierta directamente con un tercero, que no es uno de los propuestos por el vendedor, *y presuponiendo que el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor profesional no exige el transporte de los bienes*[109].
>
> Estas mismas conclusiones expuestas en relación al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE son trasladables también para el estudio del artículo 142 de la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea*[110].

La idea que puede extraerse de lo que se ha explicado es que, en efecto, los remedios sinalagmáticos son un *núcleo mínimo* (régimen «primario») de cualquier régimen de distribución del riesgo contractual en sentido amplio, previendo como consecuencia directa la posibilidad de afectar el contenido de la relación obligatoria, acomodándola a la realidad *fortuitamente sobrevenida*, o en último extremo extinguiéndola. De esta forma las consecuencias del hecho fortuito no se trasladan a la parte que no tenía control sobre la prestación. Pero también puede conseguirse esta misma consecuencia, esto es, no endosar el daño que supone el hecho fortuito a la otra parte, si se permite a ésta todavía la acción de cumplimiento específico: el sobreesfuerzo que le supone al deudor, por ejemplo, preparar una segunda prestación, o reparar la ya ejecutada, materializa la idea de localizar el daño en su patrimonio. La consecuencia general es la misma que

---

[109] Carece de sentido entender que cuando el vendedor *no tiene la obligación de transportar los bienes para cumplir con su obligación de entrega*, el simple hecho de que propusiera varios transportistas para que el consumidor pueda elegir alguno sea suficiente para hacer que el vendedor responda de los daños que los bienes sufrieran durante el transporte. Es más, esto ni siquiera sería propiamente una cuestión de riesgos, sino de *imputabilidad* de los daños al vendedor por el simple hecho de haber ofrecido varias alternativas sin estar obligado a ello y haber el consumidor elegido de entre esas alternativas. Lógicamente el vendedor no puede responder en estos casos.

En el Derecho Comparado, un esquema muy similar al planteado por la Directiva 2011/83/UE en esta materia lo encontramos en los Códigos alemán (cfr. § 447.1 y § 448.1 BGB) y en el Código Civil holandés (cfr. arts. 9 a 13 del Libro 7).

[110] Ver Zoll, F., Watson, J. (2012), «Article 142», en Schulze, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos, 605-607.

con los remedios sinalagmáticos, pero el camino seguido es muy distinto: no se trata de acomodar el contenido de la relación obligatoria a la realidad, sino acomodar la realidad al programa prestacional[111].

Distinto, pero relacionado, son los presupuestos de las *acciones indemnizatorias*, de contenido puramente pecuniario. A diferencia de lo que sucede con las acciones de cumplimiento específico, las acciones indemnizatorias deben presuponer la *imputabilidad* del hecho dañoso al círculo de competencia del deudor incumplidor, *al margen de que se exija o no culpa o negligencia en el deudor*. De otro modo, llegaríamos a un sistema de *strict liability* inflexible, que conduciría a situaciones que, en el ámbito del *Common Law*, tuvieron que corregirse mediante la construcción jurisprudencial de la doctrina de la *frustration*.

> La Convención de Viena es un buen ejemplo de ello, tal y como hemos visto[112]. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos sigue el modelo de la Convención de Viena (cfr. art. 1209 de la citada *Propuesta*).

6. La transmisión del riesgo en la compraventa del Código Civil, y la venta de productos con consumidores

Como hemos visto, las esferas de competencia de las partes en un contrato delimitan el marco de *imputabilidad* del hecho causante del incumplimiento. En relación con todos aquellos *sucesos* o *impedimentos* ajenos a estas esferas, y que determinan un incumplimiento objetivamente considerado, existen para el Legislador dos opciones:

a) No prever diferencia alguna entre el incumplimiento subjetivamente imputable y el que no lo es, de manera que estaríamos ante un sistema de responsabilidad contractual basado íntegramente en una noción objetiva de incumplimiento como fuente de responsabilidad contractual.

b) Diferenciar una y otra forma de incumplimiento, previendo consecuencias distintas para ambas. Ello daría lugar a un régimen «primario» de distribución del riesgo (incumplimiento objetivamente considerado) y un régimen «especial» de distribución del riesgo, esto es, un conjunto de previsiones que suponen un desplazamiento del régimen «primario»

---

[111] Este segundo modelo de articulación del riesgo contractual es quizá menos evidente que el primero. Algunos autores sólo conciben la disciplina de los riesgos desde los remedios sinalagmáticos, y no más allá. Es el caso de Calvão da Silva [ver en Calvão da Silva, J. (2003), *Venda de Bens de Consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. Directiva 1999/44/CE. Comentário.* Coimbra: Almedina, 76-77].

[112] Entre nosotros, una propuesta similar al modelo de la Convención la ha sostenido Pantaleón, F. (1993), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1723.

en atención a que el incumplimiento es un incumplimiento *cualificado*: incumplimiento *no subjetivamente imputable*.

Tradicionalmente, con base en el artículo 1452 del Código Civil, se ha entendido en el marco de la compraventa del Código Civil, que la cosa perece o se menoscaba para el comprador (*res perit emptori*) cuando por caso fortuito la cosa se pierde o se desmejora en el espacio de tiempo que hay desde la celebración del contrato hasta la entrega de la cosa.

> No han faltado críticas a una solución como ésta, que por otro lado no es exclusiva de nuestro Derecho. Von Thur ya calificó de «anormal» la regla *res perit emptori*, en referencia a los Derechos alemán y suizo[113]. Entre nosotros, y sobre la base de lo perturbador que pudiera ser la regla *periculum est emptoris*, se ha procurado tradicionalmente marginar lo máximo posible el ámbito del artículo 1452 del Código Civil, base de dicho principio[114].

¿Es compatible la tradicional regla *res perit emptori* con el sistema previsto en la Directiva 1999/44/CE, y por extensión, con el sistema de responsabilidad de los artículos 114 a 127 TRLGDCU'07?

Como vimos, el considerando 14 de la Directiva afirma que la referencia a la fecha de entrega como momento en el que los productos deben reunir los requisitos de conformidad, «no supone que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos». Si entendemos que lo que se quiere decir es que en el ámbito de aplicación considerado tiene cabida un sistema en el que la pérdida o daño del producto, producidos *antes* de la entrega, debe soportarlos el consumidor, esta conclusión es incoherente con el régimen de responsabilidad diseñado.

---

[113] Von Thur, A., «Tratado de las obligaciones», *ob. cit.,* 350.

[114] Por un lado, se propuso distinguir tres fases en la compraventa: la fase de *emptio contracta*, la fase de *emptio perfecta* y la fase de *emptio consumpta*. Por todos, Roca Sastre, R. M. (1948), «El riesgo en el contrato de compraventa», en Roca Sastre, R. M., *Estudios de Derecho Privado.* Vol. I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 396.

También Cossío concluyó que la aplicación indiscriminada del principio *res perit emptori* lleva a consecuencias injustas; por ello, cuando la entrega del bien esté aplazada, el riesgo corresponde a aquel a cuyo favor se produjo el aplazamiento expresa o implícitamente (Cossío, 1953, 597-621). Más tarde también Gullón se adhiere a la tesis de Cossío, calificándola de «solución más acertada al problema de los riesgos», Gullón, 1968, 35).

En otro sentido, pero con la misma finalidad de restringir el ámbito del 1452 del Código Civil, se propuso diferenciar el *perecimiento* de la prestación, y el *menoscabo* de la misma (por todos, Díez-Picazo, L., en las primeras ediciones de sus Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, Tecnos, 1970, 855). No obstante, para una crítica a la diferenciación, en esta sede, entre pérdida total, por un lado, y daño o menoscabo, por otra, ver la obra de Abril Campoy (Abril Campoy, 2011).

En relación a la obligación que pesa sobre el empresario o profesional de entregar productos conformes con el contrato, la responsabilidad por su incumplimiento no exige más, que el producto no sea conforme con el contrato al momento de su entrega. A lo que ahora interesa, parecen claras dos ideas fundamentales:

a) La primera es que la falta de conformidad del producto con el contrato es un tipo de *incumplimiento* objetivo. Su existencia exige simplemente valorar si el producto entregado se ajusta al debido *ex contractu* (cfr. art. 116 TRLGDCU'07). No requiere ninguna valoración de diligencia en el deudor, ni ningún otro juicio de imputabilidad.

b) La segunda consiste en que las acciones especialmente previstas en favor del consumidor para el incumplimiento que supone la falta de conformidad al contrato (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución), no requieren ninguna de ellas más que se produzca el tipo de incumplimiento «falta de conformidad al contrato», al margen de que éste pueda serle subjetivamente imputable al empresario o profesional.

En mi opinión, el régimen de responsabilidad contractual previsto para el empresario y profesional en el Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, sería un régimen de responsabilidad contractual completamente basado en una noción objetiva de incumplimiento en el que no tendría sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo (ni por tanto la pregunta por el reparto del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito como algo distinto del incumplimiento responsable), de no ser por lo dispuesto en el artículo 117, en concreto en su segundo párrafo. De no ser por esta disposición, no habría espacio para la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento como algo distinto a la pregunta por el incumplimiento mismo (a su vez fuente de responsabilidad).

Lo que más arriba hemos llamado régimen «primario» de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito (que son formas, objetivamente consideradas, de incumplimiento), viene constituido por la posibilidad de ejercitar las acciones de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato. No se prevén reglas de distribución «especial» del riesgo que pudieran desplazar el régimen «primario» anterior, y la posibilidad de preverlas por la autonomía de la voluntad sólo es posible en cuanto supongan una mejora de la posición del consumidor (cfr. art. 10 TRLGDCU'07). Por último, el régimen de responsabilidad por incumplimientos subjetivamente imputables al empresario o profesional viene determinado por las acciones de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución (arts. 118 y sigs. TRLGDCU'07), más las acciones indemnizatorias procedentes (art. 117-2.º TRLGDCU'07). Por tanto, *habrá incumplimientos que, por no ser subjetivamente imputables al empresario o profesional, parte de sus consecuencias habrán de ser soportadas finalmente por el consumidor*.

No toda circunstancia que origine en el producto una falta de conformidad con el contrato, es una circunstancia *imputable al vendedor profesional*. Lo será así, si debe entenderse que tal circunstancia estaba comprendida en su círculo de competencia, no en otro caso. Por tanto, que el consumidor pueda ejercitar los remedios previstos ante una falta de conformidad sólo depende de que la misma exista en el momento de la entrega, al margen de cualquier juicio de imputabilidad al profesional, lo cual sólo podría tener valor en materia indemnizatoria, y no en si puede exigirse, por ejemplo, la reparación o la sustitución.

> En mi opinión, el que la falta de conformidad tenga su origen en el proceso productivo, dependiente del fabricante, y en el que el vendedor no participa, no convierte por ello la falta de conformidad en un *suceso* extraño a efectos del artículo 1105 del Código Civil a efectos de imputabilidad el daño[115].

De lo explicado hasta aquí, parece que puede concluirse que la regulación del Título V del Libro segundo del TRLGDCU'07 ha supuesto, *en su ámbito de aplicación*, una reestructuración de la categoría clásica de los *riesgos*, en el sentido técnico del concepto, en la compraventa regulada en el Código Civil[116]. Sin embargo, conviene seguir profundizando en la materia, por lo que se explica a continuación.

En líneas generales, como hemos visto, puede afirmarse que los círculos de control de cada una de las partes definen positivamente los supuestos de los que deben responder, y negativamente, aquello que no le es imputable. La aplicabilidad para un negocio concreto de un régimen específico del reparto del riesgo en realidad sólo supone un desplazamiento de las consecuencias que un acontecimiento, no imputable a ninguna de las partes, supone en sede de exigibilidad de las prestaciones, en comparación con las consecuencias a las

---

[115] Esta cuestión fue objeto de discusión en el estudio de la Convención de Viena, en orden a determinar si el artículo 79 cubre los supuestos de faltas de conformidad de las mercaderías que son imputables al fabricante o suministrador del vendedor, y que razonablemente no pudieron ser descubiertas por el vendedor. Aunque STOLL y GRUBER (STOLL, H., GRUBER, G., *Article 79,* 2005, 806-837) han defendido que en tales casos el vendedor podrá exonerarse de responsabilidad indemnizatoria *ex* artículo 79.1, la mayor parte de la doctrina ha sostenido lo contrario. Como ha apuntado LEE, el elemento de ajenidad al círculo de control del deudor que gobierna la idea de impedimento *ex* artículo 79 CV'80 impide incluir esta causa de incumplimiento dentro del radio de dicho precepto, pues no se trata de un elemento *externo* a la esfera de control del vendedor (LEE, 1990, 390). Para una explicación de la cuestión, véase, sosteniendo el parecer mayoritario, FLECHTNER, 2007, 33-41: no puede decirse que se trate éste de un hecho que «no sea razonablemente previsible», esto es, un evento altamente inusual que no pueda ser razonablemente tenido en cuenta al tiempo de celebración del contrato. Sosteniendo también la línea mayoritaria, véase el comentario de SCHWENZER, *Article 79,* 2010, 1065-1066.

[116] En sentido contrario parece haberse pronunciado FUENTESECA DEGENEFFE (FUENTESECA, 2010, 167-168).

que hubiesen conducido los remedios que antes hemos llamado «sinalagmáticos» (resolución, y reducción proporcional de las prestaciones) y que de no existir ese régimen específico de reparto del riesgo, hubiesen sido aplicables. La diferencia de que exista o no un régimen específico sólo tiene reflejo en las consecuencias, *no en la delimitación del presupuesto de aplicación*, pues en ambos casos es el mismo: un perjuicio al objeto de la prestación por causas no imputables a ninguna de las partes. Cuando se conocen antes de la contratación *las consecuencias* ligadas al acontecimiento de hechos incontrolables y razonablemente (*eficientemente*) no contemplados dentro de los círculos de control de las partes, no existen problemas de seguridad jurídica, porque es posible un cálculo *ex ante* de costes (incluyendo el riesgo) y beneficios.

No ocurre lo mismo cuando la aplicabilidad del régimen depende *exclusivamente* de un hecho fortuito, y no de aspectos de imputabilidad. En los supuestos anteriores, las partes pueden tener la certeza de que, el incumplimiento (objetivamente considerado) de la prestación por caso fortuito tiene unas consecuencias, porque se tiene la certeza de que, si el incumplimiento es imputable, las consecuencias están también determinadas. Cualquier otro modelo por el cual se condicione la aplicabilidad de un régimen de reparto del *periculum obligationis* a aspectos distintos de la imputabilidad del incumplimiento debe descartarse.

> Esto es lo que sucedería si se pretende someter, por ejemplo, el supuesto de *menoscabo* fortuito a un régimen distinto del supuesto de *pérdida total* fortuita. En estos casos, la aplicabilidad de un régimen u otro depende *exclusivamente* de un hecho enteramente fortuito (al menos así hay que considerarlo en el marco del contrato a cuya prestación afecta), tanto en su acaecimiento como en su intensidad (sólo produce el menoscabo, o produce su total destrucción). Afirmar, por ejemplo, que si la prestación sólo se daña *periculum est venditoris* (de manera que el vendedor no recibe el precio, o sólo parte de él entregando el bien dañado), y si se destruye totalmente *periculum est emptoris* (de manera que el comprador pierde tanto el precio como la cosa), introduce cotas de inseguridad sólo salvables mediante una negociación previa entre los contratantes, lo que significa admitir en definitiva que el régimen legal no es apropiado. Y no lo es porque la diferencia de tratamiento no toma por base el fundamento mismo de la institución: la imputabilidad o no de la insatisfacción del acreedor de la prestación que se pierde o se menoscaba.
>
> Si invertimos las reglas que se han planteado en el ejemplo anterior, la conclusiones críticas a las que se llega son en realidad las mismas: si suponemos que en caso de menoscabo *periculum est emptoris* (de modo que el comprador debe pagar la totalidad del precio aunque reciba un bien dañado) y en caso de pérdida total, *periculum est venditoris* (de modo que el comprador no recibe el bien, pero tampoco paga el precio, que lo perdería el vendedor), la única diferencia con el ejemplo anterior es que la solución está más próxima, para los casos más graves (pérdida total de la prestación), a la solución a la que se llegaría de aplicar directamente los remedios sinalagmáticos, y en este sentido, en una regulación como la dispuesta *literalmente* en el artículo 1452 de nuestro Código Civil, *lege ferenda* es sin duda preferible a la regla *res perit emptori* tanto para el caso de pérdida

> como de menoscabo (que es la que, al parecer de nuestra doctrina, es la que rige en la compraventa del Código Civil), pero deja sin explicar la razón por la que habría que afirmar una regla distinta en caso de menoscabo. En otras palabras: una diferenciación como la propuesta en este ejemplo, si es preferible a la propuesta en el ejemplo anterior, es simplemente atendiendo a las consecuencias a las que conduce, pero no por ningún otro motivo.

Visto por tanto, no sólo que lo deseable es que el régimen por pérdida o menoscabo fortuitos de la prestación responda a la misma orientación (como ocurre cuando deban aplicarse los remedios «sinalagmáticos» en ausencia de una regla especial de reparto del *periculum obligationis*), debe abordarse la siguiente cuestión, que no podemos ignorar aquí: como sabemos, la idea de *falta de conformidad con el contrato* no abarca cualquier tipo de incumplimiento. Marcadamente, tal y como vimos al comienzo de este trabajo, la total ausencia de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor no es *falta de conformidad con el contrato*.

Sobre la base de esto, y teniendo presente la conclusión más arriba explicada en virtud de la cual la transposición de la Directiva 1999/44/CE a nuestro Ordenamiento ha supuesto la inversión de nuestra regla tradicional *periculum est emptoris* por efecto de la idea de *conformidad con el contrato* y su opuesto *falta de conformidad*, y en consecuencia, *en el ámbito en el que estos últimos conceptos operan*, cabe hacerse la siguiente reflexión: *«Cuando antes de la entrega del producto al consumidor aquél se daña, dicho daño debe ponerse a cargo del empresario o profesional, le sea o no imputable, porque objetivamente la entrega de ese producto supone una falta de conformidad con el contrato. ¿Sucede lo mismo cuando se produce una pérdida total fortuita del producto antes de su entrega al consumidor? Este caso habría que tratarlo como ausencia total de cumplimiento, no de falta de conformidad*[117]*. Puesto que no habría falta de conformidad, y en consecuencia no estamos dentro del radio de acción del régimen previsto para las mismas, ¿sería aplicable la regla tradicional* res perit emptori*?»* En mi opinión, la respuesta a este interrogante debe ser *negativa*. La razón de ello es que, concluir en un sentido distinto, conduciría a una diferenciación de tratamiento en el sentido en que se ha explicado más arriba, esto es, sobre una base totalmente ajena a la imputabilidad o no del suceso a alguno de los contratantes[118] [119].

---

[117] Ver Sánchez Calero, F. J. (2006), «La obligación de saneamiento por vicios», *ob. cit.,* 68.

[118] En este sentido, debe compartirse las tesis sostenidas por Morales Moreno y Martín Aresti, en el sentido de no diferenciar, en este ámbito, pérdida y menoscabo fortuito (Morales Moreno, 2006, 171; Martín Aresti, 2010, 58-59).

[119] Esto no significa necesariamente concluir que la falta de entrega del producto deba calificarse como «falta de conformidad con el contrato». De hecho, la aplicabilidad del régimen

La futura transposición de la Directiva 2011/83/UE supondrá abordar el tratamiento del riesgo más allá de la idea de *conformidad con el contrato*. El artículo 20 de dicha Directiva dispone lo siguiente: «*En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista*». El radio de acción de la Directiva de 2011 es mayor que el de la Directiva 1999/44/CE, pues no se circunscribe al incumplimiento que supone la falta de conformidad del producto con el contrato, sino que se extiende a cualquier menoscabo de los productos, e incluye además la pérdida total de los mismos (falta de entrega). Por ello, esa futura norma transpositiva habría de abarcar *cualquier incumplimiento* objetivamente considerado, sea o no reconducible al concepto de *falta de conformidad con el contrato*.

7. Autonomía de la voluntad y transmisión del riesgo en la venta de productos a consumidores

Como ya se ha señalado, no hay ninguna razón para considerar las normas de Derecho positivo que disciplinan la transmisión del riesgo como normas imperativas. La autonomía de la voluntad puede, por tanto, desplazarlas. Esta idea, que es válida a nivel general habida cuenta de la naturaleza de la materia (exclusivo interés jurídico-privado en la configuración de la situación contractual de las partes), sin embargo cabe cuestionarla en el tráfico de productos con consumidores gobernado por el Título V del Libro segundo TRLGDCU'07.

La cuestión merece ser planteada teniendo en cuenta que el origen de dicha regulación es, como sabemos, la transposición de la Directiva 1999/44/CE, la cual, aun cuando prevé como derecho mínimo que los bienes deben ser conformes al contrato al tiempo de la entrega (art. 2.1), y que el vendedor responderá de cualquier falta de conformidad que exista en tal momento (art. 3.1), sin embargo no sólo no prevé disposición alguna en relación al momento de la transmisión del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos, sino que de forma expresa el considerando 14 pone de manifiesto que las referencias en el articulado a la fecha de entrega «no suponen que los Estados deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos».

---

del Libro segundo, Título V, TRLGDCU'07 a este supuesto no aporta nada a la protección que a todo comprador le otorga el régimen general previsto en el Código Civil.

Esta situación ha hecho que en el ámbito de algunos Ordenamientos, aun cuando los mismos prevén una disposición específica, a raíz de la transposición de la Directiva de 1999, en virtud de la cual el riesgo se transmite al consumidor con la entrega, se haya afirmado que tal regla es *dispositiva*, y que una interpretación por la que se permita esta posibilidad no supone asumir que tal Ordenamiento incumple el Derecho Comunitario. Así se ha concluido, en concreto, por algún autor británico, aun cuando el nuevo apartado 4 de la secc. 20 SGA'79 prevé el total desplazamiento para los casos de venta a consumidor, de la regla general *res perit domino*. Así, BRIDGE ha concluido que de la Directiva 1999/44/CE no se derivan razones que impidan a las partes la transmisión del riesgo al consumidor *antes* del momento de la entrega. Ahora bien, el mismo autor entiende que debe reconocerse una excepción, y es cuando la fijación de un momento de transmisión del riesgo al consumidor *antes* de la entrega se prevea mediante condiciones generales de la contratación[120].

En mi opinión, creo que hay razones suficientes para negar la posibilidad planteada por BRIDGE, no sólo en relación a nuestro Derecho, sino también desde una interpretación sistemática de la Directiva de 1999.

> Téngase presente que, en cualquier caso, la transposición de la Directiva 2011/83/UE solucionará la cuestión, al menos en los casos en que la entrega al consumidor implique el transporte de los bienes al preverse que la transmisión del riesgo al consumidor se producirá con la entrega de la cosa al consumidor (cfr. art. 20. Véase también el considerando 55).

Creo que todo lo que se ha explicado en las páginas anteriores permite concluir que las hipótesis en que cabe preguntarse por el riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos, en los que a su vez tiene sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo, son supuestos de *incumplimiento*, cualificados por las circunstancias que lo producen, y con el fin de evitar, en todo o en parte, las consecuencias que *de otro modo* conllevaría para el deudor, en términos de responsabilidad frente a su acreedor. Afirmar que en el marco del sistema de la Directiva de 1999 se permite a las partes referenciar a un momento anterior al de la entrega de la cosa el momento en que el riesgo se transmite del vendedor al consumidor, es lo mismo que decir que a las partes les está dado desplazar, en perjuicio del consumidor, el comportamiento solutorio del vendedor en cuanto a su responsabilidad en forma de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución.

Sin embargo, tal vez en el marco del sistema mínimo de responsabilidad previsto en la Directiva, quepa un acuerdo de transmisión del riesgo por pérdida o menoscabo fortuitos en lo referente *exclusivamente a la responsabilidad indemnizatoria complementaria* a las acciones previstas en su artículo 3.2 (las ya señaladas de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución). Su

[120] BRIDGE, M. (2010), «Risk and frustration», *ob. cit.,* 310.

posibilidad en un caso concreto cabría entonces en la medida en que ello pudiera permitirlo el derecho interno (cfr. art. 8.1 de la Directiva de 1999: «los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual»). Esta posibilidad, a mi juicio, también viene impedida en nuestro Ordenamiento *ex* artículo 10, en relación con el artículo 117-2.º, ambos del TRLGDCU'07.

CONCLUSIONES

I. Todas aquellas objetivas insatisfacciones del derecho de crédito que tengan su origen en la esfera de control de una de las partes, en principio son *subjetivamente imputables* a aquella de las partes a quien le correspondía la gestión de ese círculo en el que se produjo la causa de la insatisfacción.

II. La cuestión sobre la distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación es una pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento. Y la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, como requisito de responsabilidad, sólo tiene sentido planteársela cuando puede responderse a ella negativamente, exonerando de responsabilidad a aquel que, de otra forma, hubiese sido declarado responsable en términos de causalidad material.

III. Un sistema de responsabilidad contractual «estricto», en el que el deudor responde completamente por el simple hecho de no llevar a cabo el cumplimiento, no precisa de un régimen de distribución del riesgo en el sentido que aquí interesa (la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento carece de utilidad); y si lo previese, no sería más que una vía de escape de ese régimen de responsabilidad estricto, un paliativo del mismo, con el fin, en teoría, de evitar resultados desproporcionados o injustos desde un punto de vista de política legislativa

IV. No es posible hablar de «riesgo» por pérdida o menoscabo fortuito sin una idea de incumplimiento totalmente desprendida de prejuicios de imputabilidad subjetiva. Sólo de este modo, la respuesta a la pregunta de si hay o no incumplimiento no supone responder simultáneamente a la cuestión de si éste es o no imputable al deudor, distinguiéndose así los casos de incumplimiento *subjetivamente imputable*, e incumplimiento *no subjetivamente imputable*.

V. El conjunto de acciones que se reconocen al acreedor que sufre un incumplimiento no subjetivamente imputable al deudor, delimita la distribución «primaria» del riesgo contractual por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación. De *lege ferenda*, ese mínimo debe comprender, al menos, los remedios sinalagmáticos en favor del acreedor insatisfecho (resolución - rebaja proporcional de la propia prestación).

VI. La experiencia jurisprudencial británica y norteamericana de finales del siglo XIX pone de manifiesto que la interpretación entre nosotros clásica de la facultad resolutoria ante el incumplimiento, con pretendida inspiración romanista, no era la única interpretación posible.

VII. La regulación típica de un contrato es una preconfiguración de la situación jurídica de las partes, considerando el fin socio económico del contrato (causa). Para cada fin distinto (causa distinta), el Legislador tiene la posibilidad de ofrecer una regulación típica, una preconfiguración, de la situación jurídica de las partes. Esta preconfiguración, atendida la causa, no deja de ser una mera *posibilidad lógica* de la situación jurídica de las partes, y no impide cualquier otra dentro de la consecución de la misma causa (dentro del mismo tipo contractual).

VIII. Si la vinculación de las partes en la posibilidad típica tiene su justificación en la consecución del fin típico del contrato (causa), imposibilitado dicho fin, afirmar que el contrato debe seguir obligando en su forma típica no deriva de una necesidad de coherencia del sistema: imposibilitado el fin típico del contrato, y siendo las prestaciones manifestación de la causa del contrato (la causa justifica las prestaciones y les da el sentido correspondiente al tipo contractual que los justifica), decir que *ese mismo contrato* sigue vinculando en el sentido de que puede seguir siendo fuente de derechos y obligaciones de las partes no responde, en estos casos, a una *necesidad de lógica jurídica*. Ello sólo puede afirmarse en aquellos casos en que la vinculación a la forma típica ha sido por voluntad *positiva* de las partes, bien porque *expresamente* lo han acordado pase lo que pase, bien porque, y esto será lo más probable, habiendo considerado el evento no previeron una consecuencia para su acaecimiento distinta de la típica que, por tanto debe regir implícitamente: ello supuso de hecho una distribución implícita del riesgo en relación a ese evento.

IX. Aquellos eventos que siendo imprevisibles al tiempo de contratar, resultan razonablemente evitables por el deudor, entran dentro, por ese solo hecho, de su círculo de competencias, y por tanto, de su círculo de imputabilidad, porque desde ese momento no puede decirse que los eventos sean extraños a su esfera de control.

X. En relación con los eventos imprevisibles e inevitables, el daño permanecerá en el patrimonio de aquella de las partes bajo cuyo control estaba el objeto de la prestación, pero no porque lo merezca pues se parte de que el hecho que supone el daño a la prestación no le es imputable, sino como una consecuencia necesaria de tener cerrada la posibilidad de endosar o trasladar ese daño a la otra parte, salvo que existiese una regla (normativa o resultante de la autonomía de la voluntad) que previese otra cosa.

XI. La atribución del dominio no es un criterio apropiado de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de la prestación.

XII. El régimen de responsabilidad contractual previsto para el empresario y profesional en el Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, sería un régimen de responsabilidad contractual completamente basado en una noción objetiva de incumplimiento en el que no tendría sentido la pregunta por la imputabilidad subjetiva del mismo (ni por tanto la pregunta por el reparto del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito como algo distinto del incumplimiento responsable), de no ser por lo dispuesto en el artículo 117, en concreto en su segundo párrafo. De no ser por esta disposición, no habría espacio para la pregunta por la imputabilidad subjetiva del incumplimiento como algo distinto a la pregunta por el incumplimiento mismo. El paralelismo en este punto con la regulación de la Convención de Viena de 1980, con los trabajos de lo que podría llamarse *Derecho Europeo Uniforme*, y con los trabajos desarrollados entre nosotros en el seno de la Comisión General de Codificación, es evidente, y todos ellos responden a una lógica similar, apropiado de *lege ferenda*.

XIII. Aun en el marco del Título V, Libro segundo, TRLGDCU'07, no puede someterse la distribución del riesgo por pérdida total del producto, por un lado, y el menoscabo fortuito del mismo, por otro, a criterios distintos, aun cuando la *falta de conformidad* como tipo de incumplimiento contractual no comprenda la falta de entrega del producto.

BIBLIOGRAFÍA

Abril Campoy, J. M. (2011): *La atribución del riesgo al comprador. La máxima* periculum est emptoris *y su ámbito de aplicación*. Valencia, Tirant lo Blanch.

Albaladejo, M. (1970): Derecho Civil II. *Derecho de obligaciones. Parte general*. Barcelona, Bosch.

Albiez Dohrmann, K. J. (2002): «Un nuevo Derecho de Obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, 2002, fasc. III.

Anderson, R. R. (1987): «Incidential and consequential damages», en *Journal of Law and Commerce*. Vol. 7, 1987, 327-476.

Avilés García, J (2006): *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares.

— (2009): «§ 12. Contratos con finalidad traslativa del dominio. B) Compraventas de productos de consumo», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.); Moralejo Imbernón, N., Quicios Molina, S. (coords.), *Tratado de contratos.* Tomo II. Valencia, Tirant lo Blanch.

Badosa Coll, F. (1991): «Artículo 1096», en Paz-Ares Rodríguez, C.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.; Bercovitz, R., Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.

— (1991) «Artículo 1182», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
— (1991): «Artículo 1101», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.
BAR, C. VON; CLIVE, E. (eds.) (2009): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Oxford. Oxford University Press, Vol. 2.
BEATSON, J.; BURROWS, A., CARTWRIGHT, J. (2010): *Anson's Law of contract.* Oxford: University Press.
BIANCA, C. M. (1975): Voz «Vendita (diritto vigente)», en AZARA, A., EULA, E., *Novissimo Digesto Italiano.* Unione Tipografico - Editrice Torinese, Tomo XX.
— (1987) «Article 36», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.* Milán: Giuffrè.
— (2006): «La vendita dei beni di consumo. Note introduttive», en *Le nuove leggi civili commentate*. Fasc. 2.
BLACKBURN (1887): *A treatise on the effect of the contract of sale on the legal rights of property and possession in goods, wares, and merchandise*. Philadelphia: The Blackstone Publishing company.
BRIDGE, M. (2007): *The International sale of goods. Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press.
— (2009): *The sale of goods*. Oxford: University Press.
— (2010): «Risk and frustration», en BRIDGE, M. (general editor), *Benjamin's Sale of goods.* Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2007): «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, fasc. II.
CAFFARENA LAPORTA, J. (1985): «El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, fasc. IV.
— (1998): «Artículo 66 - Artículo 70», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas.
CALAMARI, J. D., PERILLO, J. M. (1998): *The Law of Contracts*. St. Paul: West Group.
CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. (2006): *Droit de la consummation*. París: Dalloz.
CALVÃO DA SILVA, J. (2003): *Venda de Bens de Consumo. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. Directiva 1999/44/CE. Comentário.* Coimbra: Almedina.
CANARIS, C. W. (2005): «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profile generali. Il nuevo diritto delle *leistungsstörungen*», en *Revista di Diritto Civile*, gennario-febbraio, traducción italiana a cargo de Giovanni de Cristofaro.
CARTER, A. T. (1902): *Elements of the law of contract*. London: Sweet and Maxwell.
CASTÁN TOBEÑAS, J. (1927): *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II, segunda edición, revisada y ampliada. Madrid, Reus.
— (1939): *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II, vol. I. Madrid, Reus.

CASTILLA BAREA, M. (2010): «Comentario a la STS de 10 de marzo de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril.

CASTRO, F. DE (1985): *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas.

CHALMERS (1981): *Chalmers' Sale of Goods Act 1979 including the factors acts 1889 & 1890*. Eighteen Edition by Michael Mark, with assistance from Jonathan Mance. Londres: Butterwoths.

COESTER-WALTJEN, D. (2005): «The New Approach to Breach of Contract in German Law», en COHEN N., MCKENCRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford - Portland: Hart Publishing.

COLLINS, H. (1997): *The Law of Contract*. London: Butterworths.

COSSÍO, A. (1953): «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compra-venta de cosas genéricas», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VI, fasc. III, julio-septiembre.

DAVIES, F. R. (1986): *Contract*. London: Sweet & Maxwell.

DAVIES, I. (1996): *Sale and Supply of Goods*. London: FT Law and Tax.

DÍEZ-PICAZO, L. (1970): «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid, Tecnos.

— (1979): *Estudios sobre jurisprudencia civil*. III tms. Tomo I. Madrid, Tecnos, 1973 (reimpresión de 1979).

— (2003): «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVI, fasc. IV, octubre-diciembre.

— (2008): «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». III tms. Tomo II, *Las relaciones obligatorias*. Madrid, Thomson-Civitas.

EISELEN, S. (2006): «Specific Performance and Special Damages». MACQUEEN, H., ZIMMERMANN, R. (eds.), *European contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edimburgo: Edinburgh Univesity Press.

ENNECCERUS, L. (1933): «Derecho de Obligaciones», undécima revisión por Heinrich LEHMANN. Segundo tomo, primera parte, en ENNECCERUS, L.; KIPP, T., WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil,* traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER. Barcelona, Bosch.

ERAUW, J. (2005-2006): «CISG articles 66-70: the risk of loss and passing it», en *Journal of Law and Commerce*, 25.

ERAUW, J. (2011): «Article 67», en KRÖLL, S.; MISTELIS, L., PERALES VISCASILLAS, P. (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).* Múnich: C. H. Beck - Hart - Nomos.

ESPÍN, D. (1978): «Manual de Derecho Civil español». Vol. III. *Obligaciones y contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

FENOY PICÓN, N. (2010): «Artículo 1488», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil.* Valladolid: Lex Nova.

— (2010): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIII, fasc. I.

— (2011): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, fasc. IV.

— (2013): «The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation», en SCHULZE, R., ZOLL, F. (eds.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications.* Múnich: Sellier European Law Publishers.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. (1965): «¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?», en *Anuario de Derecho Civil*.

FLAMBOURAS, D. P. (2011): «Amendments in the Sale of Goods Act 1979 following the implementation of Directive 1999/44/EC in the United Kingdom», en *Revue Hellenique de Droit International*, núm. 64.

FLECHTNER, H. (2007): «Article 79 of the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach test: the homeward trend and exemption for delivering non-conforming goods», en *Pace International Law Review*, 19, 29-51.

FLUME, W. (1998): *El negocio jurídico*. Traducción por José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE. Madrid, Fundación Cultural del Notariado.

FRANCESCHI, A. DE (2009): «La sostituzione del bene "non conforme" al contratto di vendita (a proposito di C. Gius. CE, 17 aprile 2008, C-404/06)», en *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 5.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2010): *Pérdida y deterioro de la cosa debida antes y después de la entrega en el contrato de compraventa*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Fundación Registral.

— (2012): «Pérdida y deterioro de la cosa debida en el contrato de compraventa: su tratamiento en el *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en GÓMEZ LAPLAZA, M. del C. (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft.* Madrid, Dykinson.

GARCÍA GOYENA, F. (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. IV tms. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

GÓMEZ CALLE, E. (2012): «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. I.

GÓMEZ POMAR, F. (2007): «El incumplimiento contractual en el Derecho español», en *InDret* [en línea] julio. Disponible en www.indret.com.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., MONTALBÁN, J. M. (1871-1872): *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Madrid, Cárlos Bailly-Builler. Tomo dos.

GOODFRIEND, D. E. (1984): «After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Columbia Journal of Transnational Law*, 22, 575-606.

GREGORIO, M. DE (2005): «Impossible performance of excused performance?» Common misake and frustration alter *Great Peace Shipping. The King's College Law Journal*, 69, 69-98.

GREWAL, S. S. (1991): «Risk of Loss in Goods Sold During Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the

U.C.C., and the British Sale of Goods Act», en *Loyola of Los Ángeles International and Comparative Law Journal*, 14.

GRUNDMANN, S. (2004): «La nuova disciplina della compravendita: la violazione dell'impegno contrattuale», en CIAN, G. (coord.), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obligación e dei contratti?* Padua: CEDAM.

GULLIFER, L. (2000): «Risk», en MCKENDRICK, E. (ed.), *Sale of goods.* Londres - Hong Kong: LLP.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1968): «Curso de Derecho Civil», en *Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid, Tecnos.

HALL, C. G. (1984): «Frustration and the question of foresight», en *Legal Studies*, 4, 300-307.

HAGER, G., SCHMIDT-KESSEL, M. (2010): «Article 67 - Article 70», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods.* Oxford: Oxford University Press.

HEINECCIO, J. G. (1789): *Elementa Juris Naturae et gentium*. Editio secunda matritensis. Sumptibus Placidi Barco Lopez..

— (1824): *Recitationes in elementa Juris Civilis secundum ordinem institutionum*. Se ha manejado la edición de Venecia: Haeredes Balleonios.

HELDRICH, A., REHM, G. M. (2005): «Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code», en COHEN, N., MCKENCRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract.* Oxford - Portland: Hart Publishing.

HONDIUS, E. (2006): «The Notion of Consumer: European Union *versus* Member States», en *Sydney Law Review*, 28, 89-98.

HONNOLD, J. O. (1989): *Documentary history of the Uniform Law of International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*. Deventer/Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.

HOWELLS, G. T., TWIGG-FLESNER, C. (2005): «Molto rumore per nulla? L'attuazione della Direttiva 99/44/CE nell'ordinamento inglese», en ALESSI, R. (coord.), *La vendita di beni di consumo.* Milán: Giuffrè. Traducción al italiano a cargo de R. ALESSI y A. GEMMA.

HUBER, P. (2009): «Article 7.3.6», en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC).* Oxford: Oxford University Press.

KAREN POPE, P. (1975): «Uniform Commercial Code - Risk of loss», en *Arkansas Law Review*, 28.

KLEINHEISTERKAMP, J.: «Article 7.1.7», en VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC).* Oxford: Oxford University Press.

KRÜMMEL, T., D'SA, R. (2001): «Sale of consumer goods and associated guarantees: a minimalist approach to harmonised European Union consumer protection», en *European Law Review*, vol. 26, núm. 3, junio.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984): *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*. Barcelona, Librería Bosch.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A. *(et al.)* (2007): «Elementos de Derecho Civil». Tomo II, «Derecho de Obligaciones», vol. primero, *Parte general. Teoría general del contrato*. Madrid, Dykinson.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2007): *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*. Madrid, Fundación Registral - Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

LIU, C. (2011): *Remedies in International Sales. Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*. Nueva York: JurisNet, LLC.

LOMBARDI, E. M. (2010): *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*. Milán: Giuffrè.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M. (1991): «Artículo 1452». PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.

LUMINOSO, A. (2003): «Profili applicativi», en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia.* Vol XXXI. BIN, M.; LUMINOSO, A. (coords.), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo.* Padova: CEDAM.

MAJO, A. DI (2004): «La nuova disciplina della risoluzione del contratto (*Rücktritt*)», en CIAN, G. (coord.), *La reforma dello Schuldrecht tedesco: un modelo per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* Padua: CEDAM.

MALARA, M. (2003): «Commento al comma 5. art. 1519-ter (conformità al contratto)», en GAROFALO, L. (coord.), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo.* Padova: Giuffrè.

MALEY, K. (2009): «The limits to the conformity of goods in the United Nations convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)», en *International Trade and Business Law Review*, 12.

MANRESA y NAVARRO, J. M. (1908): *Comentarios al Código Civil español*. Tomo X. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004): *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*. Madrid, Instituto Nacional de Consumo, II Tms.

— (2009): «Artículo 114», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007).* Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters.

MARKESINIS, Sir B.; UNBERATH, H., JOHNSTON, A. (2006): *The German Law of Contract*. *A comparative Treatise*. Oxford - Portland: Hart Publishing.

MARTÍN ARESTI, P. (2010): *Las garantías de los productos de consumo*. Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters.

— (2011): «Título V. Garantías y servicios posventa», en REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007).* Madrid, Iustel.

MASSARA, T. DALLA (2007): «Art. 135 C. Cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo», en *Rivista di Diritto Civile*. Fasc. 2, marzo-abril.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, J., CHABAS, F. (1998): «Leçons de Droit Civil». Tomo II, premier volume. *Obligations: théorie générale*. Paris: Montchrestien, 9.e édition par Michel de Juglart.

MCKENDRICK, E. (2000): «Remedies for the buyer», en MCKENDRICK, E., *Sale of goods.* Londres - Hong kong: LLP.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D. (2005): «Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero.

MONTÉS PENADÉS, V. L. (1989): «Artículo 1124», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo XV, vol. 1.º Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. Madrid, EDERSA.

— (1998): «Artículo 82», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, Civitas.

MORALES MORENO, A. M.: «Artículo 1484 - Artículo 1490», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil.* Tomo II. Madrid, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones.

— (1998): «Artículo 36», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.* Madrid, Civitas.

— (2003): «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre.

— (2004): «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en LETE ACHIRICA, J., *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation.* Universidade de Santiago de Compostela.

— (2006): *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Madrid, Civitas.

— (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Madrid, Civitas - Thomson Reuters.

MOŽINA, D. (2012): «Article 159 - Article 165», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.

NATUCCI, A. (2010): «Considerazioni sul principio *res perit domino*», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 1.

NICHOLAS, B. (1987): «Article 66 - Article 70», en BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.* Milán: Giuffrè.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000): *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch.

OLIVA SANTOS, A. DE LA (2001): «Artículo 706», en OLIVA SANTOS, A. DE LA; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Madrid, Civitas.

OMODEI-SALÈ, R. (2004): *In rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata. Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie*. Padova: Cedam.

ORTI VALLEJO, A. (2002): *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*. Granada: Comares.

— (2002): «La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66.

— (2003): «La regla *periculum est venditore* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; CAFFARENA LAPORTA, J.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.; MONTES PENADÉS, V. L.; MORALES MORENO, A. M., PANTALEÓN PRIETO, F., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo.* Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C. (2011): «Capítulo 6. Libro IV. A. Compraventa», en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español.* Barcelona, Bosch.

PANTALEÓN, F. (1991): «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*.

— (1993): «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2006): *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Con un estudio preliminar, notas y concordancias.* Madrid, Colegios Notariales de España.

PINTÓ RUIZ, J. J. (1953-1954): «En torno a la llamada condición resolutoria tácita», en *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto, 1953; septiembre-octubre, 1953; enero-febrero, 1954

— (1976): «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», en *Libro-homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre.* Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, vol. II.

PONZANELLI, G. (1989): «Artículo 79». BIANCA, C. M. (coord.), «Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», en *Le nuove leggi civili commentate*.

POSNER, R. A. (1998): *El análisis económico del Derecho.* Traducido por Eduardo L. SUÁREZ. México: Fondo de Cultura Económica.

POTHIER (1878): *Tratado de las obligaciones*; traducido por S. M. S., precedido de un extenso proemio que contiene toda la legislación española sobre contratos. Barcelona, Librería de Álvaro Verdaguer, II tms.

PUIG BRUTAU, J. (1988): «Fundamentos de Derecho Civil». Tomo I, volumen II, *Derecho General de las obligaciones*. Barcelona, Bosch.

REPRESA POLO, M. P. (2006): «Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Diario La Ley*, jueves, 20 de abril, núm. 6466.

REYES LÓPEZ, M. J. (2003): «La idea de conformidad en el Ordenamiento Jurídico español tras la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE», en PALAO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L., REYES LÓPEZ, M. J. (coords.), *Derecho patrimonial europeo.* Navarra: Aranzadi.

REYNOLDS, F. M. B. (2010): «Remedies in respect of defects», en BRIDGE, M., *Benjamin's sale of goods.* Londres: Thomson Reuters - Sweet & Maxwell.

ROCA SASTRE, R. M., PUIG BRUTAU (1948): «El principio de la responsabilidad patrimonial universal», en ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado.* Vol. I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

ROTT, P. (2004): «German Sales Law Two Years After the Implementation of Directive 1999/44/EC», en *German Law Journal*, 5.

RUBINO, D. (1971): «La compraventita», en CICU, A., MESSINEO, F., *Trattato di diritto civile e commerciale.* Vol. XXIII. Milano: Dott. A. Giuffrè.

RÜFNER (2011): «Risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento nelle relazioni contrattuali», en *El danno risarcibile*. Nápoles.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011): «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. IV.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2006): «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)», en AGUIRRE ZAMORANO, P. J. (dir.), *La compraventa: Ley de Garantías.* Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, XI-2005. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial-Cuadernos de Derecho Judicial.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2011): «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las bermudas», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.); PALAZÓN GARRIDO, M. L., MÉNDEZ SERRANO, M. del M. (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España.* Barcelona, Atelier.

SCARPA, A. (2008): «La vendita dei beni di consumo: la coniformita al contratto e i diritti del consumatore tra Codice del consumo y Codice Civile», en *Giurisprudenza di merito*. Fasc. 11.

SCHLECHTRIEM, P. (1986): *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manzsche Verlags-und Univesitätsbuchhandlung.

SCHWENZER, I. (2010): «Article 74 - Article 79», en SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on The UN Convention on the International Sale of Goods.* Oxford: Oxford University Press.

SCHWENZER, I.; HACHEM, P., KEE, C. (2012): *Global Sales and Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.

SEALY, L. S. (1972): «"Risk" in the law of sale», en *Cambridge Law Journal*, 31-1. April.

SILVA-RUIZ, P. F. (1987): «Some remarks about the 1980 Vienna Convention on contracts for the International sales of goods - Emphasis on Puerto Rico», en *Arizona Journal of International and Comparative Law*.

— (1993): «The UN Convention on the International Sale of Goods: A Note on Exception from Liability for Failure to Perform», en CRANSTON, R., GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumer Law. National and International Dimensions.* Oxford: Clarendon Press.

SMITH, L. (2005): «Understanding Specific Performance», en COHEN, N., MCKENDRICK, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract.* Portland: Hart Publishing.

SOLER PRESAS, A. (1998): *La valoración del daño en el contrato de compraventa*. Navarra: Universidad Pontificia de Comillas - Aranzadi.

— (1998): «Artículo 77», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Comentarios a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.* Madrid, Civitas.
— (2009): «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», en *InDret* [en línea], mayo de 2009. Disponible en www.indret.com.
STOCKS, M. (1993): «Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparative Analysis and Proposed Revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», en *Northwestern University Law Review*, 87-4.
SUTTON, J. S. (1989): «Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods», en *Ohio State Law Journal*, 50, 737-752.
TREITEL, G. H. (1988): *Remedies for Breach of Contract*. *A comparative account*. Oxford: Clarendon Press.
— (2004): *Frustration and Force Majeure*. Londres: Thomson - Sweet & Maxwel.
— (2011): *The Law of Contract*. Edición a cargo de Edwin Peel. Londres: Sweet & Maxwell.
ULZURRUN Y ORUE, C. D. (1893): *Tratado legal de las obligaciones y contratos ó exposición de los principios del Código Civil español sobre ellos con referencias al Proyecto de Código de 1851 y los precedentes del Derecho antiguo*. Valencia, Pascual Aguilar.
VÉRGEZ, M. (2004): *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Navarra, Aranzadi.
VICENT CHULIÁ, F. (2001): *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia, Tirant lo Blanch.
ZELLER, B. (2009): *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press.
ZOLL, F. (2012): «Article 120», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.
ZOLL, F., WATSON, J. (2012): «Articles 142-146», en SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL) - Commentary.* Baden - Baden: C. H. Beck - Hart - Nomos.

RESUMEN

PERICULUM EST EMPTORIS. *RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. COMPRAVENTA DE PRODUCTOS. FALTA DE CONFORMIDAD DEL PRODUCTO CON EL CONTRATO. INCUMPLIMIENTO. PÉRDIDA O MENOSCABO FORTUITOS*

La enunciación de la regla periculum est emptoris *(la cosa perece para el comprador), defendida tradicionalmente en nuestra doctrina, siempre ha tenido como base, en primer lugar una visión esencial-*

ABSTRACT

PERICULUM EST EMPTORIS. *CONTRACTUAL LIABILITY. SALE OF GOODS. LACK OF CONFORMITY. BREACH OF CONTRACT. ACCIDENTAL PERISH OR DAMAGE*

The enunciation of the rule periculum est emptoris *(the thing perishes for the buyer), traditionally defended in our doctrine, has always been based, first in a «guilty conception» of the contractual liability, and secondly, in a functional independence (but not genetic independ-*

mente culpabilística de la responsabilidad contractual, y en segundo lugar, una cierta independencia funcional (no genética) de las situaciones jurídicas de las partes en el contrato de compraventa.

Sin embargo, la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que en su ámbito de aplicación supone un desplazamiento de los criterios culpabilísticos de la responsabilidad contractual por el incumplimiento que supone la entrega al consumidor de un producto no conforme con el contrato, adoptando un modelo similar en este punto al de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y desplazando el régimen de saneamiento por vicios ocultos, lleva a cuestionarse en qué medida ello significa una derogación del principio periculum est emptoris *en las compraventas de productos de empresario a consumidor.*

El objeto de este trabajo es ahondar en este aspecto, fundamental para la construcción de cualquier régimen de responsabilidad contractual.

ence) of the situations of the parties to the contract.

Therefore, the transposition of Directive 1999/44/EC of 25 May 1999, on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (which refuses a «guilty conception» of contractual liability for breach of contract, adopting a similar model at this point to the CISG, and rejects also the application of the traditional system of latent defects of the sales contract), leads to the question, whether the principle periculum est emptoris *is refused in the purchases of consumer goods.*

The purpose of this paper is to treat about this issue, which are fundamental to the construction of any contractual liability regime.

(Trabajo recibido el 3-8-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia[1]

por

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Málaga. Abogado

y

PAULA CASTAÑOS CASTRO
Becaria FPI Universidad de Málaga

SUMARIO

1. LA ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: MODALIDADES.

2. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA:

2.1. El principio *superficies solo cedit* como fundamento de la accesión industrial inmobiliaria: consideraciones actuales sobre ese principio.
2.2. Diferencias entre la construcción, plantación y siembra en terreno ajeno, y la simple realización de mejoras o modificaciones en una construcción ya existente.
2.3. Presupuestos legales y jurisprudenciales para la aplicación de los artículos 358 y siguientes del Código Civil, sobre accesión industrial inmobiliaria:

2.3.1. *Finca de propiedad ajena al edificante.*
2.3.2. *Edificante no dueño que construye con materiales propios.*
2.3.3. *Realización de una edificación (plantación o siembra).*
2.3.4. *Unión indisoluble de los materiales al suelo, y preservación, en mejor o peor estado, de dicha construcción en el momento en que el* dominus *pretende la recuperación del inmueble.*
2.3.5. *La buena fe del constructor:*

[1] Este trabajo es fruto del Grupo de Investigación «Modo de Adquisición y Extinción de los Derechos Reales. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial (GI11098), financiado por el Consejo General del Poder Judicial, año 2011.

a) Alcance de la exigencia legal de buena fe: Concepto de buena fe.
b) Valor jurídico de la oposición del *dominus soli.*

2.3.6. *El ejercicio por el* dominus soli *de la opción legal de la adquisición de la edificación. Situación jurídica previa al ejercicio de la opción.*
2.3.7. *El abono del valor de lo edificado como condición necesaria para la adquisición.*
2.3.8. *Otros pretendidos presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil.*

2.4. Consecuencias del ejercicio de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil:

a) *Ejercicio de la opción consistente en adquirir lo edificado abonando su valor.*
b) *Ejercicio de la opción consistente en obligar al edificante a que pague el precio del terreno.*

2.5. Algunos supuestos límite entre la accesión general inmobiliaria y la llamada accesión invertida.
2.6. Títulos legitimantes que excluyen la accesión, según la doctrina y la jurisprudencia:

a) *Un derecho de superficie.*
b) *Un arrendamiento o un arrendamiento* ad meliorandum *o con facultad de hacer mejoras o cambios en el terreno.*
c) *Un arrendamiento de obra.*
d) *Una concesión administrativa.*
e) *La constitución de una sociedad civil o de hecho entre el propietario del suelo y los edificantes.*
f) *Acuerdos de precario o comodato, o en general los casos de autorización de las obras por el dueño del suelo.*
g) *Supuestos de contrato de renta vitalicia.*
h) *Supuestos de nulidad de contrato.*

2.7. Particularidades de la accesión en casos de comunero que edifica en un terreno en copropiedad o en zona común de edificio en régimen de propiedad horizontal.
2.8. Aspectos procesales en la accesión industrial inmobiliaria: imposibilidad del *dominus soli* de ejercicio de la acción reivindicatoria mientras no ejercite la opción:

a) *Jurisprudencia que niega la posibilidad de ejercicio de acción reivindicatoria del* dominus soli *frente al tercero edificante de buena fe, si no ejercita previamente alguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil.*
b) *Cuestiones de cosa juzgada.*
c) *¿Puede el edificante de buena fe ser quien ejercite como demandante alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil?*
d) *Cuestiones de legitimación pasiva derivadas del ejercicio de la acción por edificante de buena fe, vía demanda o vía reconvención, cuando el inmueble ha sido transmitido a tercer adquirente.*

2.9. Posibles particularidades de la adquisición de plantaciones y siembras.

2.10. La presunción legal de que las obras son realizadas por el *dominus soli:* el artículo 359 del Código Civil.

3. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL TERCERO.

4. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL *DOMINUS SOLI* Y DEL EDIFICANTE, O DE BUENA FE DEL EDIFICANTE Y MALA FE DEL *DOMINUS SOLI.*

5. EL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES POR EL *DOMINUS SOLI* EN CASO DE OBRAS O PLANTACIONES EFECTUADAS POR ÉL MISMO.

1. LA ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL: MODALIDADES

Como es sabido, nuestro Código Civil regula en los artículos 353 y siguientes la institución de la accesión. Sistemáticamente, aparece dentro del Capítulo II del Título II del Libro II, y la configura como una prolongación del derecho de propiedad. Formalmente, nuestro Código Civil no considera la accesión como un modo de adquirir la propiedad, en cuanto que dicha institución no aparece expresamente recogida en el artículo 609 del Código Civil, que es la norma específicamente destinada a recoger y describir los distintos modos de adquirir la propiedad.

Ello no obstante, es igualmente sabido que nuestro Código no es especialmente técnico en su sistemática, ni exhaustivo a la hora de enumerar modos de adquirir o de extinguir derechos, y ello no es una excepción en la regulación del citado artículo 609 del Código Civil, el cual —en opinión de la doctrina— no recoge todos los modos posibles de adquirir la propiedad y los derechos reales, ya que hay algunos otros modos no expresamente citados en dicha norma, además de la accesión, que están reconocidos por doctrina y jurisprudencia (v.gr., las adquisiciones *a non domino,* el hallazgo, la adquisición de tesoros, etc.).

Desde el punto de vista doctrinal, existen opiniones que consideran que los supuestos de accesión regulados en la ley no permiten construir una teoría general[2], y que la accesión no debe ser considerada un modo de adquirir la propiedad, por cuanto entienden que en sentido propio son supuestos de modificación del objeto de los derechos reales, e incluso que lo que regulan los artículos 358 y siguientes del Código Civil son aspectos concretos derivados de la liquidación de los estados posesorios. En este último caso, se parte de que toda edificación sería una *mejora,* y como tal debería ser liquidada de conformidad

[2] López Vilas, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 992, entre otros.

con los artículos 451 y siguientes del Código Civil; de ahí la remisión evidente del artículo 361 del Código Civil a los artículos 453 y 454 en sede posesoria.

Frente a ello, somos de los que creemos que nuestro legislador, a pesar de no incluir específicamente a la accesión dentro del artículo 609 del Código Civil sobre modos de adquirir la propiedad, en el tratamiento diferenciado de la misma respecto de las normas sobre posesión, estaba reconociendo que, dentro de los modos legales, y a la vista de la larga tradición histórica, debe incluirse la accesión como una modalidad singular de adquisición del dominio (con independencia de la mayor o menor precisión técnica utilizada entonces).

En apoyo de esta posición, basta con pensar en que, de no ser así, esto es, de no ser considerado como modo adquisitivo del dominio, no tendría sentido un tratamiento separado y diferenciado de las normas sobre accesión, por una parte (arts. 353 y sigs. CC), y, por otra, las normas sobre liquidación del estado posesorio (arts. 451 y sigs. CC). Si de verdad la accesión —en particular la inmobiliaria de los arts. 358 y sigs.— fuese una simple derivación de la liquidación de los estados posesorios, su tratamiento hubiera quedado circunscrito a dichos preceptos legales.

En este sentido, la remisión que el decisivo artículo 361 del Código Civil hace a la *«indemnización establecida en los artículos 453 y 454»* deja patente que nuestro Código Civil se mueve en dos ámbitos: por un lado, el estrictamente dominical, regulado en los artículos 358 y siguientes del Código Civil, en donde tan sólo se dilucida la cuestión de la atribución dominical de lo edificado, plantado o sembrado, y en el que la remisión a las normas posesorias es a los solos efectos de cuantificación de la indemnización; y por otro, el de la resolución del destino de frutos, gastos y mejoras de la cosa y su cuantificación, tras la devolución o entrega de la propiedad a su dueño, como consecuencia de una disputa sobre la propiedad, cuyo tratamiento se contiene en los artículos 451 y siguientes del Código Civil. Como ya se verá más abajo, esa disputa sobre la propiedad, en los supuestos de los artículos 358 y siguientes del Código Civil, tiene unas particularidades, incluso de índole procesal, que la separan netamente de una acción típica de reivindicación inmobiliaria o mobiliaria, al concretar su objeto a decidir si, de conformidad con la regla específicamente aplicable, debe ser declarado o debe convertirse en dueño el sujeto que demanda (o que reconviene). No obstante, en la práctica se entremezclan las acciones propiamente de reivindicación, con las de declaración del dominio por accesión de la cosa principal a la accesoria, como también se comprobará más adelante, lo que obliga a analizar las distintas pretensiones y las distintas consecuencias procesales susceptibles de presentarse.

Lo anterior lleva asimismo a considerar que las reglas y criterios contenidos en los artículos 451 y siguientes del Código Civil, en materia de liquidación del estado posesorio no pueden ser trasladables sin más a la accesión, como a veces se sostiene sin demasiada reflexión. Es más, seguramente se da una

cierta incompatibilidad entre los efectos generales en materia posesoria, y las consecuencias que se derivan de una disputa sobre accesión, en cuanto en muchos casos excluyen la aplicación de los artículos 451-455 del Código Civil, por regir otras reglas más especiales. Del mismo modo, en relación al concepto de «buena fe» en la accesión, entendemos que no pueden utilizarse los mismos y exactos parámetros que en materia posesoria, como tendremos ocasión de comprobar, a la vista de la jurisprudencia. O también, y de nuevo a título de ejemplo, como han puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[3], tampoco encaja en el campo de la accesión la facultad de retención del poseedor de buena fe prevista en el artículo 453 del Código Civil, al gozar el edificante de buena fe de una propiedad temporal sobre lo edificado, y carecer de sentido una retención sólo sobre el suelo.

No puede perderse de vista, además, los términos en que se redactan los artículos 358 y siguientes del Código Civil, en cuanto que todos ellos tratan de resolver una cuestión típicamente atributiva del dominio, en un conflicto de intereses entre dos o más sujetos intervinientes en un proceso constructivo o similar. Parece, en consecuencia, que, con más o menos acierto, nuestro legislador quiso plasmar en el Código unas reglas relativas a la atribución del dominio, al propietario de la cosa considerada como principal, de aquello que se le ha unido de forma indisoluble, o en general, unas reglas de atribución del dominio sobre una cosa transformada por el trabajo del hombre resolviendo los posibles conflictos de intereses entre dos o más sujetos afectados.

Acogida, pues, la accesión por la doctrina mayoritaria y jurisprudencia como un modo de adquirir, existen mayores dudas sobre cuáles, de entre las heterogéneas modalidades recogidas en los artículos 353 y siguientes del Código Civil, deben ser modos propiamente de adquirir, y cuáles son manifestaciones de otra naturaleza.

Sin entrar en esta discusión de orden doctrinal[4], por razones expositivas, nos ocupamos a continuación de analizar primordialmente la llamada accesión

---

[3] DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 2001, pág. 156.

[4] La mayor parte de la doctrina considera que la adquisición de frutos (arts. 353 y sigs. CC) no es un modo de adquirir, sino una simple consecuencia del *ius fruendi*, y por tanto, no es equiparable a la accesión propiamente tal. Así lo manifiestan los siguientes autores, a título de ejemplo: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, pág. 153; DE PABLO CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho Civil (III) Derechos Reales*, Madrid, 2011, pág. 62. Es cierto que no existe ninguna relación entre el conflicto de intereses que se plantea cuando dos o más cosas de distintos dueños se unen de forma inseparable, y la atribución de la propiedad al titular de la cosa considerada como principal, y la adquisición de frutos, que normalmente no presenta ese tipo de conflictos, en cuanto que todo dependerá de quién ostente ese *ius fruendi*, y en esa medida la ley atribuirá la propiedad de los frutos a quien corresponda ese derecho o facultad de disfrute. No obstante, sí parece conveniente determinar cuáles son los presupuestos legales para que esa adquisición de frutos, por parte del dueño de la cosa que los produce o del titular del *ius fruendi*, se haga efectiva, y en esa medida, merece ser estudiado en este trabajo, así como todos los problemas prácticos derivados de ello.

industrial inmobiliaria (arts. 361 a 365 CC), como manifestación básica y de mayor problemática práctica, con exclusión del resto de modalidades de accesión desarrolladas en la ley. Del mismo modo, anunciamos que queda igualmente excluida de este trabajo la llamada accesión invertida, sin perjuicio de las alusiones que necesariamente se han de hacer a la jurisprudencia que la desarrolla, por su interés para la accesión industrial inmobiliaria general.

No obstante, debe señalarse que nuestro Código Civil distingue dos grandes bloques: por un lado, la adquisición de frutos (arts. 354 a 357 CC), y por otro, la adquisición de elementos adheridos a las cosas inmuebles o muebles (arts. 358 a 382 CC). En realidad, se trata de dos bloques tan diferenciados, que en realidad tienen muy poco que ver entre sí, ya que es prácticamente unánime la opinión de doctrina y jurisprudencia acerca de que el régimen de adquisición o apropiación de frutos poco tiene que ver con la accesión, y menos con ésta entendida como modo especial de adquirir el dominio, al tratarse de una simple consecuencia del ejercicio de *ius fruendi* del dueño.

En cuanto a la accesión propiamente dicha, y aun cuando existen diversas formas de clasificación de los distintos fenómenos, nosotros vamos a intentar simplificar y mantener los criterios más tradicionales de clasificarlos, por razones de facilidad expositiva, y por tanto, distinguiremos entre accesión inmobiliaria, por una parte, y accesión mobiliaria, por otra. Y dentro de la primera, a su vez, distinguiremos entre la accesión derivada de fenómenos naturales, y la ocasionada por la mano del hombre (accesión industrial inmobiliaria), refiriéndonos en este trabajo exclusivamente a esta última.

Finalmente —y ahora sí vamos a ser un tanto innovadores—, entendemos que dentro de este último grupo, esto es, la llamada accesión industrial inmobiliaria, se puede diferenciar, a su vez, entre la accesión por edificación, por un lado, y la plantación y siembra, por otro.

Es más, incluso creemos también que, dentro de la accesión industrial inmobiliaria, nuestro Código Civil, aunque no de forma explícita pero sí implícita, trata, con cierta diferenciación, lo que son los *trabajos de reforma de edificios ya existentes*, y lo que son *obras de construcción de nuevos edificios*. Por tal motivo, en este trabajo haremos un tratamiento separado de unas y otras clases de obras, por los motivos que luego explicaremos, y que se basa en las diferentes consecuencias jurídicas que consideramos deben atribuirse a cada una de ellas.

Para terminar esta introducción, debemos advertir que la accesión, a diferencia de otros modos adquisitivos del dominio, constituye un modo de adquirir

---

Mayores discrepancias existen en la doctrina acerca del resto de supuestos de accesión regulados en la ley, y cuáles deben ser considerados como modo de adquirir la propiedad. Así, algún autor (De Pablo Contreras, *ob. cit.,* pág. 62), siguiendo una posición minoritaria, considera que sólo es propiamente accesión la llamada accesión propia en la que son la misma persona el propietario del suelo y el de los materiales que se le incorporan, siendo la accesión un fenómeno de modificación del objeto del dominio, y no un modo de adquirir la propiedad.

que se limita a la propiedad, esto es, en principio, no se pueden adquirir por accesión otros derechos reales que no sean la propiedad. No obstante, esta idea debe ser matizada con la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida, que en ocasiones ha permitido, vía accesión («invertida»), dar lugar a la adquisición de derechos de servidumbre o derechos sobre vuelo ajeno.

2. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL INMOBILIARIA

2.1. El principio *superficies solo cedit* como fundamento de la accesión industrial inmobiliaria: consideraciones actuales sobre ese principio

No cabe duda que el legislador del Código Civil, a la hora de resolver los conflictos dominicales cuando suelo y materiales incorporados al mismo provienen de distintos dueños, adoptó como criterio decisivo el de que prevalece el suelo sobre lo edificado, plantado o sembrado, sobre la base del usual mayor valor económico del terreno respecto de lo construido sobre el mismo. Es el clásico principio del *superficies solo cedit* (en adelante, SSC).

La realidad social ha venido mostrando, por el contrario, que suele ser lo edificado —cuando de construcción de edificios se trata— lo que posee un mayor valor económico que el suelo ocupado por la edificación, y de ahí la introducción de la jurisprudencia sobre construcciones extralimitadas, donde se subvierte la regla de SSC, remitiendo al principio general de que *accessorium sequitur principale* (en adelante, ASP).

Curiosamente, esa misma realidad social ha venido en los últimos tiempos a poner de nuevo en cuestión esta última afirmación, habida cuenta que, *con cierta frecuencia, el valor de los terrenos urbanos, desde el punto de vista económico, en los años de máximo desarrollo inmobiliario, se ha demostrado que podía alcanzar precios superiores al valor presupuestado para la edificación misma.* Ello ha sucedido en particular cuando las edificaciones proyectadas no son edificios de muchas plantas, o viviendas unifamiliares, lo cual viene ser últimamente muy frecuente, en aplicación de un urbanismo presuntamente más racional. *Estos nuevos y reveladores datos conllevan un cierto regreso al principio originario del SSC*. No hay duda de que, en muchos de estos casos, el precio de mercado de los terrenos ha superado y supera con creces el coste de la edificación, como lo demuestra el hecho de que las empresas promotoras, en sus presupuestos a la hora de planificar la construcción de un conjunto inmobiliario, han venido fijando como coste más elevado el de los suelos urbanos en relación al coste presupuestado para mano de obra y materiales.

Esta idea, aun no siendo generalizable, no puede descartarse que conduzca en el futuro a un cierto replanteamiento de las bases sobre las que se asienta

la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas, con un progresivo regreso a los principios tradicionales del Código Civil del SSC.

En esta línea, la *STS de 11 de junio de 1993,* por ejemplo, *viene a exigir de forma implícita pero indudable, que quien pretenda ejercitar al caso la doctrina de la accesión invertida, debería demostrar, entre otros presupuestos, que el valor de lo edificado es superior al valor del suelo mismo ocupado*, de modo que se aplicarían las reglas generales de los artículos 361-364 del Código Civil si el valor del suelo es superior, o no se acredita lo contrario:

> *«También este motivo ha de perecer, pues en modo alguno puede entenderse que exista abuso de derecho o fraude en quien reclama una porción de terreno que le fue usurpada, siendo la buena o mala fe cuestión reservada a la apreciación de la Sala de instancia; y en cuanto a la accesión invertida que contemplan las sentencias 3-3-1978, 28-4-1980, 15-6-1981, 1-10-1984, 11-3-1985 y 24-1-1986, entre otras, es cierto que requiere: a) que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido; y, e) que el edificante haya procedido de buena fe;* más sentado en la instancia que el valor de lo construido en terreno ajeno es de 2.742.000 ptas. y el del terreno 4.005.000 ptas., y que no constituye un todo indivisible con el edificio, sino meros elementos auxiliares de él, es llano el acierto de la Audiencia al afirmar que quiebran al menos dos de los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión».

A ello habría que unir *la artificialidad que caracteriza la doctrina de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas*, al fundarse, a juicio de nuestro Tribunal Supremo, en una laguna legal que difícilmente puede considerarse que exista realmente.

Y además de lo anterior, tampoco pueden perderse de vista datos relevantes como los siguientes: *las enormes dificultades que suele conllevar la aplicación práctica de dicha doctrina de la accesión invertida*, en cuanto a temas tales como la aplicación del presupuesto de la buena fe y de la presunción de buena fe, la determinación de la indemnización, etc., entre otros. Del mismo modo, *deben tenerse en cuenta en el futuro las consecuencias claramente negativas que ha traído consigo la vigencia de la doctrina sobre accesión invertida*, *en cuanto ha propiciado una actitud de los constructores muy proclive a abusar de su posición, construyendo con extralimitación, en la casi seguridad de que los tribunales no van a adoptar nunca o casi nunca la solución drástica de derruir lo edificado*.

Todo ello, como decimos, debería llevar a un replanteamiento de la citada doctrina, en el sentido de orientar las soluciones judiciales en la dirección de

retornar a los principios generales de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, con progresiva tendencia al abandono de la doctrina de la accesión invertida o de las construcciones extralimitadas, en los casos en que viene aplicándose.

La cuestión anterior, siendo teórica, puede tener consecuencias prácticas relevantes. Por ejemplo, en aquellos casos en los que la hipotética «extralimitación» consista, no ya en la construcción de un edificio que ocupe parte del terreno propio y parte del ajeno, sino la construcción de edificios o instalaciones anejos al edificio principal —construido en su integridad en suelo propio por parte del «extralimitador»—, ¿no debería considerarse, más que un supuesto de extralimitación, un caso con encaje directo en los artículos 361 y siguientes del Código Civil?

Como sabemos, hasta ahora, la jurisprudencia ha tendido a aplicar la doctrina de las construcciones extralimitadas a este tipo de casos, por considerar que esas instalaciones estaban al servicio indisociable del edificio principal construido en suelo propio del edificante. Cabe citar a título de ejemplo, las *SSTS de 12 de diciembre de 1995* (la extralimitación consistió en edificar un pozo negro y una piscina en terreno ajeno; y a pesar de todo, la sentencia no duda en aplicar la doctrina jurisprudencial referida; ello a pesar de resultar muy dudoso el valor superior de lo edificado sobre el terreno, y sobre todo, su separabilidad o indisolubilidad respecto de las otras edificaciones). A estos casos, cabe unir aquellos en que se recurre a las directrices de la accesión invertida en los casos de extralimitación sobre el vuelo de la finca ajena, al no respetarse las distancias legales entre construcciones, en los cuales resulta igualmente difícil justificar la preferencia a favor del extralimitante.

No puede obviarse que, en su aplicación práctica, se ha acabado por dar a la doctrina de las construcciones extralimitadas un campo de aplicación mucho más amplio del que seguramente le correspondería a la vista de sus orígenes y la razón para su nacimiento. No se nos oculta que, en estos casos, y en general en los más usuales de extralimitación, la jurisprudencia trata de optimizar económicamente el destino de esas construcciones que invaden terreno ajeno, por cuanto, de aplicar los artículos 361 y siguientes del Código Civil, y partiendo siempre de la buena fe del constructor, el *dominus soli* invadido no tendría, como regla, interés en aprovechar lo construido, y se vería en la tesitura de tener que pagar el valor de algo no deseado, cuando quien edificó, lo hizo sin duda con ánimo de obtener el máximo beneficio a lo construido. En esa disyuntiva, la tendencia práctica ha sido la de apoyar al edificante de buena fe, obligándole a pagar el valor de lo ocupado, y los posibles perjuicios causados al propietario invadido.

Pero todo ello ha sido fruto de una determinada concepción, más proclive a la conservación de edificaciones, aun siendo ilegales en uno u otro sentido, que a la preservación de un urbanismo más racional, que es el que subyace en el fondo tras el respeto de los principios tradicionales del SSC. Es manifiesto que lo que reclama en la actualidad nuestra sociedad es una interpretación y

aplicación de las normas más acorde con esta última orientación (art. 3.1 CC), aunque ello pueda llevar en ocasiones al derribo total o parcial de edificios construidos ilegalmente. La tendencia social actual se dirige con rotundidad hacia un respeto mucho más escrupuloso de los derechos ajenos, para evitar desastres urbanísticos, que a la larga se han demostrado gravemente dañinos para nuestro país y su imagen exterior.

No puede perderse de vista, en apoyo de soluciones prácticas orientadas al regreso a la doctrina tradicional de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, que desde siempre, el propio Tribunal Supremo ha sido consciente de la excepcionalidad de la jurisprudencia sobre accesión invertida, y por tanto, de la necesidad de su interpretación restrictiva. Sirva de ejemplo al efecto lo afirmado por la *STS de 1 de octubre de 1984:*

> *«La antecedente doctrina legal es excepcional para una laguna legal, de lo que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir al cabo una excepción a la regla general del artículo 361 del Código Civil».*

Debajo de todo ello late igualmente la idea de que, también de cara al futuro, no debería haber tampoco especiales inconvenientes para ir eliminando un cierto prejuicio que late debajo de la regulación de la accesión en nuestro Código Civil, desde la época romana, y es el rechazo absoluto a cualquier solución que suponga una suerte de comunidad de propietarios o cotitularidad sobre la cosa nueva surgida de la unión de elementos de dos o más dueños distintos. En este sentido, en muchos de los casos jurisprudenciales de accesión invertida, la solución de la constitución de una cotitularidad con el dueño del solar invadido puede ser, a la vez, respetuosa de los derechos del propietario del terreno invadido y del interés del edificante de buena fe en que se preserve la parte del edificio erigido.

2.2. Diferencias entre la construcción, plantación y siembra en terreno ajeno, y la simple realización de mejoras o modificaciones en una construcción ya existente

Desde hace tiempo se vislumbra en la aplicación judicial de los artículos 361-364 del Código Civil una tendencia a discernir y separar netamente los casos de construcción de un nuevo edificio en suelo ajeno, por un lado, y los casos de reformas o mejoras en edificios o construcciones preexistentes, por otro.

Vista la cuestión con objetividad, *en estos últimos supuestos, difícilmente se plantea un problema de accesión*, es decir, *una cuestión de atribución de la propiedad a uno de los dos sujetos afectados* (constructor y propietario del suelo), en cuanto que *nadie pone en duda —ni siquiera las partes en*

los correspondientes litigios— que todo lo incorporado a la edificación o construcción preexistente, por obra de un tercero que acomete reformas o modificaciones en la misma, pasa a ser de forma automática del propietario del edificio, *limitándose dicho tercero, a lo sumo, a reclamar una indemnización o resarcimiento por el enriquecimiento obtenido por el dueño de la cosa principal* (las dudas se presentan, como mucho, en aquellos casos en que las obras de reforma han sido de tal cierta entidad, que en realidad los trabajos efectuados pueden llegar a constituir, de hecho, una edificación nueva, que pudiera originar el planteamiento de una cuestión dominical conforme a los citados arts. 361-364 CC).

Apenas si hay jurisprudencia relevante sobre la incorporación de mejoras o reparaciones en los inmuebles preexistentes, efectuadas por sujeto distinto del propietario, y a los posibles problemas o dudas sobre su adquisición, aunque a lo largo de este trabajo haremos alusión a algunas de ellas. Como se ha advertido, todas las resoluciones judiciales parten de forma implícita —aunque ciertamente entre las partes no se llegó a plantear una específica disputa dominical— de que *es el dueño de la cosa mejorada o reformada quien, de manera automática, y sin más condiciones, adquiere todo aquello que se le ha adherido de forma inseparable o con destino al uso de aquélla, sin que se admita un derecho correlativo de propiedad (temporal) del constructor sobre la parte de edificio modificada o reformada*.

Es decir, es lo habitual que no se apliquen las normas específicas sobre adquisición de propiedad por accesión inmobiliaria por construcción de nuevo edificio, plantación o siembra (arts. 361-364 CC), y por tanto tampoco rige lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil en cuanto a la exigencia de que, previamente, se ejercite por el *dominus soli* la correspondiente elección u opción, y se abone al constructor el valor de lo edificado, plantado o sembrado, para adquirir su dominio. Es evidente que, en materia de reformas y mejoras, la adquisición de los materiales incorporados es automática, y sólo nace a favor del tercero constructor un derecho de crédito al reembolso, esto es, una acción de enriquecimiento.

Ejemplo de lo que decimos puede ser la *STS de 25 de noviembre de 1985,* que recoge un supuesto de demanda ejercitada por hijo ocupante de vivienda de propiedad de su madre, por las reparaciones y mejoras efectuadas por el primero en el citado inmueble, con conocimiento y consentimiento de la propietaria. Tras la demanda del hijo en la que no plantea una cuestión de titularidad de los materiales, la sentencia excluye la aplicación de las normas de los artículos 360 a 365 del Código Civil, e incluso las posesorias del artículo 453 del Código Civil, recurriendo a la doctrina general del enriquecimiento injusto.

También la *STS de 5 de abril de 1994* parece ir en esa misma línea de excluir la aplicación del artículo 361 del Código Civil cuando se trata de obras de mejora sobre un edificio preexistente, al afirmar:

> *«El Juzgado de 1.ª Instancia acogió petición de la reconvención por considerar que la actora había obrado de mala fe al edificar, por lo que debía aplicarse el artículo 362 del Código Civil. Apelada la sentencia por la actora, adhiriéndose el demandado al recurso,* la Audiencia, estimando buena fe en la actora, y que lo edificado por ella no representó más que una mejora sobre la edificación existente en la finca por lo que no había lugar a la accesión, declaró su derecho a ser indemnizada como poseedora de buena fe de acuerdo con el artículo 453, párrafo segundo, del Código Civil, *cuyo monto cifraba en 1.817.398 pesetas que el demandado había de entregarle, sin perjuicio de la división de la finca…».*.

Del mismo modo, la STS de 9 de febrero de 2006, también parece excluir la aplicación sin más del artículo 361 del Código Civil a las obras de menor entidad, sobre una casa previamente construida, cuando afirma (seguramente *obiter,* pues la *ratio decidendi* sustancial fue otra):

> *«El motivo segundo del recurso —al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por aplicación indebida del artículo 361 del Código Civil, al ser utilizado para un supuesto de hecho no comprendido en el precepto, *puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que la vivienda de la recurrente no fue construida por la misma ni por su hijo,* quien sólo la reparó previamente al alcanzar la mayoría de edad y poco después de ello, *pero durante la convivencia con sus padres,* sin que la colocación de nuevas puertas y ventanas, el cambio de solería o techumbre, el arreglo de los corrales, o la apertura de un hueco de comunicación con otra colindante signifique "edificar", sino mejora o refacción…».

La cuestión fundamental que se deriva de esta cierta orientación jurisprudencial es la delimitación de cuándo estamos ante una simple mejora o modificación, y cuándo ante un auténtico edificio construido *ex novo*, para aplicar uno o otro criterio.

Excepcionalmente, la *STS de 23 de mayo de 1989* considera *mejora,* a los efectos del artículo 359 del Código Civil, a la construcción de nueva planta sobre un edificio ya existente, pero no aplica la facultad de elegir del artículo 361 del Código Civil, por no haberse demostrado por los demandados que ellos fueron quienes hicieron la nueva planta.

Por el contrario, la *STS de 17 de junio de 1999* considera la concurrencia de «accesión continua» en bienes inmuebles, cuando se construye por tercero (en el caso, la sociedad de gananciales formada por la hija de los dueños y su marido) un piso en la segunda planta del inmueble propiedad de los padres de la esposa, junto con los accesorios de escalera y garaje, con autorización de estos. Dicha sentencia excluye la catalogación de «mejoras» alegada por los propietarios del terreno y estima que se trata de un supuesto de accesión, a la que es aplicable el artículo 361 del Código Civil, al existir buena fe de los edificantes, y por tanto condena a los propietarios al abono del valor de los elementos constructivos incorporados.

Respecto del concepto de «mejora», en su comparación con las «accesiones», a efectos de extensión de las hipotecas, véase también la *STS de 14 de marzo de 1986.*

Como se ha señalado, es usual que tanto en caso de mejoras como de nuevas edificaciones, se ejercite, con carácter casi siempre subsidiario a la aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria, acciones de enriquecimiento injusto, por tener en realidad una base común (cuando se atribuye lo edificado, plantado o sembrado al *dominus soli,* se ordena normalmente el resarcimiento al tercero edificante o plantador por haberse producido un enriquecimiento del dueño, a costa de éste).

2.3. Presupuestos legales y jurisprudenciales para la aplicación de los artículos 358 y siguientes del Código Civil, sobre accesión industrial inmobiliaria

Existen ciertas discrepancias entre los presupuestos señalados por la doctrina y por la jurisprudencia.

Hay sectores doctrinales que defienden la automaticidad de la adquisición de la propiedad, y por tanto, la interpretación de que todos los preceptos legales sobre accesión inmobiliaria conllevan la adquisición por el *dominus soli* de la propiedad sobre lo edificado, plantado o sembrado, sin perjuicio de la existencia de una suerte de *dominium dormiens* a favor del edificante, que renace cuando el propietario del terreno obliga a aquél a adquirir el terreno, o cuando se destruye el edificio y los materiales empleados se separan de la cosa principal[5].

> En esta última dirección parece ir, aunque en afirmación *obiter,* la *STS de 6 de diciembre de 1985,* que parece reconocer al que construye en finca ajena con materiales propios, un simple derecho de retención sobre cosa ajena, y no un derecho de propiedad temporal, mientras no se abone el valor de lo realizado. En concreto, dicha sentencia está referida a un supuesto de reformas en bar restaurante de propiedad ajena (y no propiamente de levantamiento de un nuevo edificio), por lo que la solución adoptada va a en la línea señalada en el apartado anterior.

Frente a tales planteamientos, *la mayoría de la doctrina, y prácticamente toda la jurisprudencia, son partidarios de considerar que la remisión del artículo 358 del Código Civil* a que lo edificado, plantado o sembrado *«…pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artícu-*

[5] Ejemplo claro de esta posición es Alonso Pérez, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V vol. 1, Madrid, 1990, pág. 378 y sigs., entre otros.

los siguientes», y en particular al artículo 361 del Código Civil, *implica otorgar al edificante de buena fe un derecho de propiedad temporal sobre lo edificado mientras el* dominus soli *no ejercite alguna de las opciones allí previstas*.

Visto este último planteamiento, con el que nos mostramos plenamente de acuerdo, ha de señalarse que, de la jurisprudencia en su conjunto se deducen los siguientes presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil, que pasamos a examinar detenidamente:

2.3.1. *Finca de propiedad ajena al edificante*

El primero de los presupuestos indiscutido de aplicación del artículo 361 del Código Civil es *que quien construya lo haga en terreno de titularidad ajena al edificante*.

Es indiferente quién sea el propietario, *pudiendo serlo también el Estado o las Administraciones Públicas respecto de los inmuebles de su propiedad* (SSTS de 11 de junio y 4 de julio de 1985).

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 21 de noviembre de 1997* plantea, sin embargo, en caso de finca de una entidad local menor (finca de dominio público), *la imposibilidad de que el* dominus *pueda ejercitar la opción prevista en la norma*, y la limita al pago de la indemnización por el valor de lo construido (en el caso, se trataba de un pozo).

También la *STS de 18 de abril de 1986 impide la aplicación del artículo 361 por considerar que el terreno no era ajeno, ya que la edificación se levantó por tres personas, socios en un negocio de explotación avícola, uno de los cuales era cónyuge de la propietaria del suelo, la cual había prestado su consentimiento a la construcción de la nave avícola*. La sentencia estima que la explotación del negocio formaba parte del patrimonio ganancial, y niega la reclamación de indemnización presentada por los otros dos socios contra la propietaria en aplicación de los artículos 361 y siguientes, entendiendo que la dueña del suelo mantenía un vínculo societario o cuasisocietario con los constructores. En suma, que tampoco los materiales eran de propiedad de los demandantes, sino de todos los sujetos, incluida la propietaria del suelo, y no había contraposición de intereses entre ambos sujetos en el momento de construir, lo que impide recurrir al artículo 361, cuya función es básicamente resolver hipotéticos conflictos de esta clase.

La *STS de 4 de diciembre de 2003* niega la aplicación de ninguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil a un edificante (empresa maderera) que había construido en terreno de un Ayuntamiento, por considerar que *éste sólo había otorgado a la primera un derecho de uso derivado de un Programa de Promoción Industrial, y no un derecho dominical*, habiendo revertido dicho derecho de uso finalmente a poder del Ayuntamiento.

No cabe aplicar el artículo 361 y sus consecuencias, si existe identidad entre edificante y dueño del suelo, en el momento de acometerse la edificación. Así, en el caso examinado por la *STS de 4 de junio de 1993,* el edificante pretende la aplicación del artículo 361 en su favor, por el hecho de haberse vendido en pública subasta, por error, el solar, sin incluir el valor de la edificación, *ya existente y levantada en su momento por quien era su dueño entonces*; el TS denegó la aplicación del artículo 361, aunque le concedió a aquél indemnización por enriquecimiento injusto de la adjudicataria.

Estos mismos hechos fueron los que concurrieron en la *STS de 8 de noviembre de 2000,* al haberse seguido juicio ejecutivo, en el que se desconocía por el ejecutante la existencia del edificio, de modo que se tasó el inmueble y se adjudicó en subasta a tercero como solar, sin edificio. Los propietarios que habían edificado, que fueron demandados por el nuevo propietario para la restitución de la posesión (reivindicatoria), reconvinieron contra dicha reivindicatoria de este último y alegaron la aplicación del artículo 361 del Código Civil, solicitando se les reconociera su derecho a adquirir el terreno, en ejercicio de la segunda opción del artículo 361 del Código Civil. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de declarar que no había propiamente un supuesto de accesión del artículo 361 del Código Civil, ni siquiera de forma sobrevenida, por el hecho de que coyunturalmente estuvieran en cierto modo separados los dominios de suelo y vuelo, acaba concediendo a los edificantes (antiguos propietarios) el derecho a quedarse con el terreno. Reproducimos las afirmaciones de la Sala:

> *«En cuanto a lo indicado en el apartado C), la detenida lectura de la sentencia impugnada permite llegar a la conclusión de que en el párrafo segundo de su Fundamento Jurídico Tercero se está resolviendo sobre el pedimento subsidiario de la reconvención, aunque expresamente nada se diga al respecto.* Y no puede haber duda de que el mismo es parcialmente acogido, pues se rechaza la existencia de la copropiedad, *que había establecido la sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico primero,* la cual facultaba a cualquiera de los comuneros a ejercitar la *actio communi dividendo. a)* Se permite adquirir a los reconvinientes la propiedad del solar, pero no a cambio del abono de gastos, como pretendían, sino previo pago del precio de tasación al valor real de mercado estimado al momento de efectuar la transmisión. *b) Cobran sentido, con esta interpretación, las declaraciones de la sentencia de la Audiencia acerca de la estimación parcial del recurso de apelación y no imposición de costas de ambas instancias.*
>
> Es incuestionable que la construcción realizada por los demandados en un solar que ya era de su propiedad determinó la integración del edificio en el patrimonio de aquellos, en virtud de lo que se ha llamado fuerza expansiva del dominio. Pero este efecto se produjo con evidente anterioridad al embargo del solar *en juicio ejecutivo seguido contra el matrimonio H. L.*
>
> En tal contexto, no puede pretenderse que como consecuencia de la posterior adjudicación del solar a terceros se produzca un extraño efecto retroactivo de accesión invertida, *modo de adquirir que solamente se admite de forma excepcional por la Jurisprudencia, cuando debido a una extralimitación en cualquier construcción*

> *se invade de buena fe suelo de ajena pertenencia. Esto no ha sucedido en el caso de autos, pues la obra se levantó por los propios demandados dentro del perímetro de su solar. Sin haber rebasado en medida alguna los límites del mismo».*

A nuestro juicio, el hecho de que el actor (nuevo adquirente de la finca en subasta) no hubiera ejercitado la primera de las opciones del artículo 361 del Código Civil, y se hubiera limitado a ejercitar una reivindicatoria, no da automáticamente derecho al edificante reconviniente a adquirir la propiedad del terreno. Lo lógico hubiera sido no estimar la reconvención, y aplicar la pretensión subsidiaria del *dominus soli* de ejercitar su derecho de adquirir la edificación pagando su valor, tal como constaba en la demanda, pero no estimar la reconvención y conceder al edificante, aun siendo de buena fe, la facultad de adquirir el terreno. A lo sumo, el derecho de este último debería haberse concretado, no en un derecho a optar por adquirir la propiedad, sino un derecho de crédito por enriquecimiento injustificado del actual *dominus soli*, al haber adquirido en subasta una finca como solar, sin tener en consideración el valor de lo construido. Máxime teniendo en cuenta que, como dice la propia sentencia, no estamos ante un supuesto de accesión sobrevenido (se habla por error de «accesión invertida»), esto es, no hay dualidad alguna de propiedades sobre vuelo y suelo, hipotéticamente sobrevenida tras el embargo y adjudicación de la finca a tercero, sino de propiedad originariamente única, y por tanto, de reconocimiento, a lo sumo, de un derecho a indemnización al antiguo propietario por el valor de lo edificado.

Dicho de otro modo, *cuando es el mismo propietario el que construye en suelo propio, y luego un tercero pasa a adquirir la propiedad sobre el terreno*, sin que en su precio de adquisición se haya tenido en cuenta el valor de lo edificado, *no se produce una disgregación sobrevenida de las propiedades sobre suelo y vuelo, que nunca existió con anterioridad*, por cuanto no hay base legal para mantener esa tesis. Simplemente, el que adquiere el terreno de forma legal, adquiere todo lo que antes era del antiguo propietario y edificante, como efecto o consecuencia general de la transmisión derivativa realizada a través de una venta (forzosa) perfectamente legal, que le permite adquirir todo lo que se hallaba sobre el terreno indisolublemente unido al mismo. Ahora bien, si dicho tercer adquirente hubiera pagado un precio por ese terreno sin tener en cuenta lo edificado, se habría producido a su favor un enriquecimiento sin causa, a costa de quien había construido el edificio, que debe ser resarcido convenientemente.

Por otro lado, en fecha reciente, la *STS de 27 de enero de 2011* analiza el supuesto de donación de inmueble con cláusula de reversión, otorgada en 1945 por el Ayuntamiento de Palencia a favor de la Asociación Colegio de Huérfanos Ferroviarios, para que construya un colegio en dichos terrenos. La donataria lo construye por sus propios medios, pero años después, en 1983, lo desafecta a ese fin, motivo por el cual el Ayuntamiento acaba ejercitando su facultad de reversión, a lo que la donatoria opone la aplicación del artículo 361 del Código

Civil y su derecho a que se le indemnice el valor del edificio en su momento levantado. El Tribunal Supremo, con buen criterio, considera que el artículo 361 del Código Civil no es aplicable, ya que, en el momento de construir, la edificante era la misma propietaria, aun cuando años después deje de serlo, por entrar en vigor la cláusula de reversión, con retorno de la propiedad al Ayuntamiento (en la escritura de donación no se preveía de forma expresa el destino de posibles accesiones o construcciones, en caso de hacerse efectiva la reversión, no obstante lo cual la Sala entendió que implícitamente la reversión era gratuita, sin derecho a reclamar nada por lo edificado).

Excepcionalmente, la *STS de 9 de julio de 1988* admite la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil (en el caso, la aplicación del art. 362 del CC, por declarar que el edificante obró de mala fe) no ya a un supuesto de construcción sobre propiedad ajena, sino de *construcción en suelo propio con vulneración del derecho de vuelo de titularidad ajena* (del colindante), *por parte del propio dominus soli* (y titular a la vez de la edificación sita en la planta baja).

2.3.2. *Edificante no dueño que construye con materiales propios*

Es igualmente imprescindible para la aplicación del artículo 361 del Código Civil que quien alegue que es constructor de buena fe acredite haber realizado la obra.

A este respecto, *se puede plantear algún problema de identificación del sujeto edificante o plantador*, por ejemplo, cuando en la actividad constructiva se ha interpuesto alguna persona jurídica. Así la *STS de 31 de octubre de 1985* deniega la petición de indemnización a una sociedad mercantil dedicada a la construcción, cuando resulta que la misma sólo había aportado algunos materiales, y quien hizo la construcción fue el conviviente de la propietaria, habiendo establecido en ese nuevo edificio su vivienda común, por lo que consideró que no fue técnicamente la sociedad la constructora, sino el compañero o conviviente de la dueña. La sentencia da a entender implícitamente que en realidad la obra se hizo por la misma propietaria, o por ésta y su compañero sentimental, con lo que faltaría este presupuesto de aplicación del artículo 361 del Código Civil (el supuesto debería entrar en su caso dentro del ámbito del art. 360 CC).

En cambio, la *STS de 12 de febrero de 2002* aclara que *es tercero, y no propietario, el yerno de la propietaria, que construyó en terreno de ésta*, considerándolo además como edificante de buena fe. La esposa del edificante acabó heredando la finca en la que se había construido la edificación, con posterioridad a la misma. No consta en el caso si hubo algún tipo de autorización, o de vínculo jurídico entre *dominus soli* y su yerno, para edificar, ya que bien podría ser un supuesto de edificación por parte del propietario mismo, sólo que sirviéndose de un tercero para ello, en este caso su propio yerno, marido de su hija.

Respecto de las *situaciones en que el edificante es a la vez condueño del terreno*, véase el Apartado 2.7 de este trabajo.

En relación a este último tema, recientemente, la *STS de 21 de septiembre de 2011* ha venido a declarar inaplicable el artículo 361 del Código Civil y sus efectos a un caso en el que los condueños de suelo y edificio deciden, por el estado ruinoso de este último, derribarlo y construir otro nuevo, pactando asignar a cada propietario en el edificio construido el mismo piso y letra que tenían en el antiguo. Aunque en dicho pacto no intervinieron dos copropietarios, estos no impugnaron el acuerdo: La demanda se planteó por los actores (varios copropietarios contra otros de ellos) en ejercicio del artículo 361 del Código Civil, negando el Tribunal Supremo que fuese posible en tales casos el ejercicio de dicho precepto legal, por faltar el presupuesto de la ajenidad, al ser propietarios y edificantes los mismos sujetos.

2.3.3. *Realización de una edificación (plantación o siembra)*

La jurisprudencia ha seguido un criterio muy amplio y flexible a la hora de delimitar qué son *edificaciones* a los efectos del artículo 361 del Código Civil (vid. *STS de 25 de noviembre de 1985*). No obstante, la *STS de 28 de abril de 1980* parece seguir un criterio algo más restrictivo, pues sólo admite las construcciones elementales levantadas para atender a futuras obras, y excluye los montones de tierra colocados en la finca y los postes para conducción de fluido eléctrico.

Tampoco es edificación, para la *STS de 14 de octubre de 2002,* la construcción de un muro de hormigón para separación de dos fincas, aunque levantado en la propiedad de una de ellas.

Del mismo modo, la *STS de 31 de enero de 1996* excluye del término *obras* o *edificaciones* a *la operación de simple asfaltado de parte de un terreno* (que resultaba era de dominio público): Las afirmaciones recogidas en dicha sentencia son especialmente relevantes, y por eso las transcribimos:

> *«Fundado el recurso que nos ocupa en dos motivos, el primero de ellos, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 361 del Código Civil, alegando que, de acuerdo con dicho precepto, debió la Sala sentenciadora condenar a los demandados al abono de la indemnización al Estado del valor del terreno de autos, motivo que no puede ser estimado, toda vez que, como consta probado, los demandados no incorporaron el terreno mencionado a su urbanización, por lo que no se produjo una accesión del mismo a las fincas de estos últimos, quedando el aludido terreno en posesión y propiedad del Estado y destinado a la finalidad que ostentaba anteriormente, es decir, la de vial de uso público.* Y si a ello se une la consideración de que la operación de simple asfaltado del indicado vial *no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni*

> *posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo,* obvio es que no se produce la obligación de indemnizar el valor de un terreno cuya situación jurídica no ha variado en favor de los demandados, por todo lo cual procede la desestimación de este primer motivo».

La afirmación relativa a la inaplicación del artículo 361 del Código Civil parece razonable, aunque no su conclusión final (improcedencia del pago del valor del asfaltado a quien lo hizo de buena fe), por cuanto se habrá producido un evidente enriquecimiento injustificado, no pudiendo olvidarse que los artículos 361 y siguientes del Código Civil amparan igualmente a quien hizo mejoras o reformas en cosa ajena de buena fe, otorgándole como mínimo el derecho a ser resarcido por ello, incluso sobre terrenos de titularidad pública, como en este caso.

La *STS de 22 de marzo de 1996,* en sentido similar, y *respecto de obras de adaptación o acondicionamiento, y de cerramiento de finca*, afirma (en relación a un caso de construcciones extralimitadas):

> «No pueden calificarse como construcción en el sentido dicho las obras de adaptación llevadas a cabo por los recurrentes en el terreno reivindicado *para dedicarlo a platanera y en cuanto al cerramiento de la finca, se trata de una construcción accesoria por esa finalidad de delimitación del predio».*

Como puede suponerse, en los dos anteriores supuestos, no siendo obras de construcción o edificación propiamente dichas, ni siendo tampoco catalogables como plantaciones ni siembras, *deben ser calificadas como obras de «mejora»*, y por tanto seguirían el régimen jurídico propio de las mismas, y ya expuesto con anterioridad lo que conlleva que no se plantee una cuestión de dominio dividido de carácter temporal, sino sólo el derecho a que se le abone la mejora realizada a quien lo hizo de buena fe, para evitar enriquecimientos injustificados.

A estos efectos, remitimos al Apartado 2.1 de este trabajo, sobre obras de «mejora», y su tratamiento diferenciado respecto de nuevas edificaciones.

Finalmente, según nuestra doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha, *en principio, es indiferente para aplicar los efectos del artículo 361 del Código Civil, que la construcción sea o no de utilidad actual o futura para el* dominus soli *que ejerza la opción* (vid. *SAP de Soria, de 21 de noviembre de 1997).*

Doctrinalmente, sin embargo, se ha planteado la cuestión de las opciones que tendría el *dominus soli* en caso de que el edificante, aun de buena fe, haya realizado una obra que no tenga ninguna o muy escasa utilidad para el propietario, y éste se niegue a pagar su valor, y por supuesto, no tenga la más mínima intención de deshacerse de su terreno. Algunos autores[6] proponen para estas

[6] Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 8, pág. 2525; y Moll de Miguel, *CCJC,* núm. 42, págs. 897-898.

situaciones que el *dominus* pueda ejercer la facultad de restitución al estado originario, sin indemnización, por considerar que en realidad ha existido un supuesto de lesión de un derecho dominical. Tal posibilidad resulta muy discutible, habida cuenta las dos alternativas que el artículo 361 del Código Civil concede al *dominus soli*, de modo que, no siéndole satisfactoria la opción de quedarse con una edificación que lo interesa, siempre puede recurrir a la segunda alternativa y obtener el valor económico del terreno ocupado por la edificación, pudiendo en tal caso ser resarcido adecuadamente de la hipotética lesión.

2.3.4. *Unión indisoluble de los materiales al suelo, y preservación, en mejor o peor estado, de dicha construcción en el momento en que el* dominus *pretende la recuperación del inmueble*

La doctrina está conforme en que debe haber una unión indisoluble de lo construido al suelo sobre el que se proyecta, de modo que *quedarían excluidas las construcciones prefabricadas susceptibles de ulterior desmontaje*, *o cualquier elemento constructivo que pudiera separarse sin detrimento del suelo o del resto del edificio*. De todos modos, no cabe citar ninguna sentencia donde esta cuestión se haya planteado hasta la fecha.

Por otro lado, en cuanto a la preservación de lo edificado en el momento en que el *dominus soli* ejercita la facultad de recuperar el inmueble *ex* artículo 361 del Código Civil, su exigencia viene constatada, por ejemplo, en la *STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1992,* en un caso en el que habían transcurrido más de veinte años desde la construcción y se reclamaba por uno de los edificantes (antiguo yerno de los propietarios) el derecho a una indemnización del valor de lo edificado, lo que fue concedido por el Tribunal. El problema de fondo en tales casos en que existe una separación temporal considerable entre el momento de la construcción y el del ejercicio de las acciones judiciales de reclamación, no es otro que el de la determinación de la suma que ha de abonarse por el *dominus soli*. A tal efecto, remitimos al apartado 2.4 de este trabajo.

2.3.5. *La buena fe del constructor*

La determinación de la expresión «buena fe» en su aplicación a la accesión, constituye uno de los grandes problemas que presenta la institución. En sus conexiones con las reglas de la posesión, la buena fe del artículo 361 del Código Civil debería identificarse con el desconocimiento o ignorancia acerca de la propiedad del terreno, esto es, con la creencia equivocada de que se construye en terreno propio, o a lo sumo, de que se construye o edifica creyendo equivocadamente que se tiene un derecho (normalmente, de naturaleza real,

v.gr., superficie) que le faculta para hacerlo. Esta concepción llevaría además a excluir, casi de manera automática, como casos de edificación de buena fe, a todos aquellos en que el edificante sepa con certeza que no es dueño, pero se haya constituido un vínculo contractual o de tolerancia con el *dominus soli*.

Sin embargo, la práctica nos demuestra que de hecho se sigue una concepción amplia de la buena fe a los efectos de la accesión, y que la misma no necesariamente coincide con la idea de buena fe que preside la regulación legal de la posesión.

a) Alcance de la exigencia legal de buena fe: Concepto de buena fe

Sobre la concepción que de la «buena fe» han seguido nuestros Tribunales, podemos anticipar que se ha declarado la buena fe del edificante o constructor, en algunos de los siguientes casos:

- *a)* Ignorancia de que el edificante tenía un titulo posesorio viciado (siempre que ese título posesorio le legitimara para edificar).
- *b)* Ignorancia de que el edificante carecía de título posesorio (título putativo).
- *c)* No es descartable en la práctica que la buena fe alcance a los casos de edificante que, sin tener derecho a poseer el terreno, y estando seguro de que otro es dueño del terreno, cree —con o sin error por su parte— que estaba autorizado para edificar en el mismo, con facultad de hacerlo y de obtener un precio por ello (constructor de buena fe, sin una regulación contractual específica).

Dicho de otro modo, somos partidarios de que el error no sea siempre un presupuesto esencial y necesario de todos los posibles casos de buena fe en la accesión, de modo que la buena fe a efectos de accesión no es equiparable a la buena fe a efectos de posesión o de liquidación de los estados posesorios (art. 451 y sigs. CC). Por tanto, no habría una remisión del artículo 361 del Código Civil al artículo 433 del Código Civil, sobre buena fe en la posesión, aunque sí lógicamente en cuanto a la presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil. Es más, del examen de la jurisprudencia, cabe concluir que tampoco se rompe tal presunción de buena fe por el hecho de que haya habido pacto o autorización para construir por parte del *dominus soli*.

La *STS de 31 de diciembre de 1987* nos da una primera vía de entender la buena fe del constructor:

> *«Que en análogo sentido se oriente la doctrina jurisprudencial de esta Sala recaída en torno a citados preceptos, al declarar: A) Que acto de edificar en terreno ajeno puede revertir las siguientes modalidades: a)* con plena conciencia por parte

> del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, *en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, si este no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor, siguiendo, por tanto, el principio* superficie solo cedit *(arts. 362 y 363 del CC); b)* en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho *y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor de ésta decide a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada (art. 361, relacionado con el 453 y 454 del propio Cuerpo Legal) —sentencia de 17 de junio de 1961—».*

Según esta primera sentencia, la buena fe del artículo 361, por tanto, es considerada, no como ignorancia o creencia equivocada de que se era dueño del suelo, sino como convencimiento o creencia de que se tiene un derecho o un título idóneo para edificar o plantar. En esta misma dirección de considerar la buena fe como *«la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho»*, la *SSTS de 7 de junio de 1971.*

En la *STS de 30 de enero de 2007* se señala, respecto de la buena fe del edificante:

> *«...No puede negarse la buena fe del demandante al efectuar la construcción por el hecho de que su padre... le hiciera la donación del terreno sin cumplir con los requisitos formales* ad solemnitatem *que se establecen en el artículo 633 del Código Civil...».*

Como puede comprobarse, *esta sentencia admite la buena fe del constructor, en un caso de error de derecho por parte del edificante sobre la existencia de su título*, es decir, estamos ante un caso de título putativo, basado además en un creencia equivocada de que su título era válido, cuando era inválido *ex* artículo 633 del Código Civil, y a pesar de todo el juzgador lo declara como edificante de buena fe. En suma, el Tribunal atribuye determinados efectos jurídicos, en concreto el permitir declarar al edificante como de buena fe, a pesar de su error (inexcusable) sobre el conocimiento del derecho aplicable a la donación de bienes inmuebles.

Un ejemplo de sentencia que *desarrolla más ampliamente el concepto de buena fe en el artículo 361 del Código Civil, para diferenciarlo de la buena fe en la posesión*, *e incluir supuestos de autorización para edificar*, es la *STS de 11 de junio de 1985,* que afirma, en relación a la edificación levantada por un concesionario en terrenos de propiedad del Estado:

> *«Que* el reconocimiento del indicado derecho del particular concesionario*, con la cobertura genérica referida, tiene su fundamento concreto en el artículo 361 del Código Civil, a cuyo tenor "el dueño del terreno en que se edificare... de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra... previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terre-*

> *no...”; precepto, debidamente aplicado por la sentencia recurrida, habida cuenta la vía civil utilizada que afecta al Estado, no sólo en cuanto a la acción y sus consecuencias, sino también por lo que respecta a las circunstancias que delimitan su actuación, en su condición de dueño del terreno, que consiguientemente habrá de utilizar la opción que la ley le concede, entre quedarse con la fábrica pagando la indemnización correspondiente con el consiguiente derecho de retención del artículo 453, u obligar al que la hizo a que pague el precio del terreno, sin que sea cuestionable la buena fe, a causa de la concesión que llevaba consigo la autorización expresa para efectuar la construcción. Pronunciamiento que ha quedado incólume en casación, pues el recurso interpuesto por la representación del Estado, sin ni siquiera mencionar el artículo 361, se limita, en los motivos tercero y cuarto, utilizando la vía del número uno del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento,* a denunciar respectivamente, violación del artículo 437, junto con la doctrina legal que cita y aplicación indebida de los artículos 453 y 454, todos del Código; lo que implica un planteamiento equivocado que conduce a su desestimación, porque está referido sólo a la posición *(sic), sosteniendo que, en este caso, no podía aplicarse al terreno discutido al no ser “apropiable”, confundiendo la susceptibilidad de ejercitar “de hecho” la posesión* y el concepto o “título” con el que se efectúa e insistiendo en que se trata de un simple precario o detentación, conceptos que aquí no intervienen para nada, como consecuencia de la *concesión,* atributiva de aquel hecho posesorio indiscutible y del significado del artículo 361, donde no se valora la clase de posesión, índice de estar o tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe, como simple “estado de conocimiento”, característico de los derechos reales *(ignorancia o creencia de los arts. 433 y 1950 del Código),* aplicado en los artículos 453 y 454, no obstante la remisión que a ellos hace el 361, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquellos contienen».

En sentido contrario a la citada sentencia, parece estar la STS de 14 de junio de 1976, en donde, tras declarar la buena fe del artículo 361 (por no haberse pedido la declaración de mala fe por la parte afectada), se aplican las reglas de la posesión de buena fe (arts. 451 y sigs.).

Además del supuesto anterior, el Tribunal Supremo ha apreciado buena fe del constructor con base en las siguientes situaciones o argumentaciones:

1. El edificante *fue autorizado* a posteriori, *después de la celebración del contrato con el* dominus, *o simplemente fue consentida la obra por el dueño*, *aun a sabiendas —el constructor— de que no era propietario del inmueble*: Así, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 1996,* o la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de marzo de 1993,* en donde el dueño había colaborado material y económicamente en la construcción, siendo el constructor su hijo.
2. La *STS de 17 de febrero de 1992* deduce la buena fe del constructor en terreno ajeno, no de su conocimiento o ignorancia, sino *del hecho*

objetivo de existir una doble inmatriculación de la misma finca, y de la consiguiente confusión generada por la identificación de las fincas adquiridas.

3. También la *STS de 19 de diciembre de 1988* considera como edificante de buena fe a los efectos del artículo 361 del Código Civil *al arquitecto y constructor de un edificio, que lo hizo por encargo de los propietarios del suelo*, aun cuando construyó además un local en el patio del edificio que en principio excedía los límites del encargo. La sentencia lo declara de buena fe, a pesar de conocer perfectamente que no era dueño del suelo, y de no haberse acreditado de manera fehaciente el encargo sobre el local construido.
4. La *STS de 17 de febrero de 1992* consideró que no había mala fe en el edificante, ya que concurría *un supuesto de doble inmatriculación de la finca*, estando inscrita en el Registro, en una de sus inscripciones, el derecho de propiedad del edificante, quien fue finalmente vencido en juicio de reivindicación por parte del verdadero *dominus soli* (propietario con título inscrito de fecha más antigua). Aquí no existe ignorancia o desconocimiento del propio derecho, sino *desconocimiento presunto de la existencia de un defecto en el funcionamiento del Registro de la Propiedad*.
5. En cambio, la *STS de 15 de junio de 2004* consideró que actuó de buena fe el edificante por el hecho de que *había construido un estanque en un momento en el que los dos litigantes discutían sobre la propiedad de sus respectivos terrenos colindantes*, y antes incluso de que se hubiera iniciado procedimiento judicial de deslinde, previo a su vez al ejercicio de la acción reivindicatoria y de declaración de constructor de mala fe por parte de quien resultó ser finalmente propietario de la zona en el juicio de deslinde. Dicho de otro modo, *se excluye la mala fe del edificante en casos en que la obra se efectúa en un momento de incertidumbre sobre los límites físicos de sus respectivas propiedades, y no sobre sus derechos o títulos, con independencia de su mayor o menor diligencia.*

A pesar de las últimas sentencias citadas, en las que no parece tenerse en consideración la conducta más o menos diligente del constructor, para determinar su buena fe, *no podemos asegurar que la jurisprudencia excluya una idea o concepción de la buena fe, entendida en su sentido ético o de conducta adoptada por el edificante*.

Así, *a favor de adicionar a la buena fe del artículo 361 del Código Civil un componente de diligencia exigible al constructor o edificante*, cabe citar, por ejemplo, la *STS de 19 de abril de 2005,* en un juicio de tercería de dominio con reconvención por parte de la AEAT, en el que se niega la aplicación del

artículo 361 del Código Civil por falta de buena fe del tercerista, debido a que la compraventa del terreno sobre el que luego se construyó por la sociedad adquirente, se rescinde por fraude de acreedores: la adquisición y posterior construcción, según se señala, *fue de mala fe, con el propósito de eludir el pago de una deuda tributaria*. Como puede comprobarse, se vislumbra en dicha sentencia un cierto criterio ético en la determinación de la buena o mala fe del constructor (en el caso, además, se pretendía una indemnización por la construcción de la nave construida, frente a la AEAT, que había embargado el bien inmueble, pero no era la propietaria del terreno, por cuanto aún no había concluido el procedimiento ejecutivo, por lo que era razonable la desestimación de esa pretensión).

En general, la idea de buena fe entendida en su sentido ético, puede considerarse utilizada por nuestros Tribunales especialmente en todos aquellos casos en que declaró la mala fe del edificante porque hubo oposición tempestiva del dueño del suelo a la actividad constructiva. A título de ejemplo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, cabe citar la *STS de 27 de enero de 2000,* que consideró que *hubo mala fe por parte de los constructores, ya que hubo constante oposición del dueño del suelo* desde el inicio de las obras, dueño que primero requirió notarialmente la paralización de las obras, luego inició un interdicto de obra nueva, que no prosperó, y a continuación una demanda de deslinde, en la cual los propios edificantes introdujeron factores de confusión en la fijación del lindero común; todo ello antes de interponerse finalmente demanda declarativa de dominio, de la que deriva esta sentencia; a pesar de esa conducta reiterada del *dominus soli*, los constructores decidieron continuar con la obra hasta su conclusión.

Frente a lo anterior, la *STS de 29 de abril de 1986,* en un caso de construcción de un torreón en terreno ajeno de propiedad particular (que previamente lo había adquirido en subasta de manos del Estado), que había sido edificado por parte de otro Departamento distinto del propio Estado, consideró a éste como edificante de buena fe, a pesar de haberse constatado una evidente descoordinación entre organismos estatales. En concreto, se afirma por la sentencia:

> *«…Como quiera que la sentencia recurrida, en la valoración de la prueba, ha estimado la buena fe por parte del Estado, no debe entrar este Tribunal de casación a emitir juicio acerca de tal extremo habida cuenta de los términos en los que está formulado el motivo único del recurso al amparo del número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por más que de lo actuado existan elementos suficientes para apreciar esa buena fe, según ha hecho acertadamente la Sala sentenciadora de instancia al "aceptar totalmente el segundo Considerando de la resolución apelada, en el que se analiza la existencia de buena fe por el Estado"; resolución apelada en la que el juzgador de instancia, a su vez,* había razonado atinadamente que el hecho recogido en Autos, relativo a la reconstrucción de un Torreón por un Departamento administrativo después de haber sido enajenado por otro en subasta pública, "es fruto de la lamentable y tradicional

> descoordinación de la Administración Pública española, sin que sea verosímil una improbada finalidad torticera…"».

Como puede comprobarse, la sentencia no valora la conducta poco diligente del edificante (Estado), y lo declara finalmente de buena fe, a pesar de la grave descoordinación interna entre sus distintos Departamentos (en el caso, además, constaba la mala fe del *dominus soli*, que permitió que siguieran las obras hasta su conclusión, sin adoptar medidas de oposición a la misma).

En cuanto al *momento de apreciación de la buena fe,* se considera como tal *el del momento de la construcción o plantación*, *STS de 27 de noviembre de 1984, STS de 30 de enero de 2007, sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 18 de abril de 1996; sentencia del TSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 1993.*

En principio, de dichas sentencias se colige la irrelevancia del conocimiento posterior por el constructor de su falta de apoyo jurídico para construir, en cuanto que la jurisprudencia no ha efectuado distinciones a pesar de haberse dado algún cambio durante la fase misma de edificación o plantación. Véase al respecto la citada *SAP de Cantabria, de 18 de abril de 1996.* La cuestión, sin embargo, *resulta discutible*, *cuando menos en aquellas ocasiones en que el periodo de edificación puede durar bastante tiempo*.

b) Valor jurídico de la oposición del *dominus soli*

Del mismo modo, debe examinarse la relevancia de la oposición u objeción realizada por el propietario del terreno para calificar la buena o mala fe del edificante.

La doctrina discute si la oposición del *dominus* es o no un componente de la buena fe, o se trata de un factor autónomo que tiene incidencia en la aplicación de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil y en el derecho o no a la indemnización del edificante. Partidario de considerarla como un presupuesto autónomo, se muestra Carrasco Perera[7], siguiendo seguramente el criterio de algunos ordenamientos jurídicos europeos, en materia de accesión invertida.

Desde la óptica jurisprudencial, la *STS de 14 de marzo de 2001,* aunque referido a un supuesto de accesión invertida, aclara, en relación al valor de la oposición del *dominus soli:*

> *«El motivo está dirigido a combatir que exista buena fe en los ocupantes de la finca registral..., que adquirieron la..., totalmente distinta, pero el argumento que emplea para ello no es correcto, pues* no basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios

[7] Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 8, pág. 2523.

> circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica. *Nada de esto se observa en este pleito, más que la accidentada historia en el Registro de la Propiedad de ambas fincas».*

Aunque no es recomendable la simple traslación sin más de los criterios jurisprudenciales sobre accesión invertida al ámbito de la accesión inmobiliaria general, la antes citada sentencia marca alguna pauta que creemos que debe tenerse en cuenta en la aplicación de los artículos 361-364 del Código Civil, dado que, en general, un sujeto que construye creyendo que es dueño o que tiene derecho a edificar, no cambia subjetivamente su parecer por el simple hecho de que un tercero le comunique un hipotético derecho dominical sobre el terreno.

De bastante interés es la afirmación contenida en la *STS de 19 de diciembre de 1988,* la cual *parece concebir la oposición o no oposición del* dominus soli *como un dato relevante a la hora de determinar si hay o no mala fe de este último sujeto*, a efectos de la aplicación del artículo 364 del Código Civil, *antes que como un requisito o componente de la buena fe del edificante exigida por el artículo 361 del Código Civil, o como una exigencia adicional a esa buena fe.* Dicha sentencia afirma:

> *«La Comunidad actora impugna la sentencia por la vía del número 4 del artículo 1692, alegando error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos obrantes a cuyo efecto señala el documento privado de 20 de mayo de 1980, del que dice desprenderse que la Comunidad de Propietarios no pudo constituirse hasta mayo de 1980, aunque la escritura de propiedad horizontal se otorgara en 1977. Tal razonamiento no permite la estimación del motivo, porque los documentos aportados no destruyen la presunción de buena fe de los constructores hecha por la sentencia de instancia. La buena fe es cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala —STS 12-III-63, 5-VI-81, 23-III-88—, y* desde luego no se desvirtúa por el dato de que los constructores conocieran que el edificio ya era ajeno, ni por no haber demostrado que construían por encargo comunitario. *Del propio modo, ha de afirmarse que* ninguna relación con la buena fe de los constructores tiene que la comunidad como tal no hubiera podido oponerse a la construcción, porque ello sólo afectaría a su mala fe, *a la que sólo, a mayor abundamiento, acude la sentencia de instancia, que tras resolver el caso declarando la buena fe de ambas partes litigantes, afirma a idéntica conclusión se llegaría partiendo (no firmando) de la hipótesis de que ambas partes actuaron de mala fe. En cualquier caso, aún sin funcionar la Comunidad de Propietarios,* estaba ya constituida porque ya se había otorgado la escritura de división horizontal, ya existían los distintos dueños de pisos singulares y condueños de todos los elementos comunes y ellos pudieron evitar la transformación del patio común en local cerrado».

A nuestro juicio, la existencia o inexistencia de actos de oposición tempestiva por parte del *dominus soli*, no necesariamente condiciona de manera directa la buena o mala fe del edificante, del mismo modo que sucede respecto del po-

seedor de buena fe en general, en cuanto que la oposición del presunto dueño no siempre supone un cambio en el concepto posesorio. En buena medida, el planteamiento de la cuestión de si es un presupuesto autónomo o si es un elemento inherente a la exigencia legal de la buena fe, resulta una disputa artificial y poco relevante a efectos prácticos, debiendo tenerse en cuenta además que se trata de una cuestión que tiene su origen, en realidad, en la doctrina de la accesión invertida, y en aquellos Derechos europeos que, en esta última figura, distinguen netamente entre buena fe entendida como ignorancia del defecto en el título del que construye y no oposición (tempestiva) del dueño.

Por el contrario, *consideramos bastante más relevante la existencia o no de oposición del dueño a los efectos de determinar si hubo o no buena fe por su parte —que no por parte del edificante—, al objeto de aplicarle o no el artículo 364 del Código Civil*. Es decir, que siendo factible la oposición del *dominus soli*, y en un tiempo razonable, a la edificación que se estaba levantando, el no hacerlo —o hacerlo cuando ya el edificio está concluido o a punto de estarlo—, debe determinar como regla la declaración de la mala fe del dueño del terreno. En caso de que esa oposición no se haya producido, por imposibilidad del *dominus* de hacerlo, se podría admitir su buena fe, aunque debe reconocerse que no serán muchos los casos en que se dé esa imposibilidad, fuera de aquellas obras que sean de poca entidad y escasa duración temporal.

Lo anterior nos lleva al ámbito del artículo 364 del Código Civil, y a la determinación precisa de cuándo hay *mala fe del dominus soli*, y de si en la misma tiene o no relevancia especial la diligencia del *dominus,* al fin de aplicar las consecuencias de dicho precepto legal, para lo cual remitimos al apartado 4 de este trabajo.

2.3.6. *El ejercicio por el* dominus soli *de la opción legal de la adquisición de la edificación. Situación jurídica previa al ejercicio de la opción*

1. El efecto típico reconocido por buena parte de la doctrina en el artículo 361 del Código Civil, es *una disociación temporal de suelo y edificación*, de modo que *coexisten dos titularidades dominicales sobre uno y otro elemento*, si bien sobre lo edificado sólo existe *una propiedad temporal, mientras no se ejercite por el* dominus soli *la opción de adquirir lo edificado*.
2. *No es correcto sostener que el edificante de buena fe ostenta un «derecho de retención» legal sobre el conjunto formado por suelo y vuelo*, sobre el suelo ocupado por la edificación, como resulta posible hallar en alguna sentencia. En realidad, no es necesario recurrir a esa figura, por cuanto el constructor de buena fe ya es poseedor del terreno con derecho a poseer, al estar indisolublemente unido a la edificación, y

> no puede ser considerado un simple servidor de la posesión. Por lo demás, entendemos que la retención no está explícita ni implícitamente reconocida en el artículo 361 del Código Civil, ya que en dicha norma, la remisión a los artículos 453 y 454 del Código Civil lo es a los solos efectos de concretar la cuantía de lo que ha de pagarse al edificante de buena fe, pero no al resto de facultades concedidas al poseedor de buena fe. A nuestro juicio, también el *dominus soli* conserva un *ius possidendi* sobre el terreno de su propiedad, incluso sobre la parte construida, de modo que no necesita autorización del edificante para hacer cualesquiera actuaciones que la situación permita al propietario del suelo, en tanto no perturbe el propio *ius possidendi* del edificante de buena fe sobre lo construido.

La facultad de elección entre quedarse con lo edificado abonando su valor u obligar al edificante a que le pague el terreno, *corresponde sólo al dueño del suelo, y no al edificante.*

La elección de una u otra opción debe ejercitarse de forma clara y rotunda, no pudiendo estimarse una demanda de reivindicación del *dominus soli* sobre lo edificado, si antes no ha ejercitado la opción correspondiente, ni tampoco cabe permitir al edificante reclamar como demandante el abono del valor de lo edificado o la entrega del terreno, si antes no ha optado el dueño por una u otra opción.

No obstante lo anterior, *cabe la posibilidad de que la opción se haya ejercitado ya por el dominus de forma tácita, antes o con la interposición misma de la correspondiente demanda*. Así, la *STS de 25 de noviembre de 1985* permite estimar la demanda presentada por el edificante de buena fe reclamando el valor de lo construido, a pesar de la oposición del *dominus soli* demandado, cuando resultaba que este último, *en un acto de conciliación previamente celebrado*, *había exigido al primero el desalojo de la vivienda construida*, lo que, *a juicio del Tribunal Supremo, implicaba que ya se había ejercitado implícitamente por el dueño la opción de quedarse lo edificado*, por lo que no estaba justificada la oposición a la demanda presentada de contrario.

Aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado explícitamente sobre ello, entendemos que la facultad de opción del artículo 361 del Código Civil es una *facultad inherente al dominio*, por lo que sería *imprescriptible* (la facultad de acceder como tal). No obstante, en cada caso concreto, una vez surgido el conflicto de intereses por la construcción en suelo ajeno, debería haber un plazo prescriptivo para ejercitar la opción, pudiendo producirse a partir de entonces la usucapión por parte del edificante (sea de buena o de mala fe), si el propietario no interrumpe el plazo prescriptivo: aquí la duda siempre será si la usucapión sería sólo del terreno sobre que se asienta el edificio o el solar en su totalidad (todo dependerá de la forma de posesión), o de si se hace a título de propietario

(de suelo y vuelo) o de superficiario (sólo vuelo, reconociendo el dominio ajeno sobre el suelo). Habrá que examinar cada caso en concreto.

Por otro lado, el edificante de buena fe, en el tiempo anterior al ejercicio de la opción por parte del dueño del suelo, podrá, como dueño temporal de lo edificado, ejercitar acciones de reivindicación y declarativas de dominio respecto del edificio. Ahora bien, respecto del suelo ocupado, no podrá ejercitar técnicamente una acción propiamente reivindicatoria frente a tercero que le hubiera perturbado o le hubiera despojado del mismo. No obstante, sí está a su alcance el ejercicio de acciones posesorias o incluso de la acción publiciana, en la medida en que, mientras no se ejercite la opción por el *dominus soli*, con las condiciones señaladas más arriba, el edificante ostenta sobre el terreno de propiedad ajena sobre el que ha construido la condición de poseedor, con mejor derecho seguramente que cualquier otro, al tener la expectativa legal de convertirse en dueño, si el *dominus soli* le obliga en el futuro a adquirir el terreno.

Excepcionalmente, la *STS de 11 de junio de 1985 excluye la facultad de opción prevista en el artículo 361 del Código Civil cuando se trata de terreno de dominio público* (en este caso, marítimo-terrestre), sobre el cual un concesionario había construido de buena fe muchos años antes unas edificaciones dedicadas a industria conservera: el TS considera que *el Estado sólo puede ejercitar su facultad de quedarse con lo edificado pagando su precio*, no siendo posible la vía de obligar al edificante a quedarse con el terreno, por ser *res extracommercium*, en cuanto bien de dominio público.

2.3.7. *El abono del valor de lo edificado como condición necesaria para la adquisición*

Tampoco son muchas las resoluciones judiciales que manifiestan de manera explícita y contundente la necesidad de este presupuesto adicional, pero parece implícita en muchas de ellas. Por ejemplo, se halla en todas aquellas sentencias que niegan la procedencia de una acción reivindicatoria por parte del *dominus soli* cuando éste sólo reclama la restitución de su finca, con todas sus incorporaciones, pero no ha ejercitado la opción correspondiente del artículo 361 del Código Civil y no ha pagado además su valor. En estas situaciones, nuestros Tribunales desestiman la demanda y obligan a iniciar un nuevo procedimiento ejercitando la correspondiente opción por la adquisición de lo edificado, con pago del valor de esto último. Para más detalles sobre el tema, remitimos al apartado 3.8 de este trabajo.

Sin embargo, muchas menos son las sentencias que explícitamente se pronuncian sobre si, ejercitando judicial o extrajudicialmente la opción del artículo 361 del Código Civil para adquirir lo edificado, el pago o consignación del

valor constituye o no una condición previa imprescindible para la adquisición del dominio sobre lo construido por el tercero.

No obstante, cabe recoger como especialmente clara, a favor del pago previo del valor de lo edificado para que se consuma la adquisición del dominio, la doctrina contenida en la *STS de 31 de diciembre de 1987,* que afirma:

> *«El motivo único del recurso se formula al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 5.º, por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 361, en relación con el artículo 358, ambos del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpretadora de ese artículo que se cita, y debe ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera. La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto del artículo 361 del Código Civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar "por hacer suya la obra" o, contrariamente, por "obligar al constructor a la adquisición del terreno".* Ahora bien, este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir, conlleva necesarias contraposiciones. *Y así,* en el supuesto de que el dueño del terreno opte por hacer suya la obra *deberá indemnizar de una manera previa, o cuando menos simultánea,* evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte *y sin que hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito* la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno.
>
> *…Que si bien es cierto que el artículo 353 del Código Civil preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme al artículo 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos comprendidos en la sección segunda del Título dedicada a esta institución y, por tanto, será de aplicación el artículo 361 a los casos en que se previene que el dueño del terreno en que se edificase o sembrase de buena fe* tendrá derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, *o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno,* lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido que *mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código —sentencias de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957—, puesto que* la *res nova* que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361».

Ha de tenerse en cuenta que *el pago del valor de lo edificado no se erige en un requisito de procedibilidad para la estimación de la demanda presentada por el dominus soli,* al no existir precepto procesal ni sustantivo que lo exija. El pago del valor es *conditio sine qua non* para la adquisición del dominio, pero no para la admisión a trámite de la demanda en la que el *dominus* ejercite la opción de adquirir. Será por tanto en cumplimiento de la sentencia, y ya en su

caso en fase de ejecución, cuando, una vez efectuado el pago del valor fijado por la propia sentencia declarativa, se produzca finalmente el efecto transmisivo. Mientras tanto, el edificante de buena fe sigue conservando, a pesar de la sentencia firme que da la razón al *dominus soli* en su pretensión, la facultad de preservar bajo su control la posesión de lo edificado (así como la retención del suelo ajeno), hasta tanto se produzca el pago de la suma fijada.

La *STS de 17 de febrero de 1992* examina las consecuencias que se derivan del hecho de que el *dominus soli* no haya cumplido todos los presupuestos del artículo 361 del Código Civil y no haya ejercitado aún la opción de adquirir lo edificado, y no haya abonado su valor. En concreto, dicha sentencia *admite la pervivencia de un derecho de hipoteca constituido por el edificante de buena fe a favor de entidad financiera vinculada con este último*, *mientras no se hayan cumplido todas las condiciones legales, incluido el pago del valor de lo construido*, admitiendo que el edificante aún conserva el dominio sobre el edificio, y perviviendo por tanto la hipoteca en garantía de dicha construcción.

Sobre la forma de cuantificar el valor que ha de ser satisfecho por el *dominus soli* para adquirir la propiedad de lo edificado, remitimos al apartado 3.4 de este trabajo.

2.3.8. *Otros pretendidos presupuestos de aplicación del artículo 361 del Código Civil*

La *STS de 28 de febrero de 2007* plantea una cuestión interesante sobre un posible presupuesto, adicional a los antes señalados, para la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, señalando al efecto:

> *«Pero, prescindiendo en el caso de la buena o mala fe con que actuara quien edificó,* es lo cierto que falta un requisito esencial que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma y que impide su aplicación a favor del constructor, cual es el de *que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno, pues* ello no ocurre cuando, como ahora sucede y no se discute, el titular dominical del suelo adquirió la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encontraba ya incorporada al mismo *y, por tanto,* su existencia ya se habría tenido en cuenta para establecer su prestación en el negocio de transmisión que en este caso fue concretamente el de dación en pago. *La exigencia de tal requisito y su obviedad vienen refrendadas por la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil que, al referirse a la mala fe concurrente del constructor y del dueño del terreno, dice que "se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse", lo que necesariamente implica que la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe se ha de llevar a cabo una vez adquirida la propiedad por aquél del que se pretende la indemnización por la obra construida, pues en caso contrario éste carecerá de legitimación pasiva* ad causam *para soportar dicha acción. Todo ello ha de*

> *conducir necesariamente a la desestimación de la demanda reconvencional, tal como solicita la parte actora, hoy recurrente».*

La referida STS viene a introducir dos consideraciones nuevas para la aplicación de los artículos 361 y siguientes que merecen nuestro comentario: en primer lugar, se incluye como presupuesto el del *beneficio o enriquecimiento patrimonial para el* dominus soli, de modo que *no habría lugar a la aplicación de dichos preceptos legales, si no ha habido beneficio o incremento patrimonial para el* dominus; en segundo lugar, se añade igualmente, en conexión con el primero, *que la obra haya sido realizada* con posterioridad a la adquisición *de la propiedad por el* dominus *del que se reclama hipotéticamente una indemnización por el edificante de buena fe*.

Tales hipotéticos presupuestos resultan dudosos, y aun cuando la sentencia los conecta, merecen un examen por separado:

1. *En cuanto a la exigencia de que haya habido un beneficio o enriquecimiento por parte del* dominus *con la obra realizada por el constructor de buena fe*, cabe señalar que algún sector doctrinal lo ha llegado a plantear en alguna ocasión, en el sentido de que no debería permitirse la aplicación de las reglas de la accesión inmobiliaria cuando la edificación levantada, aun de buena fe, no ha supuesto provecho alguno para el *dominus soli*, en cuanto que nada aporta a su normal actividad profesional o económica, por no guardar relación con la misma el destino del edificio erigido, lo que llevaría a considerar que más bien estamos ante un supuesto de «lesión» patrimonial, que debería permitir la restitución del terreno a su estado originario, a costa del constructor, y sin derecho a indemnización.

   Debajo de todo ello subyace la idea de que las reglas sobre accesión inmobiliaria responden a la finalidad última de evitar enriquecimiento a una u otra parte. Pero precisamente por eso, habría que examinar en cada caso, y *siguiendo parámetros objetivos,* determinar en qué medida habría o no enriquecimiento para el *dominus soli* con la incorporación a su patrimonio del edificio levantado por el constructor. Es decir, creemos que la valoración de la edificación levantada no debe hacerse exclusivamente desde la óptica de su valor de mercado, sino también desde la perspectiva del efectivo enriquecimiento que el edificio puede suponerle al *dominus soli*, lo que introduce, no ya factores de subjetividad, sino de adecuación a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el uso anterior del inmueble antes de ser edificado, y el provecho objetivo que la edificación le puede suponer a ese concreto propietario.

   Ahora bien, ello no puede llevar al *dominus soli*, en ningún caso, a disponer de la facultad de exigir la destrucción del edificio, a costa del constructor de buena fe, por cuanto la ley en tal caso condiciona

en buena medida al *dominus soli* a optar por la segunda alternativa de vender el terreno al edificante.

2. *En cuanto a la exigencia de que la obra haya sido realizada* después de la adquisición de la propiedad *por el* dominus *del que se reclama hipotéticamente una indemnización por el edificante de buena fe*, creemos que sí se trata de un verdadero presupuesto, aunque va implícito en la exigencia de que el que construya lo haga en terreno de propiedad ajena (véase el apartado 3.3.1 de este trabajo).

   Cuestión distinta es que el nuevo propietario, cuando adquiere el terreno, se encuentre sobre el mismo *una edificación levantada por quien era su anterior propietario*, y cuyo valor no había sido previsto en su título de adquisición. En tales circunstancias, ese anterior propietario y a la vez edificante, debe tener derecho a un resarcimiento o indemnización por el enriquecimiento injustificado de nuevo *dominus,* pero no será en aplicación de las reglas que disciplinan la accesión, sino los principios generales sobre enriquecimiento sin causa. Así ha sucedido con cierta frecuencia en casos de adquisición en subastas públicas, en las que sólo se ha tenido en cuenta a la hora de la tasación el valor del suelo, sin computar el del edificio: en estos casos, el título adquisitivo del adjudicatario no justificará una posible exoneración frente a la acción de enriquecimiento. Y en el caso de que se hubiese valorado y tasado con la edificación, aun cuando no podría dirigirse contra el adjudicatario (o sus causahabientes), sí podría hacerlo frente al anterior propietario embargado.

   En el caso de que no hubiera sido el anterior propietario el que hubiera edificado con anterioridad a la adquisición por parte del nuevo dominus, *sino que lo hubiera hecho un tercero*, *éste conserva contra el dueño actual su derecho a reclamarle el valor de lo edificado*, como presupuesto para la adquisición dominical, *incluso aunque en el negocio transmisivo se hubiera valorado la edificación a la hora de fijar el precio de transmisión*, por cuanto *ese acuerdo o negocio sería una* res inter alios acta *frente a ese tercero edificante*. No se puede olvidar que, como ya se dijo más arriba, las facultades concedidas por los artículos 361-364 del Código Civil *no prescriben, pudiendo ejercitarse en cualquier momento, incluso aunque hubiera una o varias transmisiones de la propiedad del terreno antes de plantearse judicialmente el conflicto en cuanto al dominio de la edificación levantada por tercero no dueño*. En conclusión, entendemos que, en estos últimos supuestos, no es decisivo el señalado presupuesto de que la edificación se haya realizado con anterioridad a la transmisión o adquisición de la propiedad por el *dominus soli*.

2.4. Consecuencias del ejercicio de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil

Para examinar las consecuencias del cumplimiento de todos los presupuestos anteriores, y por tanto las repercusiones derivadas del ejercicio de alguna de los dos opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil, debemos distinguir según qué opción concreta se haya ejercitado:

a) *Ejercicio de la opción consistente en adquirir lo edificado abonando su valor*

En el caso de que el *dominus soli* hubiera optado por quedarse con lo construido pagando su valor, la cuestión más relevante es la forma de valoración de lo que ha de abonarse al edificante de buena fe.

La *STS de 6 de diciembre de 1985,* en un caso de obras de mejora en local restaurante, y *en relación a la forma de valoración de lo realizado por el edificante de buena fe y la cuantificación de las obras*, *afirma que ha de hacerse teniendo en cuenta el estado actual de las mismas, con independencia del coste originario y de la actividad conservativa más o menos diligente realizada por aquél*.

Frente a tal criterio, comúnmente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina, la *STS de 4 de junio de 1993,* en afirmación *obiter*, y referida más bien a una reclamación por enriquecimiento injustificado, y no por aplicación de las normas sobre accesión, parece remitir, a la hora de valorar lo construido por el edificante de buena fe, *al valor de lo realizado en el momento en que se construyó*. Así se afirma que procede *«…condenar a la demandada doña Eva A. G. a que pague al referido actor el valor de la casa construida en la parcela o porción de terreno objeto de este litigio,* cuyo valor será el que dicha casa (sin incluir el solar de la misma) tenía el día en que se llevó a efecto la tasación pericial en el juicio ejecutivo número 101 de 1983 del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Hospitalet, que fue el día 13-3-1987, habiendo de ser valorada dicha casa en las mismas condiciones en que se hallaba el referido día *(no del todo ultimada y con aspecto de abandono), lo que se llevará a efecto en fase de ejecución de sentencia».*

Siguiendo una suerte de tercera vía, la *sentencia de TSJ de Cataluña, de 25 de abril de 1992,* establece, *en un caso en que había transcurrido alrededor de veinte años desde la construcción*, y se reclama por el edificante de buena fe el valor de lo construido. En tal caso, la citada sentencia *sigue el criterio de computar el valor del trabajo y materiales empleados, actualizado a fecha actual, pero limitado en su cómputo final al valor real de lo construido en su estado actual*. En realidad, esta última resolución judicial no supone seguramente una

solución diferenciada de la tradicional, contenida en la primera de las sentencias citadas, la cual tiene en cuenta, por la remisión del mismo artículo 361 a los artículos 453 y 454 del Código Civil a los efectos de fijar el valor de lo construido, el aumento que haya adquirido la cosa como consecuencia de las obras. Puesto que en el presente caso habían transcurrido alrededor de veinte años, la suma por pagar debe referirse al aumento de valor actual, en el momento en que se resuelva el conflicto y corresponda determinar la cuantía (en la propia sentencia, o en la fase de ejecución).

Nada se encuentra en la jurisprudencia acerca de si, como consecuencia de esa remisión al artículo 453 del Código Civil que efectúa el artículo 361 *ex profeso*, respecto de la indemnización que ha de abonarse, dispone el *dominus soli* de las dos alternativas que aquel artículo le otorga al poseedor de buena fe que hizo mejoras en el inmueble. Debe tenerse en cuenta que la respuesta sólo la podríamos hallar en aquellos casos en que haya habido un lapso temporal considerable entre la obra y el planteamiento de la disputa entre las partes, como sucede en la sentencia antes referida de 25 de abril de 1992 del TSJ de Cataluña, pero, aparte de ésta, no hemos podido encontrar ninguna otra donde se analice detenidamente la cuestión. Tampoco la doctrina se expresa con rotundidad al respecto, aunque sobreentiende que la remisión a los artículos 453-454, al ser a efectos de cuantificar la indemnización, permitiría la alternativa señalada por el artículo 453 del Código Civil para las mejoras[8].

Por otro lado, *no se regulan en el Código las consecuencias que pudieran derivarse del ejercicio de esta primera opción* (quedarse con lo construido mediante abono de su valor), *cuando el edificante de buena fe, por tener su hipotético derecho inscrito en el Registro de la Propiedad*, *hubiera constituido hipoteca sobre el inmueble*, y por tanto, si el verdadero *dominus* podría además exigir la cancelación de dicha hipoteca, a costa del vencido en el juicio. La cuestión se plantea incidentalmente en la *STS de 17 de febrero de 1992,* pero el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse porque el *dominus* acabó ejercitando la segunda opción de obligar al constructor a quedarse con el terreno invadido. A nuestro juicio, el problema no se solucionaría con base en los artículos 361-364 del Código Civil, por cuanto no sería una consecuencia propiamente derivada del hecho de construir y del modo de hacerlo (con buena o mala fe), sino de la declaración dominical misma a favor del demandante en un procedimiento de reivindicación o meramente declarativo de dominio, que conllevaría su derecho *a la entrega por edificante del inmueble, libre de todo tipo de cargas y gravámenes, incluidas posibles hipotecas.*

En cuanto a la posibilidad, en casos de ejercicio de la primera opción del artículo 361 del Código Civil, de reclamar una indemnización adicional, por

[8] Así parece defenderlo Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.,* pág. 156.

parte del *dominus soli*, *por los perjuicios que le pudiera haber supuesto la imposibilidad de destinar el terreno a otros fines más lucrativos*, indemnización susceptible de ser compensada con lo que a su vez deba abonar al edificante de buena fe por el valor de lo construido, nuestro Tribunal Supremo, en la única sentencia conocida al respecto, la *STS de 12 de febrero de 2008,* ha sido tajante: *si se opta por adquirir lo edificado pagando su valor, no se puede reclamar nada en concepto de daños/perjuicios al constructor de buena fe*, dando a entender que en tal caso siempre le cabría la opción de vender a este último el suelo, obteniendo así todo el provecho hipotéticamente perdido. Dice al efecto la citada STS de 12 de febrero de 2008:

> *«El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, acusa infracción del artículo 361 del Código Civil, por cuanto la sentencia recurrida, no obstante confirmar la de primera instancia en cuanto a la condena de la parte demandada, hoy recurrente, a abonar a la actora el precio del terreno, con lo que está aplicando una de las alternativas del citado artículo 361, sin embargo condena a aquella parte demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de cinco millones de pesetas por el menoscabo de valor del resto de la parcela. Entiende el recurrente que desde el momento en que se está apreciando la buena fe del constructor, se excluye el pago de toda indemnización por parte del que construye.*
>
> *El motivo se estima porque,* efectivamente, el artículo 361 no otorga derecho al *dominus soli* para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, *comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del artículo 1901 del Código Civil (sentencias de 29 de julio de 1994 y 12 de diciembre de 1995). Pero ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia que se apeló encajan los hechos litigiosos dentro de la accesión invertida sino en el del artículo 361 del Código Civil».*

Recientemente, algún autor[9] ha puesto en duda lo estricto de dicho criterio, al comentar la referida sentencia, defendiendo la posibilidad de que, en aras del principio de reparación integral del daño, se pueda recurrir por el *dominus soli* al artículo 1902 del Código Civil y demás preceptos concordantes, para reclamar del edificante, aun de buena fe, una reparación por daños, citando al efecto, entre otras, la STS de 15 de diciembre de 2006.

En esta última sentencia, la *STS de 15 de diciembre de 2006,* contradiciendo en parte la antes citada resolución del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de

[9] Cuesta Sáenz, J. M., «Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008», en *CCJC,* núm. 78.

2008, se aplica *una solución excepcional*, a un caso de colocación por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en parcela rústica de propiedad ajena, y en la creencia de que el suelo era suyo, de distintas instalaciones, consistentes en una obra de sondeo con los correspondientes pozos, depósitos y conducciones de agua y postes y conducciones eléctricas. En concreto, *la sentencia concede al edificante la consideración de buena fe* (por haber construido a la vista, ciencia y paciencia del propietario), y *confirma en parte la sentencia de la Audiencia, que había concedido una indemnización al propietario por todos los años de ocupación de su finca por parte de la Comunidad Autónoma*, y además de *reconocer que ello es un efecto no previsto explícitamente en el artículo 361 del Código Civil*, afirma lo siguiente:

> *«En cuanto al segundo apartado, indemnización de daños y perjuicios, la sentencia de instancia no ha infringido precepto alguno: el razonamiento que expresa es correcto: dice así:* El único concepto indemnizable será el derivado de las limitaciones en la utilización y disponibilidad de la finca de su propiedad, conforme a la naturaleza que le es propia de "Erial destinado a pastos" entre la fecha de ejecución de las instalaciones, cuya retirada debe ser acordada, y, la efectiva verificación de la supresión de tales instalaciones; *indemnización cuyo importe en concreto, se determinará en ejecución de sentencia; la parte demandante se ha aquietado con esta indemnización y la recurrente, Comunidad demandada, se opone; pero* es bien cierto que la demandante se ha visto privada de la disponibilidad del terreno durante largos años y esto es un concepto que, aún no previsto explícitamente en el Código Civil debe ser objeto de indemnización».

Como puede comprobarse, el supuesto analizado por esta última sentencia, al reconocer el derecho del *dominus soli* a una indemnización no prevista explícitamente en el artículo 361 del Código Civil, resulta singular, por cuanto no es sólo de realización de obras, sino también de ocupación de suelo ajeno con construcciones permanentes, motivo por el cual la sentencia concede también al dueño, además de la indemnización antes señalada por el uso del terreno ajeno para sus propios fines durante varios años, el derecho a quedarse con lo construido, previo pago de su valor. Dicho de otro modo, *la causa de la indemnización no deriva propiamente de una pérdida de expectativas del dueño del terreno*, sino que *tiene por finalidad resarcir algo ajeno a ello, como es la compensación por la privación temporal del suelo ajeno, durante el periodo anterior al ejercicio de la opción adquisitiva por parte del* dominus soli, al haber transcurrido varios años desde la obra hasta el ejercicio de la acción por el *dominus soli*. Todo ello a partir del hecho —ya señalado en su momento— de que no existe un plazo legal para el ejercicio de la opción, por lo que podrían haberse ocasionado al *dominus* algunos daños o mermas patrimoniales en el periodo de tiempo anterior a la opción, que pudieran ser objeto de resarcimiento.

En conclusión, pues, a nuestro juicio, en esta discusión, *no debe descartarse de manera rígida la facultad de reclamar resarcimiento o indemnización*, pero

entendemos que *siempre por otros conceptos o causas no relacionadas con la valoración misma de lo edificado o construido por el* non dominus, y *siempre previa acreditación de dichos daños y perjuicios*. No cabe sobreentender que, al ejercitar la opción de adquirir la propiedad de lo edificado, por ejemplo, por vía extrajudicial, el *dominus soli* esté renunciando a estos otros posibles daños. Del mismo modo, en caso de daños reclamables por el uso y disfrute del inmueble ajeno durante el tiempo anterior al ejercicio de la opción, los mismos no pueden sin más considerarse «compensados» con la posible minusvaloración de la edificación por el transcurso del tiempo.

b) *Ejercicio de la opción consistente en obligar al edificante a que pague el precio del terreno*

En cuanto al *ejercicio de la opción consistente en obligar al edificante a que abone el valor del terreno*, la *STS de 4 de marzo de 1999,* señala, acerca de la forma de determinar dicho valor, lo siguiente:

> *«…Es evidente que el juego del precio a que se contrae el artículo 361 del Código Civil, ha de ser el determinado por una especie de deuda de valor, y en este caso, es correcta la valoración que se ha hecho constar por la Sala, en su Fundamento 3.º, pues, cuando el citado precepto habla de "precio",* se refiere, sin duda, al que tuviese el terreno cuando se torne operativa la elección del dueño, *esto es,* el real, *al reconocerse* ope sententiae *ese derecho,* y todo ello bajo el ajuste del *petitum* reconvencional, *como así lo entiende en su Fundamento 6.º de la sentencia, al afirmarse: "...según se desprende del informe pericial emitido en los presentes autos, tanto el valor del terreno en una u otra fecha excede del precio solicitado en la reconvención y como quiera que nos está vedado otorgar más de lo solicitado (art. 359 LECiv),* dicho precio deberemos de fijarlo en las cantidades solicitadas por la reconviniente..."; *por lo que se desestima el recurso, con los efectos legales derivados».*

Por su parte, la *STS de 17 de febrero de 1992* analiza este supuesto, y *en un caso en que habían transcurrido algunos años desde la construcción*, llega a la conclusión siguiente:

> *«En cambio, también con base en lo apreciado en los Fundamentos de Derecho décimo y decimoprimero de esta sentencia, es de acoger la pretensión alternativa inserta el invocado epígrafe g) con su complemento en el segundo supuesto del epígrafe j) de la súplica del escrito inicial de demanda,* pero con limitación a la condena a la entidad demandada "S..., S. A." a que se abone al tan referido demandante don Saturio M. S. en metálico el valor de las parcelas reivindicadas, y cuyo valor se determinará en fase de ejecución de sentencia, *tomando para ello como base cuantitativa no el precio de dichas parcelas cuando se hizo la edificación en cuestión sobre ellas, sino el que pericialmente se le atribuya en el momento de la reclamación, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 28-10-1931,*

> pero actualizado, *pues esa condena es consecuencia de lo normado en el artículo 361 del Código Civil, al darse los presupuestos previos para su aplicación…».*

En sentido similar, la *STS de 16 de junio de 1998* afirma:

> *«Este (el precio del terreno)* no es aquel precio que tuviera en 1969 *(como dice la sentencia de instancia) sino que* se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; *se debe pagar el valor,* lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecunaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. *Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora "Sancar" o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó».*

Como puede comprobarse, tratándose de edificante de buena fe, y a diferencia de las hipótesis de construcciones extralimitadas, parece que el *dominus soli* tampoco puede reclamar otras posibles cantidades por daños derivados de la minusvaloración del resto del terreno, o por otros conceptos.

El motivo está en que, interpretando literalmente el artículo 361 del Código Civil, lo que se adquiere por el edificante de buena fe no es sólo el terreno concretamente ocupado por la edificación a precio de mercado actual, sino *siempre y en todo caso la finca en su totalidad, con independencia de que se haya edificado más o menos parte de la finca*.

No hemos encontrado jurisprudencia en la que se plantee la posibilidad de obligar al edificante a que compre sólo una parte de la finca del dominus (la parte ocupada por la edificación estrictamente) seguramente porque, *en la práctica, resultará poco usual*, ya que estamos tratando casos de construcción de edificios en zonas urbanas, donde probablemente el edificio levantado agote toda la edificabilidad de la parcela, pues de otro modo es posible que no se hubiera obtenido la Licencia de obras para construir. Tampoco hemos hallado opiniones doctrinales claras a este respecto.

Parece ratificar la conclusión expuesta por la antes citada STS de 17 de febrero de 1992, la ya examinada *STS de 12 de febrero de 2008,* en la que expresamente se distingue entre la accesión general del artículo 361 del Código Civil, en donde no procede indemnización, y la accesión invertida, donde sí cabe esa posibilidad. No obstante, dicha sentencia se refiere propiamente al supuesto de ejercicio de la primera de las opciones por el dueño del terreno (adquirir lo edificado), pero no a la segunda de las opciones, pero puede valer como criterio, al aludir específicamente a la comparación con la accesión invertida, donde precisamente lo que se hace por el extralimitante es adquirir el terreno invadido.

La solución del Tribunal Supremo se basa en que el *dominus soli* dispone de dos alternativas para elegir, de modo que cuando elija la que desee, lo hará tras haber sopesado las ventajas e inconvenientes de la misma, y siendo consciente de que elección le producirá las consecuencias estrictamente previstas en la

norma. En todo caso, *cabe recordar que no es descartable la reclamación de otros posibles daños y perjuicios además del precio del terreno*, pero *por otras causas* (v.gr., por haber usado y disfrutado de su inmueble durante el tiempo anterior al ejercicio de la opción, si hubo un lapso de tiempo significativo entre la obra y la elección; o por haber deteriorado la cosa, o haber provocado la imposición de sanciones de cualquier orden a la hora de construir, entre otros posibles perjuicios).

2.5. Algunos supuestos límite entre la accesión general inmobiliaria y la llamada accesión invertida

Con independencia de lo señalado más arriba, en el apartado 2.1 de este trabajo, existe una jurisprudencia vacilante acerca de los límites entre la accesión general inmobiliaria de los artículos 361 y siguientes y la accesión invertida que merece ser recogida en este trabajo.

Extralimitación con ocupación de una parte importante de la finca

A este respecto, la *STS de 11 de marzo de 1985* excluye la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, *cuando la invasión suponga construir en casi dos terceras partes del terreno ajeno*: *«El invariable supuesto de aplicación de la accesión invertida* —dice la misma— *es identificable con tres rasgos: que la edificación invada terreno aledaño ajeno, supuesto bien distinto del de edificar en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno…».* En suma, lo que se señala por el Tribunal Supremo es que *no hay propiamente «extralimitación»*, y por tal motivo no aplica las reglas de la accesión invertida.

Según algún autor comentarista de esta sentencia[10], la solución dada por el TS no es del todo correcta, pues no se centra en la idea de «extralimitación» entendida como construcción en terreno propio cuando lo edificado *se proyecta* en terreno ajeno, con independencia de la superficie mayor o menor del terreno ajeno ocupado.

La cuestión no es fácil de resolver, por cuanto la doctrina de la accesión invertida (o de las construcciones «extralimitadas») es una construcción artificial de nuestro Tribunal Supremo, que no se ciñe necesariamente a una cuestión de extralimitación sin más, sino de resolución de casos problemáticos en los que, partiendo de una buena fe, no cabe propiamente la aplicación del *superficies solo cedit*, sino que hay que recurrir al principio más genérico del *accessorium*

[10] Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 8, pág. 2525.

sequitur principale. No en vano, por ejemplo, y como es sabido, la jurisprudencia ha aplicado esta doctrina jurisprudencial a casos como el de invasión del espacio ajeno y afectación de los límites de separación entre edificaciones; así en la STS de 4 de octubre de 2006, entre otras, en los que la idea de extralimitación resulta bastante más remota.

El problema práctico reside en que, *no siendo aplicables las reglas de la accesión invertida, no queda claro si entonces serán aplicables por fuerza las reglas generales de los artículos 361 y siguientes del Código Civil*, o quedaría un campo sin cubrir. A nuestro juicio, parece razonable la primera solución, antes que recurrir a hipotéticos principios generales, que sin embargo encuentran su concreción en normas más específicas, como las de los artículos 361-364 del Código Civil. Por lo tanto, debemos mantener, en caso de duda, el criterio de la remisión a los citados artículos, dado su poder de absorción de cualquier posible laguna[11]. No obstante, esa remisión a los artículos 361-364 del Código Civil debe quedar circunscrita a la cuestión estrictamente dominical de la asignación del dominio a uno u otro sujeto.

Construcción extralimitada en parte del terreno ajeno pero con afectación directa de la totalidad del mismo, o del vuelo ajeno

Hay *dudas también acerca de si se aplican las reglas generales de los artículos 361-364 del Código Civil*, o las propias de la accesión invertida, en *los casos de construcción con ocupación de buena parte del terreno, pero con afectación indirecta de la totalidad del mismo*, por haberse instalado servicios anejos o complementarios de la edificación, o en los casos de invasión del vuelo ajeno por no respetar las distancias entre construcciones.

Ejemplo de lo primero lo proporciona la *STS de 27 de enero de 2000,* en donde los edificantes se extralimitaron en la construcción de un hotel en el terreno de su propiedad, *invadiendo una superficie considerable de la finca colindante, con una extensión de 580 m², de modo tal que el terreno restante de esta última finca resultaba inútil para la edificación y el aprovechamiento urbano*, según informe pericial. La sentencia, considerando que los constructores habían obrado de mala fe, entiende que no es aplicable la doctrina de la accesión invertida —ya que exige la buena fe del que se extralimita—, por lo que acaba considerando que hay a su juicio una nueva laguna legal (extralimitación de mala fe), que obliga a la aplicación analógica de la solución prevista

[11] En contra, Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 8, pág. 2524, quien remite en caso de inaplicación de la accesión invertida, a las reglas aún más generales de la lesión del derecho real ajeno, con posible derecho a la restitución in natura, con independencia de la buena o mala fe del edificante.

en las reglas generales, y acaba concediendo al *dominus soli* la propiedad de lo edificado en su terreno, procediendo el lanzamiento de los constructores, quienes conservarán la propiedad del resto del edificio.

Como puede comprobarse, en un caso como el presente, la solución más sencilla hubiera sido declarar directamente aplicable el artículo 362 del Código Civil, al haberse producido una ocupación total de hecho de todo el terreno ajeno, con mala fe por parte de los edificantes, sin necesidad de recurrir al complejo razonamiento de considerar que hubo extralimitación, que existe una laguna legal y que por tanto habría de aplicarse por analogía la solución legal prevista para caso similar, que no es otra que la del artículo 362 del Código Civil.

En esta sentencia, además, se acaba entrando en parte en los efectos que conllevaría —ya en ejecución de sentencia— la mala fe de quienes se extralimitan, y se intenta una solución que no es la legal del artículo 362 del Código Civil, donde se reconoce al *dominus soli* el derecho a quedarse con lo edificado, sin pagar nada, o bien optar por la demolición a costa del que edificó (art. 363 CC). En concreto, parece sugerirse que, puesto que la pérdida del pabellón construido en suelo ajeno afectaría sustancialmente a la funcionalidad del hotel, con grave perjuicio económico, debería acaso fijarse una indemnización a favor del *dominus* invadido por el valor total del suelo, junto con el valor del edificio construido en dicho suelo; es decir, parece dejar abierta la puerta a la adquisición por el extralimitante de lo construido, pagando terreno y edificio, a pesar de su mala fe.

Finalmente, cabe señalar que la *STS de 26 de octubre 1999,* parece excluir la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, con remisión igualmente a los artículos 361-364 del Código Civil, *cuando no han quedado adecuadamente demostrados los linderos de las dos fincas afectadas por la posible construcción extralimitada*:

> *«Como quiera que* —afirma— *la terminación de construcción de la nave (aún no terminada de construir), por un lado, y la construcción del acceso pavimentado, por otro, las realizaron los demandados, aquí recurrentes, en parte del terreno propiedad de la actora (124,50 m², la primera; y 112,25 m² la segunda), cuyas construcciones las realizaron los compradores de buena fe,* al no haber podido interpretar adecuadamente los imprecisos linderos identificadores del terreno vendido (que han sido transcritos literalmente en el Fundamento jurídico anterior de esta resolución), es evidente que nos hallamos ante el supuesto de accesión previsto en el artículo 361 del Código Civil *y siendo ello así,* no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria (como ha ejercitado) sin antes haber hecho uso expresamente de la opción que dicho precepto establece…».

2.6. Títulos legitimantes que excluyen la accesión, según la doctrina y la jurisprudencia

Como ya se señaló más arriba, *es usual en doctrina la afirmación de que las normas sobre accesión, y en concreto los artículos 361-364 del Código Civil, sólo son de aplicación cuando no existe un vínculo contractual entre el dueño del terreno y el sujeto que edifica*[12]. En tales casos, el destino de lo edificado será el que las partes hubieran previsto en las correspondientes estipulaciones contractuales.

También en la jurisprudencia se encuentran afirmaciones de este signo en *SSTS de 17 de diciembre de 1955 y 5 de marzo de 1959,* citadas a su vez por la *STS de 18 de julio de 1990,* a la que ahora nos referimos, o más recientemente la *STS de 18 de octubre de 1996.* En algunas de estas sentencias, la afirmación referida tiene la consideración de *obiter dictum*.

Vamos a *comprobar con más detalle hasta qué punto es cierto o incierto tal criterio, en su aplicación práctica*, para lo cual vamos a examinar los distintos casos de vínculos contractuales que se han presentado en la jurisprudencia:

a) *Un derecho de superficie*

Resulta evidente que, habiéndose acordado la constitución de un derecho de superficie, o un derecho de sobreelevación o subedificación, el titular de tales derechos adquiere la propiedad de lo que se ha adherido de forma indisoluble al inmueble, sin que haya lugar a conceder al *dominus soli* un derecho de opción para quedarse con lo construido, por cuanto eso ya habrá sido objeto específico del pacto entre las partes, o, en su caso, se aplicará lo dispuesto en la ley para el momento de extinción del derecho.

La única sentencia que alude de forma incidental a la posibilidad de un derecho de superficie, o en general, a una autorización del *dominus soli* para edificar, al objeto de excluir la aplicación de las opciones del artículo 361 del Código Civil, es la *STS de 15 de marzo de 2000,* que afirma:

> «El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, alega infracción del artículo 361 del Código Civil, pues no se aplica en caso de que entre el constructor y el dueño del terreno existan vínculos, relaciones jurídicas o negocios que le faculten para construir en suelo ajeno. *Esto es lo que ocurre en el caso litigioso, en el que el recurrente procedió mediante autorización que le dio la dueña del terreno en documento privado, que generó en su favor un derecho superficiario.*

[12] Así lo han defendido, entre otros, López Vilas, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 1007; Alonso Pérez, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 1, Madrid, 1990, págs. 326-327.

> El motivo se desestima *porque* la base fáctica en que se asienta su argumentación (autorización escrita de la actora, hoy recurrida) es contraria a la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, *que* no estimó acreditada la autenticidad *(Fundamento Jurídico 4.º). No hay ningún motivo del recurso en que se acuse de error de derecho en la valoración de la prueba, sólo una exposición de la propia y subjetiva del recurrente, que olvida que la casación no es una instancia más del pleito.*
>
> La desestimación del primer motivo conlleva necesariamente la del segundo, fundamentado en que la autorización dio vida a un derecho de superficie.
>
> *El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv, acusa infracción del artículo 7 del Código Civil, y en él se detallan las consecuencias que se derivarían del hecho de que la actora no hubiese dado autorización para construir.*
>
> *El motivo se desestima, pues aparte de que la sentencia recurrida, con la aplicación del artículo 361 del Código Civil protege los derechos del recurrente; aparte de que también declara que la construcción se hizo a ciencia, vista y paciencia de la actora, por coherencia con la desestimación de los motivos anteriores ha de proceder la de éste,* pues no se ha probado que existiese tal autorización escrita».

Como puede comprobarse, la sentencia acaba aplicando la solución prevista en el artículo 361 del Código Civil, al no probarse la existencia de un derecho de superficie concedido por el propietario del suelo, ni una autorización en general de éste para edificar.

También, la *STS de 18 de julio de 1990,* referida a un derecho de sobreelevación, excluye la aplicación del artículo 361 a un supuesto de vinculación contractual entre constructor y dueño del suelo, aduciendo al efecto que el citado precepto *«contempla por definición, el supuesto de que quien planta, edifica o siembra no está vinculado al efecto con el propietario del suelo por una relación obligatoria contractualmente asumida»*. La razón de esa exclusión era, en realidad, que se trataba de un contrato en el que se otorgaba al edificante un derecho de sobreelevación de un edificio, o sea, que era un negocio en el que la facultad de edificar constituía el objeto mismo del contrato, por lo que prevalece lo pactado sobre el precepto legal.

b) *Un arrendamiento o un arrendamiento* ad meliorandum *o con facultad de hacer mejoras o cambios en el terreno*

La *STS de 14 de abril de 1998* expresamente analiza las facultades del arrendatario a quien contractualmente se concedió la facultad de hacer obras de edificación en el terreno. *La sentencia, sin hacer manifestación explícita de excluir la aplicación del artículo 361 del Código Civil, aplica los artículos 451 y siguientes,* considerando al arrendatario poseedor *de buena fe*, incluso después del requerimiento para la restitución, y *le otorga un derecho de retención a su favor* (que por esencia, es un derecho sobre cosa ajena), hasta tanto se le abonen los gastos necesarios de construcción realizados.

Véase también la *STS de 2 de enero de 1928* (sobre arrendatario de finca con chalet y huerto, que es autorizado por el dueño a construir un pabellón con destino industrial; el propietario no es dueño de la nave mientras no ejercite la opción del artículo 361, por lo que no prospera la tercería de dominio interpuesta por él). En contra (aunque *obiter dictum*), así como la *STS de 5 de marzo de 1959,* la cual cita las *SSTS de 23 de mayo de 1946* y *23 de mayo de 1951* (referidas, sin embargo, a posesión, no a accesión).

c) *Un arrendamiento de obra*

La doctrina también suele excluir la aplicación de los artículos 361 y siguientes los supuestos en que el edificante hubiera estado vinculado con el *dominus soli* mediante un contrato de obra, en la medida en que lo normal es que expresamente en el contrato se haya previsto quién ostentará derecho sobre lo edificado.

Apenas existe jurisprudencia que aluda a este supuesto. No obstante, la *STS de 17 de diciembre de 1988* alude al supuesto de edificación de un anejo a un edificio por parte del arquitecto y constructor del edificio, cuando aún no se había constituido la propiedad horizontal. *El TS consideró aplicable el artículo 361 del Código Civil, manifestando que era un constructor de buena fe*, *a pesar incluso de conocer que el terreno no era de su propiedad y de que el anejo construido no estaba incluido dentro del proyecto de edificación aprobado* y que sirvió de base al acuerdo. La solución dada parece tener su base, no tanto en el hecho de que el edificante estuviera vinculado mediante un contrato de obra con los propietarios, cuanto en el hecho de que se trataba de la construcción de un local en el patio del edificio construido, sobre el cual se discutía específicamente acerca de su propiedad, que no formaba parte propiamente del objeto encargado por aquellos, por lo que técnicamente no se puede considerar que hubiera respecto del mismo un vínculo contractual.

En todo caso, como ya hemos mantenido en otro lugar[13], somos partidarios de que, aun existiendo un contrato de obra entre *dominus* y constructor, podrían aplicarse los artículos 361-364 del Código Civil, cuando no hubiera una previsión específica en el contrato sobre la situación de lo edificado.

d) *Una concesión administrativa*

En tales supuestos, suele ser lo usual que la entidad pública otorgante de la concesión incluya, dentro del Pliego de Condiciones generales o particulares,

---

[13] Ruiz-Rico Ruiz, *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995. En esta misma línea se expresa Carrasco Perera, *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, pág. 208.

que el concesionario perderá de forma automática, normalmente en el momento de la reversión o denuncia de la concesión, las construcciones, instalaciones y materiales colocados en el inmueble donde se desarrolla la concesión, normalmente también sin derecho a indemnización.

No obstante lo anterior, la *STS de 11 de junio de 1985,* en una concesión en zona marítimo-terrestre, en la que el concesionario había sido expresamente autorizado para construir en esos terrenos un edificio destinado a salazón y conserva de pescado, *no niega la aplicación del artículo 361 del Código Civil al concesionario*, *al que no duda en calificar como de buena fe*, con la matización de que, al ser terrenos de dominio público, no cabe la opción de obligar al edificante a pagar el precio del terreno, sino sólo la de quedarse con lo edificado, abonando su valor al concesionario que edificó.

La solución adoptada es dudosa en cuanto que no por el solo hecho de actuar de buena fe (con autorización del *dominus*) basta para aplicar directamente el artículo 361 del Código Civil, sino que *habrá que recurrir al título mismo, para saber si en él está expresa o implícitamente excluida la aplicación de las reglas de la accesión*, lo que seguramente sucedería en el presente caso, pues es difícilmente concebible que el Estado tuviera interés en adquirir unas instalaciones futuras dedicadas a industria pesquera, asumiendo funciones de empresario, y teniendo que abonar además el valor de lo construido. Dicha solución sólo estaba justificada en el presente caso por el hecho de que el Abogado del Estado no había alegado nada sobre el artículo 361 del Código Civil, por lo que no planteaba una posible inaplicación del dicha norma, y sólo se remitía a las reglas posesorias (arts. 453 y 454 CC) en cuanto a la valoración de la construcción.

Véase también la *STS de 4 de julio de 1985.*

Asunto distinto es cuando el concesionario ha incorporado elementos o equipos de propiedad de un tercero, siendo lo usual en tales casos otorgar igualmente preferencia al derecho de la Administración concedente, por encima de ese tercero, incluso aunque éste dispusiera de una reserva de dominio, en tanto la misma fuese desconocida por la Administración o no estuviese publicada registralmente. Al efecto, puede verse la *STS de 26 de mayo de 1995.*

e) *La constitución de una sociedad civil o de hecho entre el propietario del suelo y los edificantes*

Ejemplo de esta situación lo constituye la ya citada *sentencia de 18 de abril de 1986,* en donde se denegó la aplicación del artículo 361 del Código Civil a quienes construyeron un edificio destinado a granja avícola mediante acuerdo con la propietaria del suelo y su marido, para la explotación conjunta del nuevo edificio, de tal modo que, además, los materiales no podían considerarse propiamente como ajenos, sino en parte de la propietaria del terreno.

f) *Acuerdos de precario o comodato, o en general los casos de autorización de las obras por el dueño del suelo*

Así lo reconoce de forma más o menos abierta la *STS de 25 de noviembre de 1985,* que *deniega el recurso al artículo 361 del Código Civil*, en un caso en que la propietaria era la madre de la persona que había venido ocupando con su consentimiento la vivienda y había realizado determinadas obras de reforma y mejora en la misma:

> *«…A lo que debe añadirse, con igual efecto de haber de desestimarse este motivo, que, aun dando por bueno que la edificación en suelo ajeno que se cuestiona no está sujeta al régimen de los artículos 360 a 365 del Código Civil* por no ser caso de accesión aquél en que el dueño del terreno la consiente *(como indudablemente ocurrió en el que se juzga, dado que la madre no se opuso inequívocamente a las obras iniciadas en mil novecientos cincuenta y ocho, hasta septiembre de mil novecientos ochenta)* por lo cual no era de aplicar el artículo trescientos sesenta y uno…».

En estos casos de existencia de autorización del propietario del suelo a familiares cercanos, *habría que resolver siempre con carácter previo si esa autorización no era en realidad una suerte de construcción del mismo propietario, a través de otro*, *pero con materiales de este último*, con lo que *entraría en funcionamiento el artículo 360 del Código Civil como más directamente aplicable al caso*, sin que entonces se pudiera plantear un problema de atribución dominical, sino sólo, en su caso, de resarcimiento de los materiales y trabajo invertidos, tal como prevé la citada norma.

En cambio, la *STS de 17 de junio de 1999 parece aplicar el artículo 361 del Código Civil* a un caso en que se construye segunda planta sobre edificio preexistente, siendo edificante la sociedad conyugal de marido y mujer, y siendo esta última hija de los propietarios del suelo y del edificio sobre el que se levantó. *El Tribunal Supremo no tiene duda de que se puede aplicar el artículo 361 del Código Civil a pesar de existir una autorización o vínculo previo entre el dominus soli y los constructores*, a los que además tampoco duda en considerar de buena fe.

En sentido similar, la *STS 15 de febrero de 1999,* la cual, seguramente confundiendo la buena fe, por haber aquiescencia o autorización para construir por parte de los dueños del terreno, con la aplicabilidad del artículo 361 del Código Civil, recurre finalmente a dicha norma para resolver un supuesto de construcción con autorización del *dominus soli*:

> *«Tampoco el demandante tiene derecho a una declaración de propiedad en su 35 por 100 hereditario, por otra razón.* La vivienda unifamiliar a que se refiere el *petitum* de la demanda no fue propiedad del causante; *tal como declara probado la sentencia de instancia,* éste edificó a su costa una vivienda en terreno propiedad de los cónyuges demandados, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el

> artículo 358 Código Civil y el principio romano *superficies solo cedit,* pertenece al dueño del terreno, es decir, de los demandados, no del causante del demandante. Partiendo de este principio, *debe aplicarse el artículo 361 Código Civil,* la accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios, que da opción al dueño (los demandados en este caso) a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien evitar la accesión obligando al que edificó (o a sus herederos) a pagarle el precio del terreno. *Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso presente).* Cuando se produce esta situación, el dueño (los dueños, los cónyuges demandados) no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante —terreno y obra— *previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno…».*

También cabe citar, sobre comodato o precario, la *STS de 18 de marzo de 1948,* o la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de octubre de 1996.* Véase también la *STS de 31 de octubre de 1985,* sobre vínculos afectivos entre *dominus* y constructor; o la *sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993* (caso de hijo constructor que modifica el inmueble mientras convivía con sus padres: aquí la relación jurídica sería, no la convivencia misma, que en nada afecta a la accesión, sino la autorización *ad hoc* expresa o tácita del padre, dueño de la finca). También sobre precario, se puede citar la *STS de 22 de marzo de 1978* (que declara la mala fe por ser consciente el edificante que usaba gratuitamente el inmueble ajeno poseído en precario). Sobre mera tolerancia y artículo 361 del Código Civil, véase igualmente la *STS de 5 de enero de 1958.*

g) *Supuestos de contrato de renta vitalicia*

La *STS de 22 de septiembre de 1988* se refiere a este supuesto**,** aunque aquí se deniega la aplicación del artículo 361 porque la edificación se había concluido antes de la transferencia dominical derivada del susodicho contrato.

h) *Supuestos de nulidad de contrato*

Cabe citar al efecto la *STS de 14 de junio de 1976,* donde se analiza un supuesto de nulidad de contrato atípico de cesión de tierras para plantación de olivar, que es declarado nulo por simulado, aplicándose el artículo 361 del Código Civil. Este supuesto entraría directamente en el ámbito del artículo 361 del Código Civil, por no existir vínculo contractual verdadero, y dado el efecto retroactivo de la nulidad declarada. La particularidad del caso reside en que el régimen del artículo 361 se aplica y prevalece sobre el artículo 1.303 del Código Civil, regulador de los efectos de la nulidad.

Véase también *STS de 18 de octubre de 1996* (afirma *obiter* o incidentalmente que los arts. 353 y sigs. no se aplican si hay relación de arrendamiento o usufructo, por tener regulación propia en los arts. 1573 y 487).

2.7. Particularidades de la accesión en casos de comunero que edifica en un terreno en copropiedad o en zona común de edificio en régimen de propiedad horizontal

La doctrina y la jurisprudencia han dedicado un tratamiento singularizado al supuesto de edificante comunero que construye sobre terreno común, ya sea en una comunidad de bienes ordinaria, ya en una propiedad horizontal.

En este ámbito, la doctrina suele destacar la importancia que presenta el artículo 397 del Código Civil a la hora de adoptar una solución al caso planteado. En efecto, de conformidad con el artículo 397 del Código Civil: *«Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos».* Ello lleva a cierto sector doctrinal[14] a afirmar que, por encima de las reglas de la accesión se halla esta norma, más especial, que determinaría la imposibilidad de acoger como edificante de buena fe al comunero o copropietario que construye edificación en terreno común sin consentimiento de los demás condueños; salvo casos especiales. Dicho de otro modo, cada comunero dispondría, según este precepto legal, de un derecho de veto o *ius prohibendi* respecto de cualquier posible alteración de la cosa común (y la edificación sería una alteración más) acometida por otro comunero, por lo que dicha norma prevalecería sobre los artículos 361-364 del Código Civil, en cuanto que los restantes comuneros no podrían verse vinculados por el ejercicio de una acción *ex* artículo 361 del Código Civil del comunero edificante.

Al respecto, se cita la doctrina jurisprudencial contenida en la *STS de 1 de marzo de 1979,* en cuanto hace hincapié en el hecho de que existe un *ius prohibendi* en las situaciones de comunidad que harían inviable la aplicación de las reglas de la accesión: *«Que asentado* —dice dicha sentencia— *el régimen de la propiedad horizontal sobre la entidad física del edificio o finca que le sirva de soporte,* la normativa legal consagra un *ius prohibendi* de las innovaciones en los elementos comunes, descartando el aprovechamiento exclusivo por uno de los propietarios sin el consentimiento unánime de los restantes, *conforme a lo imperativamente ordenado por los artículos 5.º, párrafos 3.º y 4.º, 7.º párrafo 2.º, 11 y 16, norma 1.ª, de la Ley de 21 julio 1960, según esta Sala*

[14] Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 19, pág. 69, para quien por principio, un comunero no puede ser constructor de buena fe, con base en lo dispuesto en el citado artículo 397 del Código Civil.

tiene declarado —sentencias de 21 de mayo de 1970, 7 de mayo de 1974 y 9 de junio de 1975—, preceptos que responden a la misma orientación fundamental que el artículo 397 del Código Civil, por lo que sin la autorización de la totalidad de los interesados no viene permitido a uno sólo de ellos innovar la configuración o estado exterior del inmueble…».

Debe advertirse, sin embargo, que dicha sentencia se refiere a un supuesto de propiedad horizontal, no de copropiedad, en el que un condueño había efectuado determinadas obras en su local y en la fachada, sin consentimiento de la comunidad, es decir, se trataba de simples cambios o reformas, y no de construcción de un nuevo edificio, por lo que no existía propiamente una cuestión de atribución del dominio. Resulta además relevante el que esta misma sentencia, en su siguiente Fundamento de Derecho, llega a afirmar la absoluta preponderancia de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, en particular las relativas a toma de acuerdos e imposibilidad de realizar unilateralmente innovaciones en elementos comunes, sobre las reglas legales de la accesión[15].

En esta dirección, además, y en cuanto a la exigencia de buena fe, parece existir también una *tendencia a denegar con carácter general al comunero la consideración de posible edificante de buena fe*, precisamente porque, siendo condueño, debería ser plenamente consciente de que el terreno no le pertenecía en exclusiva y por tanto, carece de facultades para edificar, si no hay consentimiento o autorización de los demás. Desde el punto de vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, también existen sentencias que se pronuncian en esta dirección de excluir la buena fe del condueño que edifica. Por ejemplo, cabe citar la *STS de 27 de diciembre de 1980,* aunque se trata de un *obiter dictum*[16].

---

[15] En particular se afirma literalmente por dicha sentencia, sentando el carácter excluyente de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, sobre cualesquiera otras, con base en la especial configuración de los intereses en juego en ella: «…Las normas sobre accesión en bienes inmuebles no son apropiadas, ni aun por aplicación analógica, para disciplinar el juego de los diversos intereses en una institución *sui generis* como es la propiedad horizontal, gobernada por una específica normativa que regula minuciosamente la amplitud y límites de los derechos en cuanto a los pisos y a los elementos comunes; d) *No existe vacío legal en punto a las construcciones abusivas realizadas por un titular en la propiedad horizontal, sino que lo edificado contraviniendo lo dispuesto en la Ley específica habrá de ser demolido si así lo instan los demás propietarios como medio radical de corregir lo mal hecho, reponiendo la situación a su estado originario, según lo entendió ajustado esta Sala en los casos resueltos por las sentencias de 26 de junio de 1975 y 13 de mayo de 1976».*

En buena medida, lo que viene a mantenerse es que es de esencia a toda propiedad horizontal el régimen dominical propio de la misma, de modo que dicha propiedad especial no funcionaría adecuadamente si se aplicasen las reglas generales del Código Civil, entre ellas las de la accesión, a casos como el analizado de realización de reformas en elementos comunes, sin autorización, y el comunero constructor pudiera ampararse en su hipotética buena fe (presunta), para justificar dichas reformas unilateralmente realizadas.

[16] Literalmente afirma dicha sentencia: *«…La presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida, situación que es justamente, la del presente caso en que siempre según la sentencia impugnada no sólo a través de sus propios hermanos*

Por nuestra parte, creemos que *la buena fe del comunero y en general la aplicación de las normas sobre accesión de buena fe, no puede descartarse en todos los casos*, ya que pueden darse situaciones donde estaría plenamente justificada la posición del comunero. Por ejemplo, es imaginable que aquél construya con cargo a su propio patrimonio, por considerar que entre todos los comuneros había ya un pacto tácito de disfrutar cada uno de ellos de determinadas zonas del terreno común, lo que suele ser relativamente habitual en la práctica (aunque luego no conste documentalmente y sea de difícil prueba): O bien es imaginable que el comunero crea erróneamente que los demás le habían cedido su derecho de uso sobre todo o parte del terreno, o bien que entienda equivocadamente que tenía autorización de los otros comuneros, y que construía para la comunidad. En este último supuesto, aun cuando la existencia de autorización no implicase un derecho del comunero a reclamar de los demás el reembolso de su parte proporcional, *ello no excluiría la aplicación del artículo 361 del Código Civil en cuanto a la cuestión estrictamente dominical*, de modo que la propiedad de lo construido pasaría a ser de todos los comuneros, en la proporción correspondiente a sus cuotas, cuando cada uno de ellos abonase al comunero edificante la parte de valor del edificio correspondiente a su cuota.

La *STS de 16 de diciembre de 1988* viene a establecer de modo implícito pero bastante claro el criterio de que, en las comunidades de bienes, cuando el edificante es uno de los comuneros (en el caso, era un comunero que además se había asignado la propiedad del terreno sobre el que construyó el edificio, a pesar de no existir división material del mismo, sino cuotas ideales), *lo usual es que se aplique la solución del artículo 361, por remisión del artículo 364 del Código Civil, al considerar que hubo mala fe de ambas partes*, *incluidos los restantes comuneros*, *por cuanto estos no se han opuesto a la construcción y han permitido su terminación*, *a pesar de ser condueños y haber debido conocer lo que se estaba haciendo,con un mínimo de diligencia*. Afirma dicha sentencia:

> *«El motivo 2.º, al amparo del artículo 1692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código Civil, en cuanto se entiende que se ha procedido a una división de la comunidad, por una vía inadecuada. Sin embargo, la sentencia, ha seguido la línea más práctica en la conformación de lo que fue pedido, dentro de su fundamentación jurídica de base que consiste en* apreciar la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación, por unos comuneros, de lo que era ajeno, puesto que ellos no tenían

---

había sido, el demandado, advertido en su día, de que estaba edificando sobre finca que no le pertenecía, por ser propiedad de su sobrina, la demandante, cuyo padre, largo tiempo atrás había edificado a su costa la planta baja en la que vivió con su esposa e instaló su negocio de panadería, extremos que también le constaban al recurrente, sino que él mismo, el recurrente, no ha dejado de alegar, en reiteradas actuaciones procesales, una situación de condominio sobre el inmueble incompatible con cualquier posesión excluyente de buena fe frente a los demás condominios».

> sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de terreno, una buena fe resultante de la aplicación del artículo 364-1.º del Código Civil, y la lógica indemnización a quienes no consintieron la edificación, *solución basada en el principio interpretativo de la eficacia,* preferible a la artificiosa de indemnizar a la comunidad y detraer de la indemnización la parte correspondiente a quienes han de pagarla, *con lo que se produce, finalmente, una solución justa y de total claridad en la ejecución».*

Dicha sentencia además plantea —aunque no se contienen en ella afirmaciones expresas de relevancia— la cuestión de la valoración económica en casos de comunidad, y da por buena la solución dada por la Audiencia Territorial de obligar a aquellos comuneros que no autorizaron las obras a pagar su parte proporcional en el coste de las mismas, pero a la vez les asigna a estos, como indemnización, una renta proporcional a su cuota a computar desde la fecha de realización de las obras hasta la liquidación final del valor de lo edificado.

A la misma conclusión anterior sobre la aplicación del artículo 364 del Código Civil parece llegar también la *STS de 3 de diciembre de 1986,* que afirma:

> *«…Por último, tampoco es exacto el argumento contenido en el motivo tercero en orden a la que se dice declarada buena fe de la actora en el segundo considerando de la sentencia recurrida,* dado que lo en él expresado es que si frente a lo que se deja indicado en el apartado precedente se admite que la recurrente edificó en la otra parte del solar, a la existencia de buena fe por su parte "se opone en principio el saber que el mismo figuraba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los restantes copropietarios, o bien excluyendo esa buena fe, tanto para la constructora y sus oponentes, teniendo en cuenta que la edificación se realizó a la vista, ciencia y paciencia de los restantes condueños, sin oponerse, lo que por aplicación del artículo 364 del Código Civil, compensándose las culpas, cual si todos hubieran procedido de buena fe, habría que entrar de nuevo, para el caso de autos en la aplicación del artículo trescientos sesenta y uno"».

Por su parte, la *STS de 30 de septiembre de 1982* viene a reconocer el derecho de propiedad del comunero (titular de una cuota dominical del 50 por 100 de la propiedad) que edificó en terreno común, sobrepasando incluso una superficie superior al 50 por 100 del total del terreno, frente a la pretensión del otro comunero (demandado) titular del restante 50 por 100 de cuota de que se declarase que tanto el suelo como la edificación son de propiedad común de ambos en el mismo porcentaje. En la base de esta sentencia se halla igualmente la idea de que no tiene por qué considerarse como edificante de mala fe al comunero que construye en terreno común.

Finalmente, también a favor de la admisión al comunero como constructor de buena fe, cabe citar la *STS de 13 de diciembre de 1985,* en cuanto obliga a una Comunidad de propietarios a indemnizar a varios comuneros que habían efectuado obras de acondicionamiento de un pozo de propiedad común, sito en el suelo de uno de estos comuneros.

Tratando de dar una respuesta a las dudas generadas por una jurisprudencia un tanto vacilante en este asunto, aunque mayoritariamente inclinada a admitir la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil a las obras de construcción de un comunero, podemos concluir lo siguiente:

— En primer lugar, debe separarse netamente lo que es la cuestión estrictamente dominical de lo que es el aspecto indemnizatorio.
— Respecto de la propiedad, no existen razones para hacer de peor condición al comunero o copropietario que cualquier otro tercero que edifica en terreno ajeno, por lo que, en la medida en que actúe de buena fe, se le deben aplicar las normas sobre accesión, manteniendo que el comunero ostenta una propiedad provisional sobre lo edificado, mientras no se pague el valor de lo construido por los otros comuneros, y cuando así suceda, se constituirá una copropiedad por las mismas cuotas sobre todo el conjunto. No parece tampoco razonable que se excluya la aplicación de los artículos 361-364 del Código Civil, por faltar hipotéticamente el presupuesto de que el terreno construido sea de propiedad «ajena» (en este caso, parcialmente ajena).
— Por otro lado, entendemos que el artículo 397 del Código Civil debe ser relevante a otros efectos distintos de los dominicales sobre asignación del dominio sobre lo edificado, propios de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, en cuanto regulador de la exigencia de unanimidad para la toma de acuerdos previos sobre modificación de la cosa común. Pero dicha norma no puede considerarse prevalente en todo caso, para la resolución de una cuestión dominical como la derivada de las normas sobre accesión.
— A efectos de valorar la buena o mala fe del comunero, resultará especialmente relevante, en los casos de copropiedad, la actitud que de forma inmediata, en los días o semanas posteriores al inicio de las obras, adopten los demás comuneros, en cuanto que una falta de diligencia de estos últimos, llevaría a aplicar el artículo 364 del Código Civil, y por tanto, la compensación allí prevista, remitiendo a la regla del artículo 361 del Código Civil (constructor de buena fe).
— En supuestos de propiedad horizontal, la situación debe ser aún más estricta, por cuanto existen órganos específicamente destinados al control y supervisión del estado de los elementos comunes (Administrador, Presidente), de modo tal que una falta mínima de diligencia, conlleve la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 364 del Código Civil.
— Del mismo modo, aun habiendo oposición de alguno de los condueños, será muy relevante la conducta de los mismos previa al comienzo de la edificación, en cuanto una negativa u oposición a la misma, cuando

antes había habido un cierto reparto o asignación de usos, podría ser un *venire contra factum proprium,* que no justificaría una hipotética mala fe del comunero edificante. Y respecto de aquel comunero que no consintió la alteración, ni expresa ni tácitamente, no parece razonable concederle un derecho a alegar la posible mala fe del edificante, con base en la aplicación del artículo 397 del Código Civil, como sostiene algún autor[17], si resulta que tuvo en todo momento posibilidad de conocer la obra, y de oponerse a la misma, y dejó que se siguiera adelante.

— Finalmente, existiendo buena fe del comunero edificante (o mala fe de ambas partes), aquél tendrá derecho al pago por los restantes comuneros de la parte proporcional del coste de las obras acometidas, con posibilidad de estos, como se vio más arriba, de obtener una compensación en renta del uso que el comunero edificante haya hecho de suelo y edificio durante el tiempo anterior a la liquidación de la situación.

— Lo que no ha resuelto la jurisprudencia en los casos en que se ha planteado, es cómo se decide la opción a ejercitar por los comuneros entre las dos que concede el artículo 361 del Código Civil, si por unanimidad o por mayoría de cuotas. Todo parece indicar que debe ser por mayoría, precisamente porque las obras las hizo uno de ellos, quien además no debe participar en la toma de decisión, por existir conflicto de intereses con los restantes comuneros.

2.8. Aspectos procesales en la accesión industrial inmobiliaria: imposibilidad del *dominus soli* de ejercicio de la acción reivindicatoria mientras no ejercite la opción

a) *Jurisprudencia que niega la posibilidad de ejercicio de acción reivindicatoria del* dominus soli, *frente al tercero edificante de buena fe, si no ejercita previamente alguna de las opciones previstas en el artículo 361 del Código Civil*

Es usual que la jurisprudencia reconozca que el *dominus soli* no puede reivindicar el inmueble junto con lo edificado frente al tercero constructor, si en la misma demanda no ha ejercitado la opción concreta del artículo 361 del Código Civil de quedarse con lo edificado pagando su valor.

En esta línea, se manifiestan las *SSTS de 27 de diciembre de 1980, 23 de noviembre de 1981* (aunque *obiter*), *3 de abril de 1992* y *18 de mayo de 1999.* Esta última, la *STS de 18 de mayo de 1999,* afirma literalmente:

---

[17] Carrasco Perera, *CCJC,* núm. 19, pág. 71.

> *«…En el presente supuesto no procede estimar… la ejercitada acción reivindicatoria cuando la cuestión litigiosa es constitutiva de una situación de accesión prevista y regulada en el artículo 361 del Código Civil, que requiere el previo ejercicio por la actora de la opción que dicho precepto establece».*

Dicha STS de 18 de mayo de 1999, todavía conforme a la anterior legislación procesal, consideró que, mientras no se ejercite la opción, no cabe el ejercicio de una acción reivindicatoria respecto de lo accedido.

Se trata de *una solución en parte discutible*, puesto que *la opción podría ir ya implícita en el ejercicio de la acción reivindicatoria*, *en la medida que se entendiese por parte del actor que el edificante había obrado de mala fe*, y por tanto, no tendría derecho a nada, conforme al artículo 362 del Código Civil. No obstante, sí es cierto que, en tales circunstancias, *debería cuando menos alegar en su fundamentación jurídica el artículo 362 del Código Civil y la consideración del edificante como de mala fe*, ya que de otro modo el tercero demandado no tendría medio de conocer el origen o causa del derecho de propiedad esgrimido por el reivindicante sobre la edificación, y por tanto si considera al demandado como edificante de buena o de mala fe, *causándole de ese modo una grave indefensión*.

Reiterando el mismo criterio de la STS de 18 de mayo de 1999, cabe citar también la *STS de 19 de julio de 1999.*

Por su parte, la *STS de 3 de abril de 1992* (en un caso de extralimitación sobre el vuelo ajeno), aplicando la anterior normativa procesal, admite excepcionalmente, por razones de economía procesal, que, habiendo ejercitado el *dominus* una acción reivindicatoria y no habiendo reconvenido el edificante de buena fe, pueda no obstante declararse por la sentencia el derecho de este último a quedarse con el vuelo ajeno con pago de indemnización, que se fijará en ejecución de sentencia.

Esta posibilidad queda hoy vetada con la vigente LEC, al excluirse por la misma las reconvenciones implícitas y exigirse por la misma que se concrete en la demanda la cuantía de lo reclamado (aquí, el valor del vuelo invadido), con base en los artículos 406 y 219.1 de la LEC.

En un sentido algo distinto, y también antes de la vigente LEC, la *STS de 16 de junio de 1998* admitió en parte la demanda de reivindicación ejercitada por una Comunidad de propietarios frente a la empresa constructora del edificio, que, con posterioridad a la terminación y enajenación de las viviendas, hizo obras en el subsuelo para construir determinados locales comerciales. En la demanda se alude a que el suelo es elemento común y no tenía derecho a construir en el subsuelo, pero en ningún momento se ejercita la opción del artículo 361 del Código Civil. La sentencia del TS, concediendo cosa distinta de lo solicitado en la demanda (como se comprueba comparando el Suplico de la demanda con el Fallo de la sentencia de Casación), estima la demanda de reivindicación, pero

no alude a la mala fe del constructor, ni aplica directamente ni el artículo 361 del Código Civil ni tampoco el artículo 362 del Código Civil, ya que considera que hubo mala fe por parte de la Comunidad de propietarios actora, al acometerse las obras a su vista, ciencia y paciencia, sin impedirlas, con lo que finalmente resuelve con base en el artículo 364 del Código Civil (cuando la actora en ningún momento pedía, ni de forma principal ni subsidiaria, que se le permitiese quedar con lo construido, previo pago de su valor).

Por su parte, también de forma excepcional, la *STS de 29 de octubre de 2007* parece admitir la procedencia de una demanda de reivindicación por parte del *dominus soli* (en el caso, había adquirido el terreno en subasta pública, estando ya realizada la edificación, aun cuando al parecer no se valoró la misma), a pesar de la posible aplicación de las reglas de la accesión, cuando resultó que el demandado (edificante) sólo se opuso a la demanda y no interpuso reconvención para solicitar del Juzgado que se obligase al *dominus* a abonar el valor de la edificación:

> *«No obstante, interpretando que la cita se refiere exclusivamente* al artículo 361 del Código Civil, *tampoco podría ser estimado el motivo tercero.* Dicha norma *establece que "el dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente",* lo que comporta el reconocimiento de un derecho de opción a favor del dueño del terreno en uno u otro sentido que, si se dieran los presupuestos necesarios para ello, podría haber permitido al hoy recurrente ejercer frente a la parte demandante la oportuna acción para exigirle el ejercicio de tal opción, *lo que no se ha efectuado en el presente caso. Lo que no permite la indicada norma es que, al amparo de la misma y alegando simplemente la concurrencia de buena fe en la edificación, se pueda impedir la entrega material de la finca a quien por título de compra en subasta judicial la ha adquirido».*

En el caso, parece deducirse que el edificante lo fue quien era con anterioridad propietario de la finca finalmente vendida en subasta, lo que impediría la aplicación del artículo 361 del Código Civil en todo caso, al faltar uno de sus presupuestos más arriba señalados, a saber, que un sujeto no dueño construyera en suelo ajeno, y no en suelo propio, como en este caso. A lo sumo, en tales circunstancias, el edificante propietario podría ejercitar una acción de enriquecimiento, en la medida en que se demostrase que no se tuvo en cuenta la valoración de lo edificado, al tasar el terreno para la subasta.

En todo caso, sean cuales sean las circunstancias, nada impide al *dominus soli* limitar su acción a pedir (como acción meramente declarativa, o como declaración previa de la reinvidicatoria) la declaración de su dominio sobre su finca en general, o sobre el suelo ocupado por la edificación ajena, e incluso pedir la adopción de medidas restitutorias de la posesión, en tanto se trate de

aspectos que no estén condicionados por el ejercicio de la opción adquisitiva, pero debe ser una demanda dirigida frente a un tercero distinto del edificante. Si se dirige frente a este último, debe siempre y en todo caso ejercitar expresa o implícitamente alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil.

b) *Cuestiones de cosa juzgada*

La *STS de 11 de marzo de 1985,* en un caso *a priori* de accesión invertida luego calificada por el Tribunal Supremo como accesión inmobiliaria general por haberse edificado las 2/3 partes en terreno ajeno, analizaba, conforme a la antigua normativa procesal, la cuestión de si había o no eficacia de cosa juzgada cuando en un primer procedimiento se solicitó no sólo la declaración de dominio sobre el terreno edificado por el tercero, sino también la pretensión de demolición de lo edificado, a lo que se accedió mediante sentencia judicial firme; con posterioridad se interpone por parte del edificante una demanda declarativa aduciendo que no se había ejercitado la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil, y por tanto solicitaba el pago de la indemnización del valor de lo construido. El TS, con buen criterio, entiende que hay cosa juzgada material, por entender que la cuestión es la misma al del primero de los procedimientos, y por ello desestima el recurso de casación interpuesto.

Esta sentencia plantea en buena medida las posibilidades que pueden plantearse en cuanto a posibles pretensiones de las partes, pero nos obliga a la adaptación a la vigente legislación procesal:

1. En primer lugar, la citada STS parece admitir, según la antigua normativa, una demanda en la que se pretenda por hipótesis, de manera independiente, la sola declaración de dominio del propietario del terreno frente al edificante, dejando para un juicio posterior el ejercicio de la opción. Planteada en estos términos, creemos que no es una vía correcta, en cuanto que entendemos que no es posible la sola declaración, sin ejercitar alguna de las dos opciones que concede el artículo 361 del Código Civil: si el *dominus soli* admite la edificación en su terreno por tercero no dueño, entonces sólo le cabe solicitar la declaración de dominio sobre el conjunto, ejercitando la alternativa de quedarse con lo construido, pero a la vez ofreciendo una indemnización concreta, con una cuantía determinada, que no pueda quedar para ejecución de sentencia, ni para un procedimiento posterior. De otro modo, no se podría estimar la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 219 de LEC. Sólo excepcionalmente, podría estimarse esa demanda si se considerase por el juzgador que la pretensión procesal limitaba su eficacia a una declaración genérica del dominio sobre el solar en su conjunto —esto es, no limitado a la franja o zona edificada—, pero sin que ello tenga

ninguna virtualidad real en cuanto al destino de la edificación, y siempre que no hubiera reconvención por parte del constructor forzando al dueño a elegir una de las opciones del artículo 361. Téngase en cuenta el carácter imprescriptible de la facultad de elección que el artículo 361 del Código Civil concede al *dominus*. En tales casos, sería factible un segundo y ulterior procedimiento reclamando ya bien el edificio, bien la venta forzosa del terreno, sin que hubiera cosa juzgada material.

2. Por otra parte, también podría estimarse la demanda puramente declarativa, sin ejercicio de opción alguna, y sin oferta de pago de indemnización, cuando el actor propietario del suelo estuviese ejercitando su pretensión derivada del artículo 362 del Código Civil, por entender que hubo mala fe del edificante. Esto es lo que de forma implícita sucedió en la antes citada STS de 11 de marzo de 1985, ya que en primer procedimiento se declaró el derecho a quedarse con lo edificado, sin pago de su valor, por calificarse expresa o implícitamente como de mala fe la conducta del edificante. Pero el actor debería alegar y fundamentar su derecho en la mala fe del constructor para evitar la indefensión de éste. Como es obvio, en tales circunstancias, una segunda demanda del edificante pidiendo que se declarase su derecho a adquirir el terreno, debería ser inadmitida, por proceder la excepción de cosa juzgada y ser incompatible la estimación de esa demanda con lo resuelto en procedimiento anterior.
3. Finalmente, cabe imaginar una demanda ejercitada ahora por el edificante, reclamando del *dominus* una concreta de las opciones del artículo 361 del Código Civil, y que éste simplemente se oponga a la misma, sin reconvenir, alegando, por ejemplo, que la elección le corresponde a él, y no al actor. Dicha demanda podría ser desestimada, y no impediría al dueño del suelo ejercitar una segunda en la que ya manifestase su concreta opción *ex* artículo 361 del Código Civil.
4. Fuera de los casos anteriores, en la actualidad, con la vigente normativa procesal (arts. 219, 222 y 406 LEC), si el actor es el *dominus soli*, su demanda deberá articularse de forma unitaria, reclamando alguna de las dos opciones del artículo 361 del Código Civil, de modo que, siendo la primera, debe por fuerza solicitar la declaración de su dominio sobre suelo y sobre vuelo, con ofrecimiento y subsiguiente consignación del valor de lo edificado (en tanto no se niegue la buena fe del edificante); y siendo la segunda, debe solicitar que se declare el dominio de este último sobre suelo y vuelo, previo pago por el constructor del valor de la finca (o al menos del terreno ocupado por el nuevo edificio). Dicho de otro modo, parece hoy día bastante difícil admitir un ejercicio separado, en dos procedimientos sucesivos, de una pretensión de declaración de dominio —ya sea por parte del *dominus soli*, o incluso por parte del

edificante, en demanda o en reconvención— sobre el conjunto formado por suelo y vuelo, y una posterior de fijación de indemnización del valor de lo edificado, o del valor del suelo ocupado.

c) *¿Puede el edificante de buena fe ser quien ejercite como demandante alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil?*

Como en parte se ha avanzado ya, la posibilidad de interposición, por parte del propio edificante de buena fe, de demanda principal reclamando la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil de que el *dominus soli* se quede con lo edificado, abonando una previa indemnización a aquél, está expresamente admitida en la jurisprudencia.

Manifestación clara de esta posibilidad es la *STS de 29 de abril de 1986,* en la que los constructores son los que demandan a los propietarios que les abonen el valor de lo edificado de buena fe por los primeros. La demanda fue, sin embargo, finalmente desestimada, por haberse acreditado que hubo un acuerdo de la propietaria y su marido con los edificantes para instalar en la nueva construcción un negocio de explotación avícola; en suma, porque los materiales no eran propiamente ajenos, sino también en parte de la propietaria del terreno, lo que impedía la aplicación del artículo 361 del Código Civil.

Lo admiten también las *SSTS de 21 de mayo de 1928* y *15 de octubre de 1962,* y algunos autores citan también la *STS de 31 diciembre de 1987,* a favor de esta legitimación, aunque lo cierto es que nada dice ni expresa ni implícitamente la misma al respecto.

Más recientemente, la *STS de 30 de enero de 2007* examina el supuesto de demanda iniciada por el edificante de buena fe, quien en un primer procedimiento había reclamado la adquisición del terreno sobre el que edificó, lo que fue desestimado por el Juzgado y la Audiencia con base en que la facultad de opción no le correspondía a él, sino a los propietarios del suelo. En segundo procedimiento, el mismo edificante reclamó de los propietarios que le abonasen el precio de la edificación, a lo que estos opusieron la excepción de cosa juzgada. El Tribunal Supremo da la razón al demandante (edificante de buena fe), al considerar que no había cosa juzgada, aun cuando las partes fuesen las mismas en los dos procedimientos, pero eran distintos el *petitum* y la causa de pedir. Del mismo modo, alegándose por los propietarios del suelo la vulneración del artículo 361 del Código Civil, en cuanto entendían que debería haberse solicitado la condena a los propietarios de que ejercitaran alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil, el Supremo concluye que no era necesario tal cosa, puesto que en anterior procedimiento ya se había planteado una de las dos opciones, y fue rechazada, por lo que es correcto el planteamiento de ejercitar la otra alternativa en este procedimiento, sin que a los propietarios del suelo les quepa ya optar

por la primera de las opciones, al haberse opuesto expresamente a ella, en la contestación a la demanda del primero de los procedimientos.

d) *Cuestiones de legitimación pasiva derivadas del ejercicio de la acción por edificante de buena fe, vía demanda o vía reconvención, cuando el inmueble ha sido transmitido a tercer adquirente*

La problemática la ha planteado la *STS de 10 de diciembre de 2004.* En ella se afirma:

> *«Al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión del artículo 361 del Código Civil, aplicable para la resolución de la pretensión principal objeto del debate, así como de la doctrina jurisprudencial sobre la prohibición del enriquecimiento injusto, ya que,* según denuncia, la sentencia de instancia viene a establecer, al negar la legitimación pasiva en las acciones que reconoce al constructor de buena fe con cobertura en el mencionado precepto, a quien, habiendo sido dueño del suelo, transmite éste y el vuelo construido sobre el mismo a terceros, un vaciamiento de la finalidad protectora de la norma y una consagración del enriquecimiento injusto del dueño del suelo, debido a que si a éste le basta para conseguir quedar indemne de la indemnización al constructor de buena fe prevista por el artículo 361 con optar por hacer suyo lo construido, declarándolo como obra nueva a su favor, y acto seguido, antes de que el constructor de buena fe ejercite sus acciones, transmitirlo a un tercero que resulta amparado por el efecto protector del Registro, se producirían, como ocurre en el presente caso, los siguientes efectos: *a)* el dueño del suelo quedaría enriquecido con el valor de la obra (en este caso, más de treinta y cuatro millones de pesetas cuando por la adquisición del suelo pagó sólo cuatro), *b)* el constructor de buena fe resultaría empobrecido en el valor real de su perdida inversión, y *c)* el tercer adquirente, en la medida en que ha adquirido y pagado, tanto el suelo como el vuelo, de quien aparecía como titular registral de los mismos, quedaría en posición neutral *se desestima porque, amén de que no concurren en aquí los presupuestos para la aplicación del citado artículo 361, la demanda se presentó el 8 de mayo de 1991 contra quien no era dueño, pues ha sido acreditado en las actuaciones, mediante la certificación registral aportada, que "Cocatra" transmitió la finca, mediante escritura pública otorgada el 26 de marzo de 1997, a don Cosme, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad en 5 de mayo de 1997».*

Lo que late debajo de esta doctrina, es si está correctamente formada la relación jurídica procesal cuando el demandante (en este caso, el edificante) se dirige contra quien ya no es propietario del suelo, por haberlo transmitido a tercero (en este caso, adjudicatario en subasta, previo embargo del *dominus*). Como consideración general, y habida cuenta que los artículos 361-364 del Código Civil resuelven cuestiones de atribución dominical, difícilmente se puede conseguir ese objetivo si no intervienen en el proceso quienes son edificante, por un lado, y *dominus soli* actual, por otro. Por tanto, si ya no es dueño quien lo

era en el momento de construir, la asignación del dominio de suelo o de vuelo, no puede resolverse. Cuestión distinta es en relación a la posible indemnización: si el demandante es quien edificó, no debería haber inconveniente en que pudiera obtener del juez una condena al pago del valor del edificio, en caso de que eso sea lo que solicite, y siempre que pueda acreditar que hubo un enriquecimiento sin causa por parte de ese concreto demandado, a costa del autor de la construcción. Lo que en ningún caso podrá obtener es una declaración judicial sobre el ejercicio de alguna de las opciones del artículo 361 del Código Civil, ya que esa elección sólo le corresponde al dueño actual (al que lo sea en el momento en que se plantee la disyuntiva).

2.9. Posibles particularidades de la adquisición de plantaciones y siembras

Hemos dejado para este apartado la cuestión, ya avanzada al inicio del trabajo, de la tendencia a *discernir entre los casos de accesión inmobiliaria por construcción de edificaciones, por un lado, y los de plantación y siembra*, por otro. Aun cuando la ley concede un tratamiento unitario a los tres supuestos, en la práctica no parece que sea así, al separarse el primero de los otros dos.

Prueba de lo anterior es el *tratamiento jurisprudencial diferenciado de la accesión invertida en edificaciones, y en plantaciones o siembras*. Así lo expresa con claridad la *STS de 22 de marzo de 1996,* que afirma, en un supuesto de construcción extralimitada:

> «El supuesto de la accesión invertida o construcción extralimitada *en el que la regla* superficies solo cedit *es sustituida por la de* accessorium sequitur principale sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra ya que en estos no se da la invisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye, *y dada la sinonimia existente entre los vocablos construir, fabricar, edificar y hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, significado que no es atribuible al término plantación; y en este sentido es de ver como todas las resoluciones de esta Sala recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada;* es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible…».

Es cierto que estos argumentos no son directamente trasladables a los supuestos generales de accesión industrial inmobiliaria, ya que no deja de presentarse el conflicto entre las partes, y la necesidad de atribuir la propiedad del terreno, o de lo plantado o sembrado, a uno de los dos propietarios afectados.

Pero tampoco es menos cierto que lo que subyace al anterior comentario jurisprudencial es el carácter indiscutible del menor valor económico y jurídico que, de forma general, supone la propiedad de las plantas o de las semillas introducidas en el suelo ajeno, en relación al valor de este último, lo que lleva a nuestros Tribunales a no dudar de que son casos susceptibles de ser tratados de forma separada e independiente (aunque ciertamente los arts. 361-364 del Código Civil no lo hagan así).

En suma, *lo que estamos planteando es si resulta razonable, en una interpretación acomodada a la* ratio *de los artículos 361 y siguientes del Código Civil, aplicar a las plantaciones y siembras los mismos presupuestos y los mismos efectos señalados más arriba para los casos de edificación en suelo ajeno con materiales propios, o si más bien sería defendible aplicar otros*.

En particular, quizás esté justificado —del mismo modo que se sostuvo respecto de las obras de reforma o mejora de edificios preexistentes— *un criterio más simplificador*, consistente en *entender que el* dominus soli *adquiere en todo caso, y de forma automática, la propiedad de las plantas y las semillas incorporadas al suelo por sujeto distinto del propietario*, otorgando al mismo directamente un derecho a que se le abone el valor de lo aportado o incorporado al fundo ajeno —en tanto hubiese obrado de buena fe—.

A tal efecto, en esa idea simplificadora que se defiende, *tampoco debería ser necesario*, como presupuesto de aplicación del SSC a las plantaciones y siembras, *que con carácter previo le sea abonado a su anterior dueño el valor de las plantas o semillas*, *para que se produzca el efecto transmisivo al dominus soli*, de modo que éste podría esgrimir su dominio actual sobre el conjunto frente a cualquiera, sin perjuicio del derecho que ostentaría el antiguo dueño de plantas y semillas al resarcimiento de su valor, como consecuencia del enriquecimiento obtenido por aquél.

Todo ello, además, llevaría inexorablemente a mantener también que, en estos supuestos de plantaciones y siembras, *no debería concederse* —por falta de justificación adecuada— *la misma facultad de opción que el artículo 361 del Código Civil concede con toda lógica al* dominus *en casos de edificaciones* (de buena fe), *no habiendo posibilidad para éste de ejercer la segunda opción* (obligar al que plantó o sembró a que adquiera forzosamente el terreno), *quedando limitada a la primera* (pago del valor de las plantas o semillas).

De momento, no existe una base jurisprudencial para llegar a esta conclusión, aunque sí existe alguna manifestación que, en una futura aplicación, pudiera llevar a ese resultado. Así, cabe citar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 27 de abril de 2010:*

> *«La parte actora, ÁLVAREZ FORESTAL, S. A., se alza contra la sentencia del juzgado interesando principalmente su revocación y la íntegra estimación de su demanda, lo que apoya en una pretendida infracción por la recurrida de los artículos 451, 452 y 430 del Código Civil y en las sentencias que invoca de esta*

> *Audiencia Provincial —13 de febrero de 2001, 7 de julio de 2001, 4 de diciembre de 2001, etc.—, entendiendo que los dos preceptos citados en primer lugar deben ser de aplicación analógica al caso aquí enjuiciado. Pues bien, ocurre que las sentencias invocadas dictadas por esta Audiencia* no resolvían supuestos asimilables al que aquí nos ocupa, pues en ellas se resolvió la aplicación de los artículos 431 y siguientes del Código Civil para la liquidación de las situaciones posesorias derivadas de la extinción de relaciones contractuales *entre las entidades dueñas de los terrenos y la empresa ejecutante de las plantaciones, es decir, se trataba de supuestos en los que las plantaciones habían sido realizadas no ya de buena fe, sino por quien tenía transferida la posesión de las fincas en virtud de una relación contractual y reconocido por consiguiente su derecho a la explotación de la tierra y la propiedad de lo plantado durante el tiempo de vigencia del contrato,* situación esencialmente diferente de la que aquí nos ocupa en que se trata, cabalmente, de un supuesto de plantación en suelo ajeno de buena fe —*que no se discute siquiera de contrario ni es negada en la recurrida*—. Para este caso aquí enjuiciado, el artículo 361 del Código Civil es claro al regular las consecuencias de la plantación: el dueño del terreno puede hacerlo suyo con solo indemnizar al que hizo la plantación de buena fe el importe de los gastos necesarios y los útiles (art. 453); *el precepto no hace remisión a los demás preceptos que regulan las consecuencias de la posesión (arts. 451 y sigs. del CC), ni hay base para una interpretación extensiva del concepto de "frutos" de la plantación, pues no hay en este caso marco contractual alguno que permita una conclusión similar a la alcanzada en las sentencias que se invocan por la recurrente.* En definitiva, el artículo 361 del Código Civil aplicado en la sentencia de instancia reconoce a favor del dueño del suelo un derecho de adquisición de lo plantado en su finca; y precisamente porque ese crecimiento se ha producido a costa de su finca y careciendo el que realiza la plantación de derecho alguno sobre ella, solo reconoce a favor de éste derecho a ser indemnizado en lo que invirtió y ha sido útil —debidamente actualizado como se verá—, no cabiendo reputar como enriquecimiento injusto la atribución patrimonial que de esa forma obtiene el dueño del suelo, pues tanto esa como otras posibles ventajas —como en este caso, el rebrote de los árboles talados—, encuentran causa jurídica bastante y justificante en el hecho de la propiedad del suelo. *Por todo ello, la sentencia de instancia hace correcta aplicación del artículo 361 del Código Civil y no infringe por inaplicación los preceptos invocados ni se aparta del criterio de esta Audiencia Provincial.*

De esta sentencia se deduce con claridad que la alternativa más lógica para el dueño del terreno, cuando un tercero planta o siembra de buena fe, sin vinculación contractual con el primero, es considerar que adquiere todo lo plantado de forma automática (incluso la propiedad de los rebrotes ulteriores de los árboles talados), con derecho del plantador a ser indemnizado por sus labores.

Es interesante además la particularidad que, en cuanto a la indemnización, se plantea en esta sentencia, en el caso particular de las plantaciones, a saber, si el plantador puede reclamar no sólo el valor actualizado del coste de los gastos realizados, sino también los beneficios que esa plantación ha dado al *dominus* entre la fecha de la plantación y la de liquidación de la situación. Aunque la

sentencia parece negarlo, creemos que el plantador debe tener derecho a reclamar los beneficios obtenidos por el dueño en el periodo señalado, por constituir un enriquecimiento injustificado, sin que pueda considerarse un efecto propiamente derivado de la propiedad del suelo, como aquí se sostiene, al no tener eficacia retroactiva la sentencia que declare el derecho del *dominus*, y no estar propiamente incluido en la indemnización esa partida o concepto.

En contra de nuestra tesis, y a favor de aplicar las mismas y exactas reglas a edificación, plantación y siembra, véase *la sentencia de A. P. de La Rioja, de 28 de junio de 2000* y *la sentencia de la A. P. de Granada, de 13 de mayo de 2000,* aunque ambas *obiter* (la primera, por tratarse de juicio de desahucio).

2.10. La presunción legal de que las obras son realizadas por el *dominus soli:* el artículo 359 del Código Civil

De la *STS de 16 de marzo de 1993* se desprenden dos ideas principales en la interpretación de esta norma, a saber: una, dicho artículo *«consagra el carácter expansivo del dominio»*; y dos, se recoge una presunción *iuris tantum* favorable al propietario del suelo en confrontación con el sujeto que realizó las obras y el origen económico de las mismas.

Sin embargo, es habitual en la jurisprudencia extender el ámbito de la norma mucho más allá de lo que dice, hasta el punto de usarse como norma presuntiva del dominio sobre cualquier edificación o plantación a favor del propietario actual. Ejemplo claro es la antes citada sentencia, en la que, con base en el artículo 359 del Código Civil, se niega el derecho de propiedad del ocupante de un inmueble, al no haber aportado título fehaciente (sólo un documento privado, anterior a la adquisición del dominio por su madre), frente al del actor (hermano del demandado), que trae causa del de su madre, y de la partición hereditaria de ésta, en la que participó el demandado sin oposición.

En esa línea expansiva de la citada presunción del artículo 359 del Código Civil, resulta que puede ser relevante a todos los efectos, incluso si van en contra de los intereses del propietario mismo. Así, la *STS de 7 de noviembre de 1961* recurre al artículo 359 del Código Civil, en un caso de arrendamiento en el que, con bastante probabilidad, el arrendatario había hecho obras de reconstrucción y de sobreedificación (levantó una planta más) en una de las edificaciones existentes en la finca arrendada, *para acabar condenando al propietario a reparar los desperfectos en las cubiertas de esa construcción*, sobre la base de presumir que él la había hecho, y por tanto debía pechar con su conservación, y no el arrendatario.

Este precepto es usado correctamente en la *STS de 23 de mayo de 1989,* dando la razón a la actora sobre los demandados, que alegaban haber levantado nueva planta sobre edificio ya construido, sin demostrarlo (además aducían, sin

pruebas, que eran dueños por existir copropiedad o una sociedad con la actora). Aplica, sin embargo, dicha presunción la *STS de 6 de febrero de 2007* cuando se trata de una copropiedad del solar y edificación, respecto de una vivienda construida sobre nave por uno de los comuneros, pero sin que éste llegase a probar que la construyó exclusivamente él.

Además, señala la *STS de 1 de febrero de 2000* que el título respecto de lo construido deriva del título del dominio sobre la finca, sin que para nada importe el que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de la edificación. En el mismo sentido, véase la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2005.*

La *STS de 26 de septiembre de 2002* señala que la presunción de este artículo no es derogada en absoluto por el párrafo 2.º del artículo 1359 del Código Civil respecto a la liquidación de los gananciales, si la plantación se debió a la inversión de fondos comunes, admitiéndose que dicho precepto *«se limita a regular los efectos de la plantación en fincas privativas de un cónyuge financiadas con dinero ganancial, sin derogar la presunción a favor del dueño del suelo establecida en citado artículo 359 del Código Civil».*

En sentido similar, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 16 de enero de 1998,* en un caso de obras realizadas por el marido de la propietaria de la vivienda, en régimen de separación de bienes, siendo dicho marido el administrador de los bienes de la esposa, y no habiendo logrado acreditar el origen de las cantidades entregadas a terceros para la adquisición de los materiales.

La *STS de 14 de abril de 1952* aplica el artículo 359 para negar la presunción del actor (arrendatario), que había construido en suelo arrendado una edificación adicional, de que se declarara su derecho de vuelo. El argumento empleado fue la presunción del artículo 359 del Código Civil (no se probó que el actor hubiese sido el constructor).

Finalmente, la *STS de 12 de noviembre de 1960* aplica el criterio de negar el derecho sobre las construcciones industriales o maquinarias levantadas a quienes las usaban, considerando que eran del dueño de la finca y a ellas además se extendía, por pacto, la hipoteca constituida en favor de entidad bancaria.

Otras sentencias en las que se alega este precepto, pero sin apenas relevancia práctica son: la *STS de 1 de octubre de 1991* (se trataba de «cuestión nueva» no alegada en la instancia).

3. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL TERCERO

Para que proceda la aplicación del artículo 362 del Código Civil es preciso que el inmueble sea de propiedad ajena *al constructor* (sembrador o plantador) *en el momento de la edificación.*

Así lo reconoce la *STS de 27 de abril de 1983*. En ella se deniega la condena al constructor que edificó en terreno propio (todavía propio), después de haberse obligado a entregarlo a un tercero, quien se lo había comprado y pagado; el terreno era todavía del constructor-vendedor, porque aún no había habido *traditio*. La solución del Tribunal Supremo, con ser en principio correcta técnicamente, en cuanto que no puede haber accesión del edificio en favor de quien era dueño del solar en el momento de edificar, resulta dudosa desde la perspectiva de su resultado, al menos en el caso de que, en el precio pactado en el contrato de compra, no se hubiese tenido ya en cuenta el valor de la edificación (actual o inminente). Todo parece indicar que no se tuvo en cuenta, por lo que le correspondería una indemnización por enriquecimiento injustificado, no siendo de aplicación el artículo 362 del Código Civil.

Por otro lado, respecto de la apreciación de la mala fe, la *STS de 17 de junio de 1961* la decreta cuando el edificante admite que el terreno estaba *abandonado y baldío,* lo cual *«acredita por sí* —dice el TS— *la plena consciencia de no pertenecerle por título idóneo en derecho»* (en el caso, además, había sido advertido por tercera persona, con expectativas de derecho sucesorio sobre la finca, de la abusiva ocupación del solar).

Para la *STS de 2 de junio de 1978* hay mala fe en el demandado (copropietario de la finca) por iniciar, proseguir y concluir unas obras de transformación sin contar con el beneplácito de los restantes copropietarios en la propiedad horizontal.

En cuanto a la apreciación de la mala fe, como antes se dijo al comentar el artículo 361, *la mala fe concierne sólo al edificante, no a terceros subadquirentes*, *máxime si estos tienen la consideración de terceros hipotecarios del artículo 34 LH*. Así lo afirma al efecto la *STS de 12 de abril de 1980:*

> *«Que lo prevenido en los precedentes considerandos, unido a que los tantas veces aludidos recurrentes don José Antonio A. L., don Severino B. B., don Antonio A. A. y don Antonio S. A., no hubiesen sido los constructores de las viviendas de que se viene haciendo mención, sino sus adquirentes con la consideración de terceros hipotecarios protegidos, excluye que les sea aplicable lo normado en los artículos 362 y 363 del Código Civil, ya que* la figura de accesión que estos preceptos contemplan parten del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten con relación al edificante —en caso como el presente de afectar a edificación— y que además haya actuado de mala fe, pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos, y en consecuencia con aspecto de buena fe inherente, *y al no entenderlo así la Sala sentenciadora de instancia revela la aplicación indebida de dichos artículos 362 y 363 del Código Civil, cuya infracción se denuncia al amparo del número 7.º de la tan repetida Ley de Enjuiciamiento Civil».*

En cuanto a sus efectos, el artículo 362 del Código Civil no concede al *dominus* un derecho de opción, sino que *hay a su favor una adquisición auto-*

mática de la propiedad de lo edificado. A diferencia del artículo 361, en casos de mala fe del edificante, el artículo 362 no otorga al propietario del suelo un derecho de opción, sino que le atribuye directamente el dominio de lo construido sobre el mismo. Lo dice con toda claridad la *STS de 27 de diciembre de 1980.*

No obstante, la *STS de 17 de junio de 1961* yerra al afirmar que el artículo 362 *«entra en función… por no ejercitar la actora el derecho establecido en el siguiente artículo 363…».* Esta afirmación del TS parece incorrecta, en cuanto que el artículo 362 del Código Civil no supedita sus efectos adquisitivos al hecho de no haberse recurrido al artículo 363 del Código Civil, pues ambas normas regulan efectos distintos y no excluyentes.

Sobre aplicación de los artículos 362 y 363 en el ámbito de la accesión invertida, véanse las *SSTS de 11 de marzo de 1985* y *10 de abril de 2002.*

4. LA ADQUISICIÓN DE EDIFICACIONES, PLANTACIONES O SIEMBRAS EN CASOS DE MALA FE DEL *DOMINUS SOLI* Y DEL EDIFICANTE, O DE BUENA FE DEL EDIFICANTE Y MALA FE DEL *DOMINUS SOLI*

La *STS de 17 de marzo de 1973* es la sentencia que más claramente recoge y desarrolla el mandato del artículo 364 del Código Civil, cuando señala que *«la mala fe recíproca es la determinante de la solución que da el artículo, y que el precepto establece un criterio de compensación, por estimar que la mala fe de uno, neutraliza en justa reciprocidad la del otro, para siempre, quedando patentemente fijado que lo que hay es mala fe recíproca y siendo así ésta se neutraliza a los solos efectos de la accesión».* A continuación, esta misma sentencia señala que, puesto que en el caso ambas partes habían aceptado su mala fe, ello constituye base suficiente para condenar por mala fe de los mismos a otros efectos, v.gr., de la aplicación de las reglas de la posesión de mala fe: es decir, que *el hecho de que haya «compensación» de mala fe de ambos y transmutación en buena fe, lo es a los solos efectos de la accesión*, *pero no a los restantes, en los que jugará la mala fe con toda normalidad*.

La *STS de 13 de julio de 2000* tomó en cuenta, para aplicar el artículo 364 del Código Civil a un supuesto de construcción de pabellón en terreno ajeno, el hecho de que *los socios de las dos entidades implicadas como propietaria del suelo y edificante, eran familiares*, y que incluso la contabilidad de la segunda empresa se llevó durante algún tiempo por la primera, por lo que ambas conocían de la existencia de la actividad de edificación.

Casos frecuentes de aplicación del artículo 364 del Código Civil, son los de existencia de una *comunidad de bienes o propiedad horizontal*, con edificación o alteración de inmueble por uno o varios de los comuneros, pues suele ser frecuente que los restantes tengan conocimiento de la realización de la obra. Al

efecto, véanse la *STS de 30 de septiembre de 1981,* donde ambos comuneros actúan de mala fe, porque *inicialmente* (mala fe desde el inicio de las obras) solicitaron ambos la licencia municipal para construir, aunque finalmente sólo uno de ellos lo hizo; la *STS de 16 de diciembre de 1988,* o la *STS de 20 de junio de 1995* (relativa a obras de *mejora* en pajar y cochera hecho por comunero a la vista, ciencia y paciencia de los otros, declarando la mala fe de ambos en cuanto a la realización de las obras sólo; sin que haya repercusiones negativas sobre la indemnización por pagar al comunero constructor).

Por su parte, la *STS de 16 de junio de 1998* plantea un supuesto de mala fe por ambas partes (inmobiliaria constructora y *comunidad de propietarios*), en relación a las obras hechas en el *subsuelo* del edificio por aquélla, con apertura de locales, hechas a la vista, ciencia y paciencia de la comunidad, sin oponerse en ningún momento. Así, señala expresamente lo que sigue:

> «…Los artículos 361 a 364 contemplan el supuesto que atañe al presente caso: la construcción de locales y garaje por "S.., Promociones y Construcciones, S. L." con capital y materiales propios en suelo (mejor dicho, en subsuelo) ajeno. "S..." construyó con mala fe, conociendo que el subsuelo no era ya de su propiedad, pues ya había vendido las viviendas de los bloques y había constituido estos en propiedad horizontal, siendo evidente que el suelo y subsuelo es elemento común y pertenece a los propietarios, *como propiedad inherente a su propiedad individual (art. 396 del CC).* A su vez, los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal las habían adquirido antes de la construcción de los locales y garaje en los sótanos de sus propias viviendas, por lo *que es indiscutible que tal construcción se hizo a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, ya que no consta oposición alguna en el tiempo en que se hacía, y el artículo 364 del Código Civil califica esta situación como de mala fe.* Por tanto, débese entender que unos y otra —propietarios del subsuelo y constructora— actuaron, jurídicamente, con mala fe. *El citado artículo 364 dispone que si en ambos ha habido mala fe, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fe.* Y este supuesto lo contempla el artículo 361 que da al dueño del terreno, es decir, a los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal de los bloques A a H, la opción de hacer suya la obra (locales y garaje) previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 o a obligar al que construyó ("Sancar") a pagarle el precio del terreno. *Este no es aquel precio que tuviera en 1969 (como dice la sentencia de instancia) sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno; se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecunaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor. Por tanto, en ejecución de sentencia, deberá la parte demandante optar por hacer suya la obra indemnizando a la constructora "S..." o percibir en dinero el valor actual del terreno (subsuelo) en el que se construyó».*

En la misma línea de esta sentencia, cabe señalar la *STS de 15 de diciembre de 2006,* con la que crea jurisprudencia. En el caso, se trataba de colocación en finca ajena, por parte de Comunidad Autónoma de La Rioja, de distintas

instalaciones para la extracción de agua y canalización de la misma, hecha al parecer a la vista, ciencia y paciencia del dueño, sin su oposición expresa.

Si bien se piensa, *son divergentes y no parangonables la mala fe del constructor y la del* dominus soli. Respecto a la primera, ya ha sido abordada más arriba en este trabajo, y hemos comprobado que se centra básicamente en el campo del conocimiento de la realidad jurídica, matizada en ocasiones con exigencias de conducta diligente. En cambio, *la mala fe del dueño del inmueble resulta especial, en cuanto que no afecta a un posible conocimiento o desconocimiento jurídico* (sobre la titularidad de la obra, o la licitud de la actividad constructiva), *sino más bien al simple conocimiento de que un tercero está edificando en su terreno*, lo que acarrea en suma consentir tácitamente la construcción, pudiendo y debiendo evitar la continuación de la misma.

Véase al efecto también la *STS de 4 de octubre de 1996,* sobre edificante de mala fe (antiguo alcalde de la localidad y secretario, que se habían adjudicado parcelas del Ayuntamiento de forma fraudulenta, luego anulada, y había construido en dicho terreno), siendo el recurrente en casación el Ayuntamiento afectado, frente al cual se declaró su mala fe también, por haberse construido a su vista, ciencia y paciencia, terminando por aplicarse el efecto previsto en el artículo 364 del Código Civil. Esta sentencia citada plantea el caso curioso y discutible de mala fe tanto por parte del constructor como por parte de un Ayuntamiento, dueño del suelo, sobre la base de que el primero, Secretario del dicho Ayuntamiento, junto con el mismo alcalde, habían adquirido de forma flagrantemente ilegal esos inmuebles luego edificados, de modo que, al anularse el contrato, se les consideró constructores de mala fe. Lo mismo se concluyó respecto del Ayuntamiento, al considerársele de mala fe, ya que la Corporación, presidida por aquel alcalde y asesorada por aquel secretario, pudo y debió evitar la construcción, y al no hacerlo consintió la misma, concurriendo mala fe por su parte.

El artículo 364 del Código Civil suele ser utilizado como último recurso para evitar la demolición —por razones de orden social o económico— de las obras solicitadas por el demandante (*dominus soli*) en la demanda, *sobre la base de entender en sentido amplio la mala fe del dueño del suelo*, *al no exigirse una prueba fehaciente del conocimiento por éste de la realización de las obras*. Vid. la *STS de 18 de diciembre de 1980* sobre este tema.

La norma contenida en este artículo 364 concierne exclusivamente a la accesión por incorporación. No obstante, la *STS de 7 de julio de 1997, por analogía, la aplica a un caso de accesión discreta o por producción de frutos* (concretamente, era un caso de extracción de áridos de la finca vecina, con conocimiento del dueño de ésta). El TS condena al abono, por quien se aprovechó de la extracción, de un *«canon arrendaticio de concesión minera»*.

En otros casos, para la aplicación del artículo 364 a los casos de accesión invertida, véase la *STS de 3 de diciembre de 1986.*

Respecto de sentencias de Audiencias, véanse las *SAP de Ourense, de 22 de junio de 2000; SAP de Jaén, de 19 de septiembre de 2000 y SAP de Cantabria, de 17 de abril de 2003.*

Respecto de *supuestos especiales de concurrencia de buena fe del edificante y mala fe del* dominus soli, no regulados expresamente por la ley, cabe citar la singular *STS de 29 de abril de 1986,* que plantea el supuesto de inmueble (torreón) de propiedad de un particular (que lo había adquirido del Estado), y del Estado mismo como constructor-reparador del torreón (lo hacía un Departamento administrativo diferente del que vendió), y *declaró que había buena fe del edificante y mala fe del* dominus soli, *y acaba aplicando a este último el artículo 364 del Código Civil*. Se trata, además, de un caso peculiar de mala fe sobrevenida del *dominus*, quien, desconociendo las obras al principio, lo supo después y dejó continuar las obras hasta su conclusión. Transcribimos la sentencia:

> *«…Los términos en que* se ha formalizado el presente recurso obligan a esta Sala a rechazar *el único motivo alegado porque, como es bien sabido, criterio reiterado de la misma es que* la estimación de la buena o mala fe es una cuestión de hecho reservada a la soberana resolución del Tribunal sentenciador… Y como quiera que la sentencia recurrida, en la valoración de la prueba, ha estimado la buena fe por parte del Estado, no debe entrar este Tribunal de casación a emitir juicio acerca de tal extremo habida cuenta de los términos en los que está formulado el motivo único del recurso *al amparo del número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por más que de lo actuado existan elementos suficientes para apreciar esa buena fe, según ha hecho acertadamente la Sala sentenciadora de instancia al "aceptar totalmente el segundo Considerando de la resolución apelada, en el que se analiza la existencia de buena fe por el Estado"; resolución apelada en la que el Juzgador de instancia, a su vez, había razonado atinadamente que el hecho recogido en Autos relativo a la reconstrucción de un Torreón por un Departamento administrativo después de haber sido enajenado por otro en subasta pública,* "es fruto de la lamentable y tradicional descoordinación de la Administración Pública española, sin que sea verosímil una improbada finalidad torticera", *afirmaciones categóricas con las que en ambas instancias* se ha negado inequívocamente la existencia de mala fe por parte del Estado; calificación que, a juicio de esta Sala, sí podría en su caso merecer la actitud del recurrente, el cual según sus propias alegaciones, en una de sus visitas al castillo, ya avanzadas las obras de reconstrucción, se limitó a comunicar a los operarios que las realizaba en su condición de propietario, *circunstancia que —según él— puso posteriormente en conocimiento de la Dirección General de Arquitectura,* sin que conste que tal conocimiento, de existir, fuera acompañado o seguido de ninguna actuación escrita por parte del propietario del Torreón, el cual en todo caso no utilizó ni persistió en ninguno de los medios jurídicos que tenía a su alcance. *Todo lo cual permitiría subsumir su actitud pasiva y negligente en el supuesto del dueño de mala fe previsto en el párrafo 2.º del artículo 364 del Código Civil, ya que a partir del momento en que el recurrente tuvo conocimiento de las obras de reconstrucción que él no había ordenado, dichas obras habrían sido ejecutadas "a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse"».*

5. EL ARTÍCULO 360 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES POR EL *DOMINUS SOLI* EN CASO DE OBRAS O PLANTACIONES EFECTUADAS POR ÉL MISMO

El artículo 360 del Código Civil regula el supuesto contrario al del artículo 361 del Código Civil, esto es, *ahora se trata del mismo* dominus soli *quien construye, por sí o por otro, pero utilizando materiales de propiedad ajena*. El citado artículo 360 del Código Civil exige como condición imprescindible para su aplicación, *que la obra o plantación sea realizada siempre y en todo caso por el* dominus soli, *o por otro bajo el control de éste*.

Sobre este precepto legal no existe apenas doctrina jurisprudencial. Tan sólo cabe citar las siguientes sentencias:

La STS de 20 de septiembre de 1989 niega su aplicación al caso porque las obras fueron contratadas por el arrendatario del local, *y no por el propietario*; no procede, en consecuencia, la reclamación del precio de la obra al dueño del local, por no ser él quien la contrató. Señala además dicha sentencia que *el artículo 360 del Código Civil regula esta forma peculiar de adquirir el dominio «para el supuesto de ausencia de una convención al respecto»* (aquí la hubo: un contrato de obra). Por último, excluye dicha resolución la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, alegada subsidiariamente por el constructor, por considerarse que no se ha probado el enriquecimiento del propietario, siendo lo lógico considerar enriquecido al arrendatario del local, al haber incumplido su parte en un contrato sinalagmático.

En sentido similar a la anterior, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), de 21 de febrero de 2001, niega al arrendatario de unos inmuebles la aplicación del artículo 360 del Código Civil y por tanto el derecho a que se le abone el valor de lo edificado*, por considerar que *el propio contrato de arrendamiento* daba respuesta a esa cuestión, en cuanto *otorgaba expresamente al propietario el derecho de hacer suyo, sin indemnización, todo lo que construyese el arrendatario*.

En realidad, las dos sentencias antes citadas no se corresponden con el supuesto de hecho del artículo 360 del Código Civil, que más bien regula el caso de construcción por el *dominus soli* o por alguien dependiente de éste (v.gr., un contratista de obras o en general un servidor de la posesión), pero no es trasladable al caso de obras realizadas por un arrendatario de la finca, que en su caso entraría dentro del artículo 361 del Código Civil, o de los supuestos de exclusión del mismo por existencia de pacto *ad hoc* entre las partes.

En esta dirección, resulta clarificadora la *sentencia de la A. P. de Lleida (Sección 2.ª) de 1 de julio de 1998,* que expresamente afirma, en un caso en que la arrendataria de una finca encarga obras de construcción a empresa constructora, y ésta, ante el impago por la primera, pretende reclamar a la propiedad,

con base en el artículo 360 del Código Civil, y subsidiariamente, una acción de enriquecimiento injusto:

> *«En primer lugar, se dice que se dan las circunstancias para la aplicación del artículo 360 del Código Civil.* Este artículo obliga al propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, deberá de abonar su valor. Este precepto parece va dirigido a que será el propietario del terreno el que incorpore los materiales, bien personalmente o valiéndose de auxiliares, dependientes o empleados, es decir, que haya provenido de él o por orden del mismo la incorporación de los materiales, obligándose a satisfacerlos por esta actuación personal, *pero no cuando lo ha hecho una persona independiente de él,* contratando la obra con un tercero y si existe responsabilidad como propietario sería no como tal accesión en sí, sino en virtud de otra causa, como pudiera ser el enriquecimiento injusto, *si se dan los requisitos necesarios».*

Por otro lado, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2.ª), de 21 de febrero de 2001,* parece exigir que quien reclame el pago del valor de lo construido *identifique de manera precisa qué se ha construido*, más exactamente, los materiales que han sido efectivamente utilizados por el *dominus*, ya que, en caso contrario, sería de imposible aplicación, por no poderse materialmente valorar lo utilizado e incorporado por aquél.

Aunque la redacción del artículo 360 del Código Civil no es especialmente esclarecedora en cuanto a los *efectos* que atribuye dicha norma, debe afirmarse que, para el caso de concurrencia del supuesto de hecho de la misma (construcción por parte del *dominus soli* con materiales ajenos), *la consecuencia es la atribución automática al* dominus *de la propiedad de los materiales que se hubieran unido al terreno*. El hecho de que la norma disponga que debe abonarse el valor de los materiales da a entender que *el propietario de los mismos sólo adquiere un derecho de crédito a reclamarlos (o su valor) del propietario de la cosa principal*.

Ello es así *incluso aunque hubiere mala fe por parte del dominus soli en la incorporación de los materiales:* no por eso se producirá una inversión en el criterio general, ya que el único efecto señalado en la ley es la adquisición de un nuevo derecho de crédito por parte del titular de los materiales, de obtener un resarcimiento, aparte de la posibilidad de retirar aquellos cuando pudiera hacerse sin menoscabo de la cosa principal.

La *STS de 26 de mayo de 1995* niega la aplicación de los efectos del artículo 360 del Código Civil alegado por la recurrente en casación, en un caso en que los elementos muebles incorporados lo fueron por una entidad concesionaria del Ayuntamiento de Madrid que a su vez los había contratado con empresa suministradora con pacto de reserva de dominio a favor de esta última. La sentencia considera que no hubo accesión indebida por parte del Ayuntamiento, sino que el pacto de reserva de dominio no estaba inscrito ni era conocido por la Corporación Municipal, por lo que, al aplicarse lo pactado en la concesión

administrativa sobre reversión a favor de aquélla, debía prevalecer sobre el hipotético derecho de la empresa suministradora.

Conviene finalmente hacer alguna matización sobre el alcance del *artículo 365 del Código Civil,* sobre el que parece existir cierta confusión en cuanto a sus presupuestos de aplicación, ya que *dicha norma es continuación de los artículos anteriores (arts. 361 a 364 CC)*, pero *no propiamente del artículo 360 del Código Civil (con el que sería incompatible*). Por tanto, su supuesto de hecho sería la construcción por tercero no dueño en finca ajena, con materiales propios, y además, *en parte, con materiales de un sujeto distinto de los dos anteriores*. En tales casos, la ley no resuelve un problema dominical, sino sólo concede un derecho a este último sujeto a reclamar al *dominus soli*, de forma subsidiaria, para el caso de que el edificante no pudiera hacer frente a su pago.

En efecto, la antes citada *sentencia de la A. P. de Lleida (Sección 2.ª), de 1 de julio de 1998,* es buen ejemplo de la confusión anterior, ya que se refiere a un supuesto en el que la totalidad de los materiales son de un tercero, al afirmar:

> «Alega también el apelante con carácter subsidiario la aplicación del artículo 365 del Código Civil que dice que si los materiales pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá de responder sólo en el caso de que el que los empleó no tenga bienes con que pagar, es decir que sólo se podrá recurrir a esta responsabilidad subsidiaria en el supuesto de probar que no puede cobrar del que los empleó en este caso que "Canalizaciones Valls" no tuviera bienes para pagarlo, es decir, sea insolvente, lo que la actora no ha demostrado».

RESUMEN

ACCESIÓN
PROPIEDAD
EDIFICACIONES

El presente trabajo se ocupa de analizar el estado actual de la jurisprudencia acerca de la llamada accesión industrial inmobiliaria, esto es, los supuestos de construcción exclusivamente en terreno ajeno, con o sin buena fe, excluyendo los casos de accesión invertida o construcciones extralimitadas. No obstante, la jurisprudencia pone de manifiesto la dificultad de deslindar estos dos supuestos, en casos concretos, y la conveniencia de reconducir las soluciones a las previstas expresamente en la ley, para evitar inseguridad jurídica. Por otro lado, es importante clarificar los presupuestos exactos de aplicación del

ABSTRACT

ACCESSION
PROPERTY
BUILDINGS

This paper looks at the current state of case-law on what is called «industrial accession,» i.e., construction entirely on another person's land, built in good faith or otherwise, but not including cases of inverted accession and cases of construction extending onto third-party land. Nevertheless, case-law makes it clear that it can sometimes be hard to draw a hard and fast line between the two, and it may be advisable to guide proceedings toward the solutions expressly stated in the law, to avoid legal uncertainty. Furthermore, it is important to clarify exactly what situations article 361 of the Civil Code applies to, so

artículo 361 del Código Civil, para evitar aplicar las soluciones legales a casos que no son propiamente de accesión, tales como la edificación por el propietario del terreno mismo, o por otro encargado o autorizado por él, con posterior venta o adjudicación en subasta a tercero del terreno solamente. Se hace igualmente un repaso de los títulos en virtud de los cuales el tercero puede acometer las obras en terreno ajeno, comprobándose cómo frecuentemente la jurisprudencia considera muchos de ellos como supuestos de accesión, a pesar de que doctrinalmente se estima que las normas sobre accesión sólo funcionan en defecto de título para edificar. Igualmente, se examinan los efectos previstos en cada supuesto de accesión, con toda la problemática práctica que se presenta. También se analizan múltiples problemas de orden procesal que se suscitan en los procedimientos judiciales sobre accesión, de gran trascendencia, y que casi nunca se analizan por los estudiosos de la materia. En definitiva, se ofrece un panorama general actual de una figura jurídica enormemente trascendente en el ámbito inmobiliario como la construcción, plantación y siembra en terreno ajeno, así como los supuestos de mejora, transformación o reparación de edificios preexistentes.

as to avoid applying the solutions outlined by law to cases that are not, strictly speaking, cases of accession, such as building by the land's own owner or by a person commissioned or authorized by the landowner, followed by the sale or auction of the land alone to a third party. The types of title under which a party may begin construction on third-party land are reviewed. Case-law is found frequently to regard many such cases as accession, despite the fact that, according to legal thought, the rules of accession operate only where the builder holds no title at all. The effects anticipated for each case of accession are examined, with all the practical problems they present. Legal battles over accession also pose multiple procedural problems that are critically important and yet are almost never analyzed by scholars specializing in the matter. In short, a general overall picture is painted of a concept of law that is of enormous importance in real estate, one that embraces construction, planting and sowing on third-party land and the improvement, conversion and repair of pre-existing buildings.

(Trabajo recibido el 27-9-2012 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

Los requisitos de constitución de la prenda de créditos en el Código Civil de Cataluña*

por

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS REQUISITOS DEL DERECHO REAL DE PRENDA: REQUISITOS RELATIVOS AL TÍTULO CONSTITUTIVO Y REQUISITOS RELATIVOS AL DERECHO QUE SE CONSTITUYE.

III. LOS REQUISITOS DE LA PRENDA DE CRÉDITOS:

1. La constancia en documento público.
2. La notificación al deudor del derecho de crédito pignorado:

A) *El significado de la notificación.*
B) *Las funciones de la notificación.*
C) *Las circunstancias y los efectos de la notificación.*

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil de Cataluña [CCCat] regula específicamente la constitución de la prenda de créditos en el artículo 569-13 CCCat. Este precepto, bajo la

* Este estudio se ha redactado en abril de 2013 y se integra en el Proyecto de Investigación DER 2011-26892, cuyo investigador principal es el profesor Ferrán Badosa Coll.

rúbrica *Requisitos de constitución [del derecho de prenda]*, los enumera, con carácter general y para cualquier derecho de prenda, en su apartado primero y en el tercero se refiere expresamente a la prenda de créditos, señalando que ésta «se ha de constituir en un documento público y se ha de notificar al deudor o deudora del crédito empeñado»[1]. A partir de esta disposición, se ha generalizado en la doctrina la idea de que tanto una como otra exigencia —la constancia en documento público y la notificación al deudor— son requisitos de constitución de la prenda de créditos[2], de manera que, si no concurren, ésta es inexistente[3].

A mi juicio, esta conclusión es discutible y conviene revisar lo que dice el artículo 569-13.3 CCCat. La disposición suscita, al menos, tres cuestiones. En primer lugar, la de determinar si la constancia de la prenda de créditos en documento público y la notificación al deudor son requisitos de constitución de la misma, que se añaden a los generales que el propio artículo 569-13 CCCat predica del derecho de prenda o, si por el contrario, los excluyen o sustituyen, de modo que basta su sola concurrencia para determinar la existencia de esta modalidad de prenda; en segundo lugar, la de dilucidar si tales exigencias, tanto la una como la otra, son, efectivamente, requisitos de constitución de la prenda de créditos; y, en tercer lugar y en relación con la anterior, la de establecer concretamente la función que en este ámbito desempeña la notificación al deudor del crédito pignorado, si de ella no depende la existencia de la garantía. A tratar de resolver estas cuestiones se orientan las líneas que siguen.

---

[1] Artículo 569-13.3 CCCat [*Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre cinquè del Codi Civil, relatiu als drets reals,* DOGC núm. 4640, de 24 de mayo, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2006]. El precepto carece de antecedentes legales y su contenido no se recogía ni en la *Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble*, ni en la *Llei 19/2002, de 5 de juliol, dels drets reals de garantia*, así como tampoco en los *Treballs preparatoris del Llibre Cinqué del Codi civil de Catalunya. «Els drets reals»*, editados por la *Secció de Dret patrimonial del Observatori de Dret privat de Catalunya,* del Departamento de Justicia e Interior de la *Generalitat de Catalunya* en 2003.

[2] Posiblemente por razón de lo reciente de su regulación, no existe todavía —o, al menos, no tengo noticia de su existencia— jurisprudencia sobre el precepto que pueda contribuir a aclarar su significado. En la práctica notarial no parece seguirse un criterio unitario con relación a la exigencia de notificar la prenda de créditos al deudor del crédito pignorado: me consta que algunos notarios exigen que figure en la escritura pública constitutiva, mientras otros entienden que la escritura puede otorgarse sin necesidad de este requisito.

[3] Así se desprende, por ejemplo, de la exégesis que de lo dispuesto en el artículo 569-13.3 CCCat realiza el profesor Del Pozo, en Del Pozo, P. (2010), págs. 501-502; cfr., también, Barrada Orellana, R. (2008), pág. 1855; Camacho Clavijo, S. (2009), págs. 307-319; o, recientemente, Valle Zayas, J. (2013), págs. 327-374. Excepción a esta corriente de opinión la constituye la postura del profesor Puig i Ferriol, que entiende que sólo constituye requisito de constitución de la prenda de créditos su formalización en documento público, mas no la notificación al deudor del derecho de crédito pignorado: vid. Puig i Ferriol, L. (2007), págs. 789-790 y 797-801.

II. LOS REQUISITOS DEL DERECHO REAL DE PRENDA: REQUISITOS RELATIVOS AL TÍTULO CONSTITUTIVO Y REQUISITOS RELATIVOS AL DERECHO QUE SE CONSTITUYE

Por lo que respecta a los requisitos del derecho real de prenda, se ha de distinguir entre requisitos de validez, requisitos de existencia y requisitos de oponibilidad. Los primeros se refieren a la misma configuración del título constitutivo que establece el derecho y atienden a exigencias como las relativas a la capacidad y el consentimiento de sus otorgantes o, en su caso, la forma del mismo, mientras que los otros dos se predican del derecho que se crea a través del título: los requisitos de existencia determinan el nacimiento o la constitución del derecho de prenda y, con ello y tratándose de un derecho real limitado, la eficacia *inter partes* entre su titular y el titular del derecho de propiedad gravado, y los requisitos de oponibilidad se relacionan con la eficacia *erga omnes* o frente a terceros del derecho real ya constituido.

El artículo 569-13.1 CCCat se ocupa de los requisitos de existencia del derecho real de prenda y establece que su constitución, sea cual sea el título por el que se constituye, requiere, en primer lugar, la libre disposición del bien mueble que se pignora por parte de la persona que establece la garantía [art. 569-13.1.*b)* CCCat], y, en segundo lugar, la transmisión de la posesión del bien pignorado al acreedor de la obligación garantizada o a un tercero, de acuerdo con el acreedor [arts. 569-12 y 569-13.1.*a)* CCCat][4]. Aunque el artículo 569-13.1 CCCat exige la concurrencia de estos dos requisitos con independencia de cuál sea el título a través del cual se constituye el derecho de prenda[5], lo cierto es que estos requisitos presuponen y sólo proceden en la prenda de origen contractual, cuando se establece como consecuencia de un acuerdo de voluntades entre el pignorante, dueño del bien que se pignora, y el acreedor pignoraticio, desprendiéndose el primero de la posesión del mismo y transmitiéndosela al acreedor o a un tercero, para que la ostenten y retengan hasta que se pague completamente la deuda garantizada [art. 569-2.1.*a)* CCCat][6].

El primero de estos dos requisitos —libre disposición por el pignorante del bien pignorado— presupone la propiedad del bien que se pignora en quien cons-

---

[4] Cfr. artículo 569-13.1 CCCat, que —en la enumeración de los requisitos que establece— invierte el que, a mi juicio, debiera ser el orden lógico de su secuencia, que es el que se señala en el texto.

[5] En efecto, el artículo 569-13.1 CCCat se refiere expresamente a «[l]a prenda, *constituida por cualquier título*».

[6] A este respecto, es claro que si, por ejemplo, la prenda se constituye por usucapión no existe propiamente persona que pignore el bien mueble sobre el que recae la garantía, ni traspaso posesorio del pignorante al acreedor pignoraticio, puesto que el acreedor tiene el bien en su poder sin que se lo haya entregado el pignorante o sin que éste se lo haya entregado con la finalidad de constituir un derecho de prenda, y lo posee en el concepto posesorio de acreedor pignoraticio, no existiendo título que legitime esta posesión.

tituye la garantía, responde a la consideración de la constitución de la prenda a través de un negocio dispositivo y es efectivamente un requisito de existencia del derecho de garantía: para que la prenda produzca efectos reales y grave efectivamente el bien sobre el que recae es preciso que quien la constituya sea propietario y tenga poder de disposición sobre el mismo. En cuanto al segundo requisito —desposesión del pignorante del bien que se pignora y traspaso posesorio— es de carácter institucional, determina asimismo la existencia del derecho real de prenda y obedece a la configuración de la prenda en el Código Civil catalán como derecho de garantía mobiliaria con desplazamiento posesorio[7]: el derecho de prenda existe sólo a partir del momento en que el bien mueble sobre el que se constituye se encuentra en poder del acreedor pignoraticio o de un tercero[8].

A estos dos requisitos añade el artículo 569-13.2 CCCat un tercero: la formalización en documento público del acuerdo de constitución de la prenda[9]. Ahora bien, este requisito —que confirma que el art. 569-13 CCCat no se predica del derecho de prenda constituido «por cualquier título», sino sólo del constituido contractualmente— no es un «requisito de constitución» de la prenda, a pesar de que la rúbrica del artículo 569-13 CCCat pueda inducir a pensar lo contrario, sino de oponibilidad o eficacia de la misma frente a terceros y por lo que respecta a la fecha «en que se ha acordado constituirla»[10]. El derecho real de prenda de

---

[7] Este requisito —tal como se apunta en el texto— es de carácter institucional, en cuanto responde a la tipificación legal del derecho real de prenda en el Derecho Civil catalán; esto no significa que sea, también, consustancial al mismo, considerado en abstracto, puesto que —como es sabido— se admite también en el ordenamiento jurídico español la prenda sin desplazamiento de posesión y su regulación —recogida en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento [LHMPSD] de 16 de diciembre de 1954, modificada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre— es aplicable supletoriamente en Cataluña, al no haberla derogado ni desplazado el Libro V CCCat.

Por lo que respecta al traspaso posesorio y a su relevancia en orden a la constitución y a la existencia del derecho de prenda, el profesor Del Pozo (2010), pág. 500, destaca que «[l]a posesión de la cosa por parte del acreedor se considera tan esencial que "se presume renunciado el derecho de prenda si la cosa empeñada se halla en poder de su propietario o propietaria" (art. 569-19.3)».

[8] Desde el punto de vista de la existencia del derecho real, esta consecuencia responde al principio que inspira la regulación del Código Civil catalán en orden a la constitución, transmisión y adquisición de los derechos reales de contenido posesorio, circunstancias todas ellas que, cuando, se fundamentan en un título contractual, precisan de la tradición o entrega del bien sobre el recaen estos derechos [art. 531-1 CCCat]. Por su parte y atendiendo a dicho título, la necesidad de tradición determina —en el caso del derecho real de prenda— que sólo cuando se produzca la entrega se perfeccione y sea eficaz el contrato constitutivo, que, por esta razón, se configura como un contrato real.

[9] «La prenda —dice el art. 569-13.2 CCCat— tan solo tiene efectos contra terceras personas desde el momento en que la fecha en que se ha acordado su constitución consta en un documento público».

[10] Esta referencia al «acuerdo de constitución» del derecho de prenda confirma que la prenda a la que se refiere la disposición no tiene su origen en «cualquier título» como apunta al artículo 569-13.1 CCCat, sino única y exclusivamente en un título contractual.

origen contractual se constituye y existe, produciendo efectos entre el pignorante y el acreedor pignoraticio, desde el momento en que el primero, propietario que ostenta la libre disposición del bien que pignora, transmite la posesión del mismo al acreedor de la obligación garantizada o a un tercero, con independencia de que el contrato que acoja y exteriorice el «acuerdo de constitución» sea un contrato verbal o se haya formalizado por escrito y, en este caso, con independencia también de que se recoja en un documento público o en un documento privado.

Ahora bien, la eficacia del derecho de prenda y su oponibilidad frente a terceros exige que el acuerdo o contrato por medio del cual se establece conste en un documento público. Esta exigencia no afecta a la constitución y existencia del derecho de prenda, en la medida en que, con ella, simplemente se *constata fehacientemente* y con relación a terceros una circunstancia —la propia constitución del derecho— ya producida: aún no existiendo documento público, producido el traspaso posesorio de común acuerdo entre el pignorante y el acreedor pignoraticio, el derecho de prenda existe y produce efectos *inter partes* a partir de este momento. La exigencia de documento público no es, pues, un requisito de constitución de la prenda, sino de eficacia frente a terceros y, en este sentido, conviene destacar que el artículo 569-13 CCCat, a pesar de que su rúbrica no lo manifieste adecuadamente, no se refiere sólo a los «requisitos de constitución» del derecho de prenda, sino que alude también a los requisitos de eficacia frente a terceros: de los primeros se ocupa el apartado primero del precepto, mientras que los segundos se contemplan en el segundo apartado. En un único y mismo precepto se regulan requisitos de distinta significación, sin que esta constatación quede desvirtuada por una rúbrica equívoca, que sólo mencione una única clase o categoría de requisitos, olvidando la otra, pese a contemplarla igualmente el precepto.

III. LOS REQUISITOS DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

El derecho de crédito es susceptible de constituir el objeto de un derecho de prenda [art. 569-12 CCCat] y esta circunstancia determina la concurrencia de dos obligaciones distintas: por una parte, la obligación asegurada, el cumplimiento de la cual se garantiza a través de la prenda y cuyo derecho de crédito ostenta el acreedor pignoraticio; y, por otra parte, la obligación cuyo derecho de crédito constituye el objeto de la prenda, la titularidad del cual corresponde al pignorante. Esta circunstancia determina, también, la necesidad de establecer reglas específicas en cuanto al cumplimiento de la obligación cuyo derecho de crédito se ha pignorado, en particular por lo que respecta a la legitimación pasiva del pago[11] y a los efectos del mismo, puesto que a éste se vincula precisamente

[11] Como es sabido, los sujetos activo y pasivo del pago no coinciden ni pueden confundirse con los sujetos activo y pasivo de la obligación. Por lo que a estos últimos respecta, el sujeto

la garantía. Y esto último supone, a su vez, que tales reglas no sólo afectan al acreedor pignoraticio y al pignorante, sino también al deudor de la obligación cuyo derecho de crédito se ha pignorado, toda vez que es él quien ha de cumplirla. En este sentido, pues, mientras que en el derecho de prenda considerado en abstracto los efectos frente a terceros son eventuales, en la prenda de créditos son consustanciales a la misma, en la medida en que es la conducta de un tercero —el deudor de la obligación cuyo derecho de crédito se pignora— la que posibilita la efectividad de la garantía, y esta constatación lleva a plantear si es necesario notificar o poner en conocimiento de este tercero la existencia de dicha garantía y la significación que, en su caso, tiene esta notificación en la constitución y el establecimiento de la prenda de créditos[12].

Pues bien, por lo que respecta a la constitución de la prenda de créditos, el artículo 569-13.3 CCCat señala que ésta «se ha de constituir en un documento público y se ha de notificar al deudor del crédito empeñado». La primera cuestión que plantea el precepto es —como ya se dejó apuntado— la de dilucidar si estos dos requisitos se añaden a los requisitos generales de constitución del derecho de prenda, establecidos en el apartado primero del mismo artículo 569-13 CCCat, o si, por el contrario, se trata de los dos únicos requisitos que exige la constitución de la prenda de créditos y basta que concurran para que exista la garantía, sin que, por tanto, sean precisos los previstos para «la prenda, constituida por cualquier título», a que se refiere el artículo 569-13.1 CCCat.

En rigor, no creo que existan argumentos para negar la concurrencia de los requisitos generales de constitución del derecho de prenda a la que recae sobre un derecho de crédito, de modo que ésta exige, junto a dichos requisitos, los otros dos a que alude el artículo 569-13.3 CCCat por razón de la peculiaridad de su objeto. En efecto, siendo la prenda de créditos una modalidad del derecho de prenda, parece lógico pensar que su constitución precisa de los requisitos de constitución de toda prenda. Así, en primer lugar, la necesidad de que el pignorante sea propietario y tenga poder de disposición sobre el bien pignorado supone, en la prenda de créditos, que sea el titular —acreedor— del derecho de crédito

---

activo es el acreedor, titular del derecho de crédito, y el sujeto pasivo el deudor, titular de la deuda. En cambio, en cuanto al cumplimiento de la obligación, este último o, en su caso, un tercero, es el sujeto activo del pago, en la medida en que tanto uno como el otro pueden realizar —a no ser que sea personalísima— la prestación debida [cfr. art. 1158 CC español], mientras que el acreedor es el sujeto pasivo y el único que está legitimado para cobrarlo, salvo lo dispuesto en el artículo 1163.2 del Código Civil.

[12] Evidentemente, esto no significa que el deudor del crédito pignorado agote la condición de «tercero» respecto del mismo. Con relación a la prenda de créditos y su oponibilidad a terceros, hay que distinguir entre un *tercero cualificado* —el deudor del crédito sobre el que recae la garantía— y los *terceros en general,* ajenos a la constitución de la prenda y a la relación obligatoria de la que nace el crédito pignorado y a los que las vicisitudes de la prenda pueden afectar o interesar, como, por ejemplo, pueden ser los acreedores del pignorante.

que se pignora y que esté legitimado para gravarlo[13]. Por otra parte, configurada la prenda regulada en el Código civil catalán como un derecho real de garantía con desplazamiento de posesión [cfr. art. 569-2.1.a) CCCat], tampoco hay razón para pensar que la prenda de créditos no requiera, para su constitución, que el crédito pignorado se ponga en poder y posesión del acreedor pignoraticio o de un tercero[14]: de hecho, y presupuesto que, según el artículo 569-12 CCCat, la prenda puede constituirse sobre un derecho de crédito, el propio precepto faculta al acreedor pignoraticio a «poseerlo por si mismo o por una tercera persona si se ha pactado». En cambio, no parece admisible ni produciría eficacia real la prenda de un derecho de crédito constituida por quien no fuese el acreedor titular del mismo[15], ni se consideraría tampoco existente —a efectos de su sujeción a las disposiciones del Código Civil de Cataluña— la prenda de un derecho de crédito que el pignorante conservara en su poder.

Por consiguiente, la regulación específica de la constitución de la prenda de créditos, que —según el art. 569-13.3 CCCat— exige su constancia en documento público y la notificación al deudor del crédito empeñado, no excluye la necesidad de que —como en cualquier supuesto de constitución del derecho de prenda— el pignorante sea titular del derecho de crédito pignorado y de que la posesión del mismo se transmita al acreedor pignoraticio o a un tercero[16]. La constitución de la prenda de créditos precisa la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el artículo 569-13.1 CCCat, a los que —en su caso— han de añadirse otros dos, regulados en el artículo 569-13.3 CCCat y cuya significación viene determinada por las particulares características del

---

[13] No necesariamente el pignorante —titular del derecho de crédito que se pignora— ha de ser el deudor de la obligación garantizada con la prenda del crédito, puesto que esto sólo sucederá cuando la garantía se constituya para asegurar el cumplimiento de una deuda propia, supuesto por demás habitual; pero nada impide la prenda de créditos en garantía de una deuda ajena, en cuyo caso el pignorante, acreedor que ostenta la titularidad del crédito pignorado, no es deudor de la obligación garantizada, sino un tercero ajeno a la misma.

[14] Por más que el artículo 54.2 LHMPSD admita —a raíz de su reforma por la Ley 41/2007— como un supuesto de prenda sin desplazamiento precisamente la prenda de créditos, esto sólo significa que, dentro de la prenda de créditos, existen dos clases o modalidades: la prenda de créditos sin desplazamiento posesorio, en la que el pignorante, titular del derecho de crédito pignorado, conserva su posesión y que se regula en la LHMPSD, de aplicación supletoria en Cataluña, tal y como se dejó apuntado en la anterior nota 7; y la prenda de créditos con desplazamiento posesorio, regulada específicamente en el Código Civil catalán, que es la que nos ocupa.

[15] Ello, evidentemente, con independencia de las consecuencias que deriven de la posible aplicación de las normas de protección a los terceros adquirentes de buena fe y, en particular, de lo dispuesto en el artículo 522-8 CCCat, así como también de una eventual constitución de dicho derecho de prenda por usucapión.

[16] En este sentido, pues, creo que el artículo 569-13.1 CCCat debiera predicarse de «[l]a prenda, *de cualquier clase que sea*», antes que referirse a «[l]a prenda, *constituida por cualquier título*», referencia que, por otra parte, es inexacta, toda vez que —como ya se ha dejado apuntado— el precepto regula sólo la prenda que se establece en virtud de un título contractual.

objeto —derecho de crédito— sobre el que recae la prenda: su constancia en documento público y la notificación al deudor del crédito empeñado.

Atendida la ubicación sistemática de la disposición relativa a estos dos requisitos, en el marco de un precepto dedicado a la constitución del derecho de prenda, cabría tal vez pensar que estos requisitos lo son —también y como los recogidos en el apartado primero del art. 569-13 CCCat— de constitución de la prenda de créditos, de manera que la omisión de ambos o de la de alguno de ellos determina que ésta no se constituya y que, por tanto, sea inexistente[17]. Como ya se indicó al principio de este trabajo, creo que esta conclusión es discutible y conviene analizar estos dos requisitos para tratar de precisar su significado y fijar exactamente las consecuencias que derivan de su presencia y de su omisión.

1. La constancia en documento público

La constancia de la prenda de créditos en un documento público es una exigencia expresa del artículo 569-13.3 CCCat y, por tanto, su configuración como requisito específico de la misma es indudable. Lo que ya no lo es tanto es ante qué tipo o clase de requisito nos encontramos o, lo que es lo mismo, qué efectos determinan su concurrencia o, en su caso, su inobservancia.

La doctrina que ha estudiado el precepto y se ha detenido en el examen de este requisito entiende que se trata de un requisito de constitución de la prenda de créditos, aunque no existe acuerdo en cuanto a su fundamento, que se quiere encontrar, bien en la necesidad de constatar la existencia del derecho, bien en su oponibilidad frente a terceros[18].

---

[17] Este es —como ya se dejó apuntado— el parecer generalizado en la doctrina: cfr. Del Pozo (2010), págs. 501-502, y los restantes autores citados en la nota 3.

[18] Para Valle Zayas (2013), pág. 343, el «requisito… de que la prenda "deba constituirse" en documento público, es de difícil inteligencia» y entiende que «por contraposición con el apartado 2 de este mismo artículo, solo cabe interpretar que este apartado 3 establece un requisito de validez de la prenda, es decir, en el caso de prenda de créditos, la forma pública sería un requisito *ad validitatem*. Resulta difícil justificar la rigidez de este apartado 3, que no se encontraba ni en la LDRG ni en la LGP y que, muy probablemente, provocará que los operadores sustraigan las prendas de créditos del ámbito del CCCat, sobre todo existiendo alternativas como la de constituir la prenda como una prenda sin desplazamiento del artículo 54 LHMPSD». Por su parte, el profesor Del Pozo (2010), pág. 501, considera «lógico que un derecho de crédito, dado su carácter incorporal, exija que la prenda que se constituya sobre el mismo quede documentada», por más que se muestre también crítico con la exigencia de que esta documentación sólo admita el documento público, advirtiendo que «el requisito de la escritura pública quizás resulte excesivo y, por complicado, limitador de este tipo de prendas en la práctica». Barrada Orellana (2008), pág. 1855, aún relacionando la constancia en documento público con la oponibilidad y, por tanto, la eficacia de la prenda de créditos frente a terceros, la considera igualmente requisito de constitución de la misma: «[e]n el caso de la prenda de créditos, su constancia en documento público se configura como un requisito más de constitución, que implica la completa oponibilidad de la garantía desde su nacimiento». En el mismo sentido, Camacho Clavijo (2009), pág. 316,

A mi juicio, el establecimiento y la constancia de la prenda de créditos en un documento público puede desempeñar una triple función: en primer lugar, puede responder a una exigencia formal del título constitutivo y, desde este punto de vista, configurarse como un requisito de validez del mismo; en segundo lugar, puede orientarse en torno a la oponibilidad del derecho de prenda frente a terceros y, desde este punto de vista, constituir un requisito de eficacia *erga omnes* de la garantía; y, por último, puede identificarse con una de las posibles modalidades de entrega o traspaso posesorio [cfr. art. 531-4.2.*a)* CCCat] y, desde este punto de vista, considerarse como un requisito de constitución de la prenda de créditos.

Pues bien, cuando el artículo 569-13.3 CCCat dispone que la prenda de créditos «*se ha de constituir en un documento público*», atribuye a la constancia de la misma en documento público la función de materializar el traspaso posesorio que exige la existencia del derecho de prenda en el Derecho Civil de Cataluña[19]. El apartado primero de este mismo precepto, al enumerar los requisitos de constitución del derecho de prenda en general, exige —para la existencia, pues, de cualquier derecho de prenda— «la transmisión de la posesión … por cualquier medio admitido por el presente código» y, por su parte, el artículo 531-4 CCCat, al regular a su vez las clases de tradición o entrega a través de las que puede verificarse el traspaso posesorio, alude expresamente al «otorgamiento de la escritura pública correspondiente, si del mismo documento no resulta otra cosa» [art. 531-4.2.*a)* CCCat][20]. Es más, en materia de «tradición de los bienes incorporales»[21] —categoría de bienes a la que pertenece el derecho de crédito—, el artículo 531-5 CCCat puntualiza que dicha tradición «se produce por la entrega de los títulos, *por la tradición instrumental* o por el uso que hacen los adquirentes con consentimiento de los transmitentes» y, como es sabido, la denominada «tradición instrumental» es —precisamente— aquella que se realiza mediante el otorgamiento de escritura pública[22]. Por tanto, cuando

---

considera que «[l]a constancia de la prenda de créditos en instrumento público es un requisito de constitución de la misma pues la formalización de la garantía garantiza para este tipo de prendas su oponibilidad frente a terceros y de las facultades que en ella se integran».

[19] Esta es, también, la opinión del profesor Puig i Ferriol (2007), págs. 789-790: «L'article 569-13.1 CCCat exigeix per a la constitució del dret de penyora el requisit de la transmissió possessòria del bé empenyorat, que en el cas de la penyora de crédits es compleix des del moment en què per a la seva constitució l'article 569-13.3 exigeix el requisit del document públic, que equival a la transmissió dels béns incorporals o drets segons l'article 531-5 CCCat».

[20] Concretamente, el artículo 531-4 CCCat dispone lo siguiente: «1. La tradición de un bien se produce cuando es entregado a los adquirentes y estos toman posesión del mismo con el acuerdo de los transmitentes. 2. El poder y la posesión de un bien se entregan, además de lo establecido por el apartado 1, por: *a)* El otorgamiento de la escritura pública correspondiente, si del mismo documento no resulta otra cosa».

[21] Rúbrica del artículo 531-5 CCCat.

[22] A este respecto, conviene destacar que, según el artículo 531-4.2.*a)* CCCat, dicho otorgamiento supone *siempre* entrega o traspaso posesorio, a no ser que del mismo documento público resulte otra cosa.

el artículo 569-13.3 CCCat impone la constitución de la prenda de créditos en «documento público» no hace más que concretar la exigencia de la transmisión de la posesión consustancial al derecho de prenda regulado en la legislación catalana y especifica —dado lo peculiar del objeto sobre el que recae la prenda de créditos— a través de qué medio —entre los admitidos por el Código Civil de Cataluña— se verifica la transmisión posesoria. En definitiva, pues, la constancia de la prenda de créditos en un documento o escritura públicos es, efectivamente, requisito de constitución de la misma, en la medida en que, por medio del otorgamiento de dicho documento se realiza la tradición o entrega del crédito pignorado a los acreedores pignoraticios o a terceras personas; por lo mismo, si la prenda de créditos no se constituye en documento público no llega a nacer y debe considerarse inexistente por no consumarse el traspaso posesorio[23].

La necesidad de que la prenda de créditos conste en un documento público obedece —simplemente— a que el otorgamiento del mismo posibilita la transmisión del derecho de crédito del pignorante al acreedor pignoraticio o, en su caso, a un tercero, puesto que no hay razón alguna que, desde un punto de vista técnico o teórico, exija que el título constitutivo de la prenda de créditos se configure como un negocio jurídico solemne o que sea oponible frente a terceros. Si, según el artículo 569-13.3 CCCat, la prenda de créditos «se ha de constituir en un documento público», ello no responde a un eventual requisito de validez de su título constitutivo o a una eventual oponibilidad de la prenda frente a terceros, sino a que sólo a través del documento público se transmite la posesión del crédito [cfr. arts. 531-4.2.*a)* y 531-5 CCCat] y a que si no hay traspaso posesorio no se constituye efectivamente la prenda [arg. *ex* art. 569-13.1.*a)* CCCat].

Ahora bien, esto presupuesto, es cierto que la exigencia del documento público como instrumento que materializa la entrega del crédito pignorado determina que el título constitutivo de la prenda de créditos se configure como un contrato formal[24], de manera que el otorgamiento de escritura pública constituya entonces

---

[23] Conviene insistir en que esto es así por lo que respecta a la prenda de créditos que se quiera someter a las disposiciones del Código Civil de Cataluña, pero no, evidentemente, si se quiere configurar como prenda sin desplazamiento, sujeta entonces a los preceptos de la LHMPSD. Ahora bien, con relación a la regulación estatal y a la calificación misma de «prenda sin desplazamiento» que efectúa el legislador, cabe plantear si esta calificación es adecuada y si esta modalidad de prenda se caracteriza efectivamente por la inexistencia de traspaso posesorio, puesto que, según el artículo 3.1 LHMPSD, su constitución exige también «escritura pública», y el otorgamiento de la misma equivale a la entrega del objeto a que se refiere [art. 1462.2 CC], disposición que, además, se aplica específicamente a la transmisión de la posesión de los bienes incorporales [art. 1464 CC]. Con todo, y teniendo en cuenta que el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición «si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» [art. 1462.2 CC], hay que entender que en el caso de la orientada a la constitución de la «prenda sin desplazamiento» nos encontramos ante uno de estos supuestos en los que «de la misma escritura» resulta expresamente lo contrario.

[24] Al referirse a la constitución del derecho de prenda, y por lo que respecta a los requisitos de forma, el profesor Puig i Ferriol (2007), pág. 800, señala que, con relación «al contracte

también un requisito de validez del mismo, cuya omisión provoca su nulidad al faltar un elemento esencial. Y es asimismo cierto que esta misma exigencia permite igualmente que, desde el mismo momento de su constitución, la prenda de créditos sea eficaz no ya sólo entre el pignorante y el acreedor pignoraticio, sino también frente a terceros y sea, por tanto, oponible *erga omnes*, de manera que el otorgamiento de escritura pública sea asimismo requisito de eficacia de la garantía. Pero sin negar que la constancia en documento público pueda desempeñar estas funciones, conviene insistir en que como requisito de constitución y de existencia del derecho de prenda de créditos —en consideración al cual lo contempla precisamente el art. 569-13.3 CCCat— sólo se refiere a su función traditoria: al constar necesariamente en documento público, el título constitutivo se convierte en un negocio formal y esta constancia permite asimismo su oponibilidad frente a terceros; pero, en rigor, la necesidad del documento público responde a la exigencia de materializar el traspaso posesorio consustancial a la prenda «con desplazamiento» que regula el Código Civil catalán y por eso es requisito de constitución de la prenda de créditos[25]. Ahora bien, siendo así, «la constitución en documento público» a que se refiere el artículo 569-13.3 CCCat no se configura tanto como un tercer requisito, propio de la prenda de créditos, que deba añadirse a los dos que, con carácter general y para todo derecho de prenda, establece el artículo 569-13.1 CCCat, sino como especificación o concreción —en el ámbito del derecho de prenda cuyo objeto lo constituye un derecho de crédito— de uno de estos dos requisitos generales: el relativo a

---

com a títol de constitució del dret real de penyora,... no s'exigeixen uns requisits de forma especials, amb la conseqüència doncs que aquest contracte s'ha de qualificar d'aformal, en el sentit que es pot convenir de forma verbal o en document públic o privat: amb l'excepció que resulta de l'article 569-13.3 respecte a la penyora de crèdits que exigeix el requisit de la seva formalització en document públic». Y al aludir concretamente a esta exigencia, apunta —*op.* y *loc. cits.*— que la expresión utilizada por el referido precepto, disponiendo que la prenda de créditos «s'ha de constituir en document públic», ha de entenderse «en el sentit que el document públic s'exigeix com a requisit de forma *ad solemnitatem,* amb la conseqüència que el seu compliment determinarà a la vegada la transmissió de la possessió per la via de la tradició instrumental segons l'article 531-4.1.*a) (sic)*». Estando de acuerdo con estas apreciaciones, lo que —a mi juicio— cabría puntualizar es que la constancia en documento público no se exige tanto como requisito de forma del título constitutivo, cuyo cumplimiento determina el traspaso posesorio, sino como requisito de constitución del mismo derecho de prenda que materializa este traspaso y cuya consecuencia es —tal como se apunta en el texto— que su título constitutivo se configure como un contrato formal.

[25] En este sentido, pues y por más que, de acuerdo con el artículo 569-13.2 CCCat, el otorgamiento de documento público constituya requisito de eficacia —oponibilidad frente a terceros— del derecho de prenda, esto no significa que también lo sea —o que sólo lo sea— con relación a la prenda de créditos. En ella, el otorgamiento de documento público es algo más: al materializar el traspaso posesorio del crédito que se pignora, constituye requisito de existencia de la prenda de créditos, con independencia de que, además y como consecuencia del carácter público del documento en el que se establece, desempeñe asimismo la función de requisito de eficacia de la misma, ya constituida, posibilitando su oponibilidad frente a terceros.

«[l]a transmisión de la posesión de los bienes [pignorados] a los acreedores o a terceras personas, de acuerdo con los pignorantes, por cualquier medio admitido por el presente código», a que alude el artículo 569-13.1.*a)* CCCat.

2. La notificación al deudor del derecho de crédito pignorado

Como ya se ha apuntado, característica de la prenda de créditos es que, desde el mismo momento de su constitución, no sólo produce efecto entre el pignorante y el acreedor pignoraticio, sino que, además, afecta también a terceros, en la medida en que la realización del bien pignorado precisa de la intervención del deudor del derecho sobre el que recae la prenda. De ahí, pues, la necesidad de notificar al mismo la pignoración del crédito; ahora bien, esto presupuesto, la cuestión que se plantea es la de dilucidar el significado de esta notificación y la función que desempeña en el proceso de constitución de la prenda de créditos, así como también los efectos o consecuencias que derivan de la misma.

Como también se ha dejado ya apuntado, el artículo 569-13.3 CCCat exige —«se ha de»— como requisitos específicos de la prenda de créditos, su constancia en un documento público y su notificación «al deudor o deudora del crédito empeñado» y del tenor literal de esta disposición la doctrina deduce que uno y otro requisito determinan la constitución del derecho de prenda sobre créditos; es más, si bien en ocasiones se cuestiona la exigencia de la constancia en documento público, no suele discutirse el valor de la notificación como requisito de existencia de la prenda de créditos[26], afirmándose en cualquier caso que, si falta, no existe la garantía[27].

---

[26] Así, por ejemplo, el profesor Del Pozo (2010), pág. 502, entiende que «[l]a notificación, en cambio, sí que tiene carácter esencial. En efecto, debemos tener en cuenta que la notificación del derecho que se realice al deudor del crédito objeto de la garantía, cumpliría un papel complementario de la desposesión, ya que se consigue que el pago que éste haga en adelante a su acreedor no sea liberatorio, como ocurre cuando el crédito ha sido cedido, en el caso del artículo 1527 del Código Civil; por otra parte, ello no excluye que la oponibilidad de la prenda a terceros requiera la escritura pública». Valle Zayas (2013), pág. 341, habla, en este caso, de requisito de validez, por más que critique la calificación legal que —a su juicio— se desprende del precepto: «[L]a prenda de créditos debe ser notificada al deudor cedido para ser válida. Nótese que la notificación no parece, conforme al tenor literal de la norma, requisito de oponibilidad, sino de validez, lo que resulta más difícil de entender, si cabe». En cualquier caso, me parece discutible el significado que este autor atribuye a la notificación, considerando que sustituye a la entrega del crédito pignorado, postura que ya había mantenido Camacho Clavijo (2009), págs. 317-318, al identificarla con un supuesto de *traditio ficta,* «como forma de entrega del derecho (transmisión de la posesión)». A mi juicio, si efectivamente existe entrega y transmisión de la posesión en la prenda de créditos regulada en el artículo 569-13.3 CCCat, esta circunstancia está representada por la constancia de la misma en documento público y no por su notificación.

[27] Cfr., en este sentido, Barrada Orellana (2008), págs. 1855-1856: «[L]a notificación resulta indispensable como forma de acreditar frente al deudor la existencia y titularidad de

A) *El significado de la notificación*

Creo que estas opiniones pueden ser revisadas. Atendiendo a la literalidad del precepto contenido en el artículo 569-13.3 CCCat, puede apreciarse que, con relación a la prenda de créditos, distingue claramente dos circunstancias distintas que se producen —o pueden producirse— en dos momentos también distintos: en primer lugar, la «prenda de créditos *se ha de constituir* en un documento público»; y, en segundo lugar, «la prenda de créditos *se ha de notificar* al deudor o deudora del crédito empeñado». La primera de estas circunstancias se califica expresamente de *requisito de constitución* del derecho de prenda y —como ya se ha visto— ello es congruente con la idea de que, a través del otorgamiento del documento público, se produce el traspaso posesorio del objeto pignorado, que determina efectivamente la existencia de la garantía. Pero en modo alguno se afirma lo mismo respecto de la segunda circunstancia: no se dice que la constitución de la garantía exige *la constancia en documento público y la notificación al deudor del crédito empeñado*, sino que *constituida la garantía en documento público, se ha de notificar su existencia* —una vez constituida, por tanto— *al deudor*.

La rúbrica del artículo 569-13 CCCat, que, en cualquier caso, no tiene valor normativo, tampoco debe llevar a engaño. Por más que se refiera a los «requisitos de constitución del derecho de prenda», el contenido del precepto regula no sólo estos requisitos, de los que se ocupa exclusivamente en el apartado primero, sino también —como se ha dejado ya apuntado— los *requisitos de eficacia y de oponibilidad* de la prenda frente a terceros y a ellos alude en el apartado segundo. Pues bien, lo mismo sucede con relación a los requisitos de la prenda de créditos recogidos en el tercer apartado[28]: en él se recogen requisitos de constitución y requisitos de eficacia y mientras la constancia en documento público pertenece a los primeros, la notificación al deudor se reconduce a los segundos[29].

En la prenda de créditos, la eficacia y oponibilidad de la misma frente a terceros tiene especial trascendencia, puesto que —se ha dicho ya— la reali-

---

la garantía, al objeto de procurar su operatividad y eficacia, especialmente en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. En su consecuencia, …, el deudor no notificado que pague al pignorante queda liberado de su obligación, porque, al no existir notificación, requisito esencial de constitución de la prenda de crédito, no existe la garantía».

[28] Que, recordémoslo, carece de antecedentes legales y no constaba tampoco en el texto originario del Anteproyecto de Libro V CCCat sometido a discusión parlamentaria.

[29] Sin que a ello obste, por supuesto, la fórmula imperativa de la disposición: lo único que pone de relieve esta formulación es que, para que la prenda de créditos exista, «se ha» de constituir en documento público, y para que sea eficaz frente a terceros —en particular, frente al deudor del crédito empeñado, que lo es con relación a la prenda constituida sobre el mismo— «se ha» de notificar su existencia a aquél o aquellos frente a los que se la quiera hacer valer.

zación de la garantía sólo es posible a través de la actuación del deudor del crédito pignorado, que ostenta precisamente la condición de «tercero» respecto de la prenda que lo grava: de ahí, pues, la necesidad de notificarle la existencia del gravamen[30]. Pero de esta necesidad no ha de concluirse que tal notificación constituye un requisito de constitución de la prenda de créditos, puesto que ésta ya está constituida —a través del otorgamiento de la escritura pública— y lo que se notifica al deudor es la existencia de la prenda, a efectos de determinar la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento de la obligación sobre cuyo crédito recae la prenda[31] y, también, las consecuencias que, en su caso, deriven del pago realizado. En definitiva, lo que establece el artículo 369-13.3 CCCat es que, una vez constituida la prenda de créditos, su existencia ha de ser notificada al deudor del crédito pignorado, no como requisito de constitución de la misma —la prenda ya está constituida—, sino como requisito de eficacia del régimen de cumplimiento de la obligación cuyo crédito se ha pignorado. En parte alguna dice el artículo 569-13.3 CCCat que esta notificación sea necesaria para constituir la prenda de créditos, ni permite tampoco deducirlo de lo que dice, puesto que lo que, en su caso, se desprende de su tenor literal es todo lo contrario: una vez constituida en documento público, se ha de notificar la constitución de la prenda ya existente al deudor del crédito al que afecta. Lo que se comunica al deudor es la existencia de un gravamen ya constituido y, por tanto, esta notificación no puede ser también requisito de constitución del mismo, sino de los efectos que dicho gravamen está llamado a producir frente al deudor del crédito pignorado.

Este significado que se atribuye a la notificación lo confirma un último dato: si en los supuestos de transmisión de créditos en los que el acreedor se desprende de su titularidad y la cede a un tercero, que se convierte de este modo en el nuevo acreedor ocupando la posición del anterior, no se exige para la validez de la cesión el conocimiento del deudor ni, por tanto, que se le notifique la misma [cfr. arts. 1526 a 1530 CC español][32], no tiene sentido que se precise esta notificación cuando la cesión —como en el caso de la prenda de créditos— no se orienta a transmitir la titularidad del derecho de crédito, sino tan sólo la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento, conservando

---

[30] Respecto de la condición de «tercero» del deudor del crédito pignorado, cfr. lo dicho en nota 12.

[31] En este sentido, ya Puig i Ferriol (2007), pág. 800: «[E]l requisit de la notificació de constitució del dret de penyora al deutor del crédit empenyorat... es limita a determinar la legitimació per a rebre el pagament».

[32] Con relación al contrato de cesión de créditos regulada en los artículos 1526 a 1530 del Código Civil, señala Marco Molina, J. (2010), pág. 1667, que «[c]omo contrato, la voluntad de cedente y cesionario basta para perfeccionar el negocio, sin precisar siquiera como requisito externo de eficacia el asentimiento del deudor cedido, cuyo posible interés en mantener a un determinado acreedor en lugar de otro no se tutela legalmente (art. 1198.2 CC). Basta, por tanto, el acuerdo de cesión —acompañado, como se ha dicho, de la tradición— para transmitir el crédito al cesionario y, consiguientemente, la facultad de exigirlo al deudor».

el pignorante su condición de acreedor —titular— del crédito sobre el que se constituye la garantía[33].

B) *Las funciones de la notificación*

Considerada la notificación al deudor del crédito pignorado un requisito de eficacia de la prenda de créditos, la función que desempeña se relaciona con la misma configuración de la garantía. En efecto, el establecimiento de un derecho real de prenda sobre un derecho de crédito constituye un gravamen cuya consideración como derecho real limitado determina que no afecte a la titularidad del mismo, que continúa ostentando el pignorante, sino a su ejercicio y, en particular, a la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento de la prestación objeto del derecho de crédito pignorado. La prenda de créditos, como cualquier otra prenda, como cualquier derecho real limitado, no afecta a la titularidad del bien gravado, que corresponde al pignorante; pero el acreedor pignoraticio ostenta su posesión y está facultado para ejecutar el bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, facultad que, siendo este bien un derecho de crédito, se traduce en la legitimación para reclamarlo y cobrarlo.

En este sentido, el acreedor pignorante, titular del derecho de crédito pignorado, al constituir la prenda, se desprende de esta legitimación en beneficio del acreedor pignoraticio —titular del derecho de crédito garantizado— que es quien pasa a ostentarla en exclusiva, de modo que sólo él es quien puede exigir y recibir el pago del deudor del crédito pignorado. Esta consecuencia no es sino manifestación de la facultad que el artículo 569-12 CCCat atribuye al acreedor pignoraticio, «en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para solicitar la realización del valor» del bien sobre el que se ha constituido la prenda: tratándose de un derecho de crédito, la facultad para «solicitar la realización del valor» exige que el acreedor pignoraticio esté legitimado para reclamar el cumplimiento de la obligación a que se refiere dicho derecho de crédito y de ahí que su titular se desprenda de la facultad que a este respecto le corresponde en beneficio de aquél[34].

---

[33] En cualquier caso, lo expresado en el texto no significa que la eficacia de la prenda de créditos se agote en la notificación de su constitución al deudor del crédito pignorado. Como ya se ha dejado apuntado, los efectos de la prenda de crédito se predican no sólo respecto de dicho deudor, que se configura como un *tercero cualificado*, sino también respecto de los *terceros en general*. El otorgamiento del documento público en el que se establece la prenda de créditos posibilita que la constitución de ésta —precisamente a través de este otorgamiento— despliegue sus efectos frente a cualquiera, incluido el propio deudor del crédito pignorado; la notificación a este último circunscribe estos efectos al mismo, en orden a la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento del crédito empeñado y a las consecuencias del pago.

[34] El artículo 569-18 CCCat confirma que la legitimación para reclamar y cobrar la obligación cuyo derecho de crédito se ha pignorado corresponde en exclusiva al acreedor pignoraticio

En el Derecho Civil catalán, la atribución de esta legitimación al acreedor pignoraticio se produce por medio de la cesión al mismo del derecho de crédito del que el pignorante es y continúa siendo titular: la prenda de créditos puede, pues, configurarse como un supuesto de cesión de créditos *sin* transmisión de titularidad y se traduce en un mero traspaso posesorio, a través del cual se confiere al acreedor pignoraticio la legitimación para exigir y recibir el cumplimiento del derecho de crédito cedido.

Esta cesión se verifica a través del otorgamiento de la escritura pública constitutiva de la prenda de créditos. Ahora bien, por más que se haya producido este traspaso posesorio y se haya realizado en un documento público, la incorporalidad del derecho de crédito determina que el deudor del crédito pignorado no tenga modo de saber que la legitimación para reclamar el cumplimiento del mismo se ha atribuido al acreedor pignoraticio. De ahí la necesidad de que se le comunique esta circunstancia y de ahí, pues, la necesidad de «notificar al deudor o deudora del crédito empeñado» la existencia de la prenda de créditos [art. 569-13.3 CCCat].

La notificación desempeña, pues, una doble función: en primer lugar, confirma que el conocimiento y el consentimiento del deudor del crédito pignorado son irrelevantes en la constitución de la prenda[35]; y en segundo lugar, pone de manifiesto a dicho deudor que, transmitida la posesión del crédito y la facultad de reclamarlo, quien está legitimado para exigir su cumplimiento y recibir la prestación debida es sólo el acreedor pignoraticio, por más que el pignorante continúe conservando su titularidad. Precisamente porque se ha producido la cesión del derecho de crédito pignorado y el acreedor pignoraticio está en posesión del mismo y ostenta la legitimación exclusiva para reclamarlo y cobrarlo, hay que notificar al deudor la constitución de la prenda, para que pague al acreedor pignoraticio y no a su acreedor, que sigue siendo titular del derecho de crédito pignorado. En definitiva, la notificación al deudor revela el régimen jurídico a que se sujeta el cumplimiento del crédito pignorado en el derecho catalán: si bien el titular del derecho es el pignorante, quien ostenta la legitimación para exigir dicho cumplimiento es sólo el acreedor pignoraticio, a quien corresponde la posesión exclusiva del crédito pignorado en virtud del traspaso posesorio producido por el otorgamiento de la escritura pública constitutiva.

---

al establecer la subrogación de la garantía sobre el «objeto recibido como consecuencia del pago», dando por supuesto que éste se encuentra en poder de aquél y sin que sea preciso que se lo entregue el acreedor pignorante, circunstancia que sería necesaria si éste conservara la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento correspondiente al crédito pignorado.

[35] En efecto, de no ser así y si se exigiera dichos conocimiento y consentimiento para constituir la prenda de créditos, no sería necesario comunicar al deudor la existencia de un gravamen del que ya tendría o debería tener noticia desde el mismo momento de su constitución.

C) *Las circunstancias y los efectos de la notificación*

Presupuesto que —de acuerdo con lo que establece el art. 569-13.3 CCCat— la prenda de créditos exija la notificación de su constitución al deudor del crédito pignorado, lo que no dice este precepto es quién ha de efectuar esta notificación, cuándo ha de realizarse y qué efectos derivan de la misma.

Por lo que respecta a la primera cuestión, cabe pensar, en principio, que tanto el pignorante, titular del derecho de crédito sobre el que constituye la garantía, como el acreedor pignoraticio, en beneficio del cual se establece la misma, pueden notificar al deudor del crédito pignorado la constitución de la prenda. Por otra parte, si recurrimos a la regulación que, en materia de cesión y transmisión de créditos, establece el artículo 1198 del Código Civil español, podríamos concluir que dicha notificación corresponde hacerla al acreedor pignorante, en cuanto cedente —aún sin finalidad de transmitir su titularidad— del crédito pignorado [cfr. art. 1198.2 CC]. Ahora bien, a mi juicio, más que atender a este precepto en concreto, que, por otra parte, se refiere a una cuestión específica —la compensación de créditos entre el acreedor cedente y el deudor cedido—, lo que hay que tener presente es a quién beneficia o perjudica la notificación, criterio que, en última instancia, es también el que inspira al propio artículo 1198 del Código Civil. A este respecto y si las consecuencias de la notificación se relacionan —como más adelante se verá— sólo con los efectos liberatorios del pago realizado al acreedor pignorante por el deudor del crédito pignorado a quien no se comunicó la pignoración, parece que la notificación debe realizarla el acreedor pignoraticio a favor de quien se constituyó la prenda de créditos y, además, que la misma se configura como una carga, en el sentido de que de su omisión derivan consecuencias perjudiciales para quien deba asumirla[36].

En cuanto al momento en que ha de notificarse la constitución de la prenda al deudor del crédito pignorado, puede efectuarse en cualquier momento antes del pago de la obligación sobre cuyo derecho de crédito se ha constituido la garantía. En este sentido, pues, cabe la notificación en el mismo momento en

[36] Sobre el sujeto al que corresponde la notificación en el caso de la cesión de créditos con la finalidad de transmitir su titularidad que regula el artículo 1527 del Código Civil español, la profesora Marco Molina entiende que «la carga de comunicación recae, en última instancia, sobre el cedente del crédito», al considerar que sobre él revierten también las consecuencias perniciosas —entre ellas, las relativas a la situación de compensación regulada en el art. 1198 CC— de la falta de comunicación: cfr. Marco Molina (2010), pág. 1168. Con todo y en la medida en que en la prenda de créditos los efectos de la falta de notificación se refieren sólo a las consecuencias del pago, cabe pensar que la carga de comunicar al deudor del crédito pignorado el gravamen constituido sobre el mismo corresponde al acreedor pignoraticio, en el bien entendido que ha de justificar esta circunstancia, bastando para ello la exhibición de la escritura pública que documenta la prenda de créditos y materializa el traspaso posesorio.

que se establezca la prenda de créditos[37], pero evidentemente también en un momento posterior, puesto que los efectos que derivan de ella se refieren al cumplimiento de la obligación cuyo crédito se ha pignorado. En este sentido y en atención a que el acreedor pignoraticio, en cuanto legitimado para reclamar el cumplimiento, lo está asimismo para recibir el pago, es conveniente notificar la pignoración del crédito con antelación al vencimiento, previendo la eventualidad de que —por cualquier circunstancia— el deudor pague antes de ese momento, puesto que si lo hace desconociendo la existencia de la prenda, «quedará libre de la obligación» [arg. art. 1527 CC español][38]. En cualquier caso, estas consideraciones confirman que esta notificación no constituye un requisito de constitución de la prenda de créditos y, por otra parte, que la misma no impide ni obstaculiza la pignoración de créditos futuros[39].

Por último y por lo que respecta a los efectos de la notificación, estos se refieren al deudor del crédito pignorado y a las consecuencias del pago que realiza. Aunque ningún precepto del Código Civil catalán se ocupe de regularlas y precisamente por ello, procede aplicar en este caso la solución prevista en el artículo 1527 del Código Civil: «El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». De acuerdo con esta disposición, si el deudor del crédito pignorado cumple frente al pignorante, que ostenta la titularidad del derecho de crédito, por desconocer la pignoración y cesión del crédito al acreedor pignoraticio, que no le ha notificado esta circunstancia, el pago realizado tiene efectos liberatorios y desvincula al deudor

---

[37] Sin que, por supuesto, esto signifique que el deudor del crédito pignorado es parte en el acuerdo o contrato constitutivo del derecho de prenda, ni que la notificación a dicho deudor constituya entonces un requisito de constitución del mismo.

[38] Como hace notar el profesor Badosa Coll, en Badosa Coll, F. (1990), pág. 234, el precepto alude simplemente a la «falta de conocimiento» de la cesión del crédito por parte del deudor, sin exigir que se le notifique; por tanto y por más que la notificación constituya el instrumento más idóneo para que el deudor «tenga conocimiento» de la cesión, el precepto no impide que pueda alcanzarlo por otros medios. El artículo 569-13.3 CCCat, en cambio, omite esta posibilidad al exigir expresamente la notificación.

[39] Algún sector doctrinal ha criticado la regulación de la prenda de créditos que establece el Código Civil catalán y la configuración de la notificación al deudor del crédito pignorado como —a su juicio— un requisito de constitución de la prenda, entendiendo que «imposibilita la prenda de créditos futuros con eficacia actual»: cfr. Valle Zayas (2013), pág. 341; Camacho Clavijo (2009), pág. 318. Como se señala en el texto, ni la notificación es requisito de constitución, ni ha de realizarse en ese momento, razones por las cuales esta exigencia no impide la prenda de créditos futuros. Incidentalmente, cabría apuntar también que la prenda de créditos futuros no existe como tal hasta que no existe el derecho de crédito que ha de constituir su objeto: exigencia de todo derecho real —y, por tanto, también del de prenda— es la existencia actual del objeto sobre el que recae. Por lo tanto, si la prenda de un crédito futuro sólo existe cuando nace el derecho de crédito al que grava, nada impide que sea entonces —o en un momento posterior— que se notifique a quien ostente la posición deudora.

de la relación obligatoria[40], de modo que el acreedor pignoraticio nada podrá reclamarle en caso de que —incumplida la obligación garantizada— pretenda ejecutar la prenda de créditos. En tal caso, lo que proceda tal vez sea aplicar lo previsto en el artículo 569-18 CCCat y, en virtud del principio de subrogación real que contempla el precepto, entender que la garantía recae «sobre el objeto recibido como consecuencia del pago», que el pignorante deberá entregar a su vez —puesto que la prenda existe y es eficaz *inter partes*— al acreedor pignoraticio[41]; pero éste, desde luego, carecerá de acción frente al deudor del crédito pignorado, que ha quedado libre de su obligación por razón del cumplimiento realizado.

Por el contrario, notificado el deudor del crédito pignorado de la prenda constituida sobre el mismo y de la legitimación que, en cuanto a la reclamación y cobro de la prestación debida, corresponde al acreedor pignoraticio, sólo el pago que realice frente a éste le libera de su obligación. Si, a pesar de todo, paga al acreedor pignorante, por más que éste sea titular del derecho de crédito, el pago no tiene efectos liberatorios y el acreedor pignoraticio le podrá exigir el cumplimiento en ejecución de la prenda de créditos en el supuesto de que se incumpla la obligación garantizada.

El hecho de que los efectos de la notificación sólo operen con relación al pago del crédito pignorado, una vez satisfecho por el deudor vinculado al mismo, permite insistir en una última constatación: se trata de una circunstancia que, en cualquier caso, se produce con posterioridad a la constitución de la garantía y cuyas consecuencias son —también— ajenas e independientes a la constitución de la garantía, atendiendo además a la posición del deudor del crédito gravado y no a las de los sujetos que la constituyen. Por lo tanto y desde este punto de vista, cabe negar —una vez más— que la notificación de la constitución de la

---

[40] Aunque pudiera pensarse que en este caso lo dispuesto en el artículo 1527 del Código Civil español es manifestación de la regla establecida con carácter general por el artículo 1164 del Código Civil, sólo lo es en cuanto a la exigencia de «buena fe» —en este supuesto, desconocimiento de la existencia de la prenda de créditos y de que el pignorante se ha desprendido de su legitimación para reclamar y cobrar— en el deudor que paga, toda vez que si el deudor del crédito pignorado cumple frente al acreedor pignorante al no habérsele comunicado la pignoración del crédito, en realidad no paga al acreedor «que estuviere en posesión del crédito», puesto que la posesión del mismo la ostenta precisamente el acreedor pignoraticio, a quien dicha posesión se le transmitió —junto con la legitimación para exigirlo— como consecuencia del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la prenda de créditos.

[41] A mi juicio, el artículo 569-18 CCCat presupone —en rigor y como ya se dejó apuntado con anterioridad: cfr. nota 34— un pago realizado por el deudor del crédito pignorado al acreedor pignoraticio, una vez éste ha notificado a aquél la pignoración del crédito, y por esta razón opera el principio de subrogación real, recayendo la garantía sobre el objeto del cumplimiento; pero creo que el mismo principio puede actuar en beneficio del acreedor pignoraticio que no notificó la constitución de la prenda —pese a la falta de diligencia que ello pudiera suponer— en el caso de que el deudor pague al acreedor pignorante.

prenda de créditos al deudor del crédito empeñado sea requisito de existencia de la misma.

Resta por señalar, finalmente, que las consecuencias relativas al pago —liberatorio o no— realizado por el deudor del crédito pignorado constituyen los únicos efectos que derivan de la notificación al mismo de la constitución de la prenda de créditos. No lo es, en cambio, el régimen de las excepciones que puede oponer dicho deudor a la reclamación del acreedor pignoraticio en caso de ejecución de la prenda y, en particular, de la compensación de los créditos que pueda ostentar frente al pignorante, que no se regula atendiendo a dicha notificación, sino en función de la misma configuración de la prenda de créditos como garantía.

En efecto, el crédito pignoraticio goza y atribuye preferencia de cobro a su titular, si tiene la prenda en su poder, «sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor» [art. 1922.1.2.º CC español], y, en caso de que concurran dos o más créditos respecto a determinados bienes muebles, dicho crédito pignoraticio «excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda» [art. 1926.1.1.ª CC][42]. En este sentido, pues, y en el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, cabría entender que el deudor del crédito pignorado no podrá oponer al acreedor pignoraticio que, en ejercicio de la legitimación que ostenta, reclama su cumplimiento, las excepciones que pudieran corresponderle frente al pignorante y ello con independencia de que se le haya notificado y cuándo la existencia del gravamen. Esto debería ser así en atención a la misma función de garantía que desempeña la prenda de créditos y a las consecuencias consustanciales a la misma, puesto que si, en fase de ejecución, el régimen de excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado depende del conocimiento o del consentimiento del mismo a la constitución de la garantía —absolutamente irrelevantes a estos efectos— y se admite la posibilidad de hacerlas valer por no habérsele notificado su existencia, se limita la extensión y eficacia de la garantía, vulnerando el carácter preferente y el privilegio especial que otorgan al crédito pignoraticio, respectivamente, los artículos 1922 y 1926 del Código Civil y —en el ámbito concursal— el artículo 90.1.6.º LC. Con relación al régimen de las eventuales excepciones oponibles por el deudor frente al acreedor pignoraticio, lo relevante no es tanto

[42] Para la prenda sin desplazamiento, cfr. artículo 10 LHMPSD, que remite a las reglas de preferencia y prelación establecidas por los artículos 1922 y 1926 del Código Civil, así como también el artículo 66 LHMPSD, que únicamente antepone sendos créditos excepcionales a la satisfacción del crédito pignoraticio. Por su parte, en la legislación concursal, el artículo 90.1.6.º LC considera, como créditos con privilegio especial, los «garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero», añadiendo, con referencia específica a la prenda de créditos, que, por lo que a ésta respecta, «bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados».

la notificación como la constitución y existencia de la garantía[43] y, por esta razón, dichas excepciones no perjudican al acreedor pignoraticio, que, además, podía desconocer —y esto será lo habitual— su existencia en el momento de constitución de la prenda que asegura su derecho. En este sentido, pues, el crédito pignoraticio del que es titular este último frente al pignorante es preferente al derecho de crédito que el deudor del crédito pignorado ostente, a su vez, contra el mismo pignorante, de modo que dicho deudor no puede oponer su compensación ante la reclamación del acreedor pignoraticio y ello aunque no se le hubiera comunicado la existencia de la prenda.

Con todo, tal vez cabría matizar esta conclusión y atender también al momento de nacimiento de las excepciones que corresponden al deudor del crédito pignorado. Desde este punto de vista y centrando la cuestión en el ámbito de la compensación, habría que distinguir —por lo que respecta a los créditos de los que sea titular el deudor del crédito pignorado frente al pignorante— entre créditos anteriores a la constitución de la prenda y créditos posteriores, en la medida en que los primeros determinan el «valor» del crédito pignorado [cfr. arts. 1922.1.2.º y 1926.1.1.ª CC] y serían, por tanto, compensables, sin que ello redunde en perjuicio de la garantía. Los segundos, en cambio, no son susceptibles de compensación y esto aunque no se hubiera notificado al deudor del crédito empeñado la pignoración del mismo, puesto que lo que posibilita la oponibilidad de los créditos que le correspondan es la *fecha de constitución* de la garantía, la cual, constando en documento público y siendo fehaciente, «hace prueba» y es oponible frente a terceros [art. 569-13.2 CCCat], incluido el propio deudor del crédito gravado. Los derechos de crédito de este deudor contra el pignorante, posteriores a la constitución de la prenda, se subordinan al crédito pignoraticio, precisamente por ser posteriores, sin que proceda su compensación, que, de operar, además de reducir o extinguir los créditos concurrentes, provocaría con ello una disminución de la garantía. En este sentido, pues, entiendo, que no se aplica el régimen previsto en el artículo 1198 del Código Civil español, con relación a la compensación en la cesión de créditos, no tanto porque dicho régimen presupone una transmisión de la titularidad del derecho de crédito cedido que no se produce en la prenda de créditos, como, sobre todo, porque —como se acaba de apuntar— la constitución de la prenda atribuye al crédito en garantía del cual se establece preferencia frente a cualesquiera otros que puedan existir contra el pignorante y, entre ellos, los que pueda ostentar el deudor del crédito pignorado, en particular, si son posteriores a dicha constitución.

---

[43] De ahí, por otra parte, la trascendencia de su constancia en documento público, en cuanto pone al acreedor pignoraticio en posesión del crédito pignorado y posibilita la preferencia que le atribuye el artículo 1922.1.2.º del Código Civil.

CONCLUSIONES

Como conclusiones a lo expuesto en el presente trabajo pueden apuntarse las siguientes:

I. La constitución del derecho real de prenda sobre un derecho de crédito no exige más requisitos que los necesarios para el derecho de prenda en general, esto es, el poder de disposición del pignorante y el traspaso posesorio del bien pignorado al acreedor o a un tercero.

II. El artículo 569-13.3 CCCat, referido expresamente a la prenda de créditos, responde a una doble finalidad: por una parte, concretar el requisito constitutivo del traspaso posesorio, adaptándolo a las peculiaridades del objeto —derecho de crédito— sobre el que recae la prenda y exigiendo su materialización en un documento público; y, por otra parte, sancionar la necesidad de la notificación de la prenda de créditos al deudor del crédito pignorado, dado que la realización de la garantía exige necesariamente su intervención.

III. La notificación de la prenda de créditos al deudor del crédito pignorado no es un requisito de constitución de la misma, sino un requisito de eficacia o de oponibilidad, que presupone la existencia de la garantía, ya constituida en virtud del otorgamiento del documento público.

IV. Las consecuencias de la notificación se refieren sólo a los efectos del pago realizado por el deudor del crédito pignorado al acreedor pignorante, en el sentido de que, si el deudor desconoce la existencia de la prenda, dicho pago tiene efectos liberatorios, mientras que, si conoce la pignoración del crédito, el cumplimiento no tiene efectos liberatorios y el deudor continúa vinculado frente al acreedor pignoraticio.

V. La notificación de la prenda de créditos al deudor del crédito pignorado no afecta al régimen de las excepciones oponibles por dicho deudor en caso de ejecución de la prenda, que se configura exclusivamente en atención al carácter preferente y privilegiado del crédito pignoraticio y al momento de nacimiento de dichas excepciones con relación a la constitución de la prenda, de manera que sólo las nacidas con anterioridad son oponibles.

BIBLIOGRAFÍA

BADOSA COLL, F. (1990): *Dret d'obligacions*. Barcelona, Barcanova.

BARRADA ORELLANA, R. (2008): «Comentario al artículo 569-13 CCCat.», en *Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* T. III, Barcelona, Bosch (págs. 1847-1856).

CAMACHO CLAVIJO, S. (2009): «Constitución de la prenda de créditos en el Código Civil de Cataluña», en F. BADOSA COLL; M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA (dirs.), *La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código Civil de Cataluña.* Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons (págs. 307-319).

DEL POZO CARRASCOSA, P. (2010): «La prenda», en P. DEL POZO CARRASCOSA; A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales.* Madrid - Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons (págs. 499-520).

MARCO MOLINA, J. (2010): «Comentario al artículo 1527 del Código Civil», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Valladolid, Lex Nova (págs. 1166-1168).

PUIG I FERRIOL, L. (2007): «Dret de penyora», en L. PUIG I FERRIOL - E. ROCA I TRÍAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya,* Vol. IV. València, Tirant lo Blanch (págs. 783-815).

VALLE ZAYAS, J. (2013): «El régimen jurídico de la prenda catalana», en J. VALLE ZAYAS; J. A. PÉREZ RIVARÉS; J. R. SALELLES (dirs.), *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña.* Barcelona, J. M. Bosch Editor (págs. 327-374).

RESUMEN

PRENDA DE CRÉDITOS, REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN Y DE EFICACIA, OTORGAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO, NOTIFICACIÓN AL DEUDOR DEL CRÉDITO PIGNORADO, EFECTOS DEL PAGO DEL CRÉDITO PIGNORADO

El presente estudio propone una revisión del artículo 569-13.3 CCCat, relativo a los requisitos que exige la prenda de créditos en el Derecho Civil catalán. En este sentido, se discute la idea generalizada en la doctrina de que la constancia de esta modalidad de prenda en documento público y la notificación al deudor del crédito pignorado son requisitos de constitución de la misma, y se defiende la tesis de que sólo lo es el primero y en la medida en que, a través del otorgamiento del documento público, se realiza el traspaso posesorio que exige la existencia de la prenda. En cambio, la notificación no es requisito constitutivo de la prenda de créditos, sino de eficacia y únicamente en orden a determinar la legitimación para reclamar y recibir el cumplimiento de la obligación sobre cuyo crédito recae la prenda, así como las consecuencias liberatorias que, en su caso, deriven del pago realizado.

ABSTRACT

PLEDGE OF CLAIMS, REQUIREMENTS FOR EXISTENCE AND FOR EFFECTIVENESS, PUBLIC DOCUMENT, NOTIFICATION TO THE DEBTOR OF THE PLEDGED CLAIM, EFFECTS OF PAYMENT

This paper revisits art. 569-13.3 of the Catalan Civil Code, regarding the requirements to grant pledges of claims. The general assumption that both a public document and notice to the debtor are required for the existence of the pledge is queried, since it appears that only the former is essential, inasmuch as it entails the transfer of possession. Instead, serving notice of the pledge upon the debtor is merely required for its effectiveness, since it determines the capacity to demand and receive payment, as well as the potential discharge following performance.

(Trabajo recibido el 6-6-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

La solución negociada ante la ejecución hipotecaria*

por

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria
Facultad de Derecho

SUMARIO

I. EL IMPULSO EUROPEO A LA VÍA NEGOCIADA DE SOLUCIÓN.

II. LA ALTERNATIVA CONVENCIONAL. LA NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN HIPOTECARIA.

1. Negociación y mediación. Ámbito de aplicación:

A) *Cuestiones generales. El contexto del ámbito de la autonomía de la voluntad ante las ejecuciones hipotecarias.*
B) *Negociación o mediación* sui generis *para evitar o mitigar los efectos de las ejecuciones hipotecarias.*
C) *Diferencias entre negociación y mediación.*

III. LA «MEDIACIÓN HIPOTECARIA» EN ESPAÑA.

IV. SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO. RELACIONES DE PODER ASIMÉTRICO Y REEQUILIBRAR LA SITUACIÓN.

V. LA POSIBILIDAD DE ACUERDOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO:

1. Las posibilidades de acuerdo entre acreedor y deudor hipotecario y el papel del tercero que asiste y supervisa las negociaciones.
2. Los contenidos de los posibles acuerdos alcanzados entre acreedor y deudor hipotecario.
3. La mediación hipotecaria institucional. Redes de oficinas de mediación hipotecaria.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia: DER2010-19772, que lleva por título: RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA.

VI. CONCLUSIONES.
VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL IMPULSO EUROPEO A LA VÍA NEGOCIADA DE SOLUCIÓN

Puede adelantarse que uno de los instrumentos que se han introducido en diversos países para paliar los efectos de la crisis antes de acudir a las ejecuciones patrimoniales es la mediación como sistema de solución extrajudicial de conflictos. Tanto la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, como en España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, contemplan este instrumento. La Ley 5/2012 no resulta aplicable a las relaciones de servicios financieros a particulares, puesto que entrarían dentro de la categoría de consumidores de esos servicios y resulta estar fuera del ámbito de aplicación de la Ley.

Incluso, en el sector de los servicios financieros resulta obligatorio establecer o articular un servicio de atención al cliente por parte de las entidades de forma previa a las posibles reclamaciones administrativas o judiciales[1]. No obstante, tanto por el desequilibrio de poder, por las cláusulas de sumisión en condiciones generales, como por la aparente falta de neutralidad estos mecanismos deben ser respetuosos al recabar el consentimiento de los clientes que participan en estas negociaciones, donde las ofertas casi siempre provienen de la entidad financiera.

En todo caso, estos servicios privados puede entenderse que son sistemas parciales de resolución de conflictos puesto que dependen de una de las partes, aunque es frecuente que para ofrecer mayores garantías y confianza se acuda a prestaciones de este servicio de terceras personas o empresas de reconocido prestigio[2]. El que se den estas circunstancias especiales en el sector financiero condiciona bastante el tipo de negociación o mediación que se puede desarrollar. Pero no es este motivo para excluir la mediación en estos casos.

---

[1] En el sector financiero lo imponen, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, de protección de los derechos del usuario de servicios financieros ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor de las entidades financieras (vid. nota 41).

[2] En sectores como el financiero donde más se ha puesto en entredicho la imparcialidad del defensor del cliente y, puesto que es obligatorio acudir en primera instancia a reclamar ante este defensor, se establece también el recurso al servicio de reclamaciones del Banco de España que dispone de una oficina virtual www.bde.es. Para las controversias transfronterizas atinentes al sector financiero existe también una red de solución *online* de disputas que se denomina FIN-NET (Financial Dispute Resolution Network) auspiciada por la Comisión Europea http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/.

Además, el motivo real de exclusión de la materia de consumo del ámbito de aplicación de la Ley, al igual que la directiva transpuesta, no se encuentra en la falta de idoneidad de la mediación en este campo, sino en la idea de que la especialidad de la materia requiere una norma que regule de manera exclusiva y detallada este tipo de mediación. Actualmente se han aprobado en la Unión Europea dos importantes normas jurídicas sobre la materia que supondrán el impulso definitivo a la Resolución de Disputas en Línea (RDL) en materia de consumo (Vilalta Nicuesa, 2010 y 2013, págs. 389-390 y Cortés 2010) la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004, y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) *(Directiva sobre RAL en materia de consumo)* y Reglamento (UE) número 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo *(Reglamento sobre RLL en materia de consumo)*[3].

Esta normativa europea supone un paso más en la línea de obtener un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. Esta inquietud también se manifestó en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Especial trascendencia en este punto adquiere la *Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*[4] fue el primer impulso que la Unión Europea aportó a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. Sin embargo, y aun reconociendo la importancia de la recomendación como instrumento mediante el cual se abre la puerta a estos sistemas, la misma solo se refiere sólo a los procedimientos que, independientemente de su denominación, conducen a la resolución de un litigio mediante la intervención activa de un ter-

---

[3] Actualmente, se ha aprobado la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo) (COM(2011)0793 - C7-0454/2011 - 2011/0373(COD)) y Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo) (COM(2011)0794 - C7-0453/2011 - 2011/0374(COD)). Los textos aprobados en primera lectura pueden encontrarse en la versión oficial en español en la web: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0066+0+DOC+XML+V0//ES y http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0065+0+DOC+XML+V0//ES

[4] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:ES:NOT

cero que propone o impone una solución (método del arbitraje), y no cubre los procedimientos que simplemente pretenden acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo (método de la mediación).

Dentro de la especialidad, en materia de consumo se debe tener en cuenta el carácter tuitivo del marco legal que establece normas imperativas de orden público económico de protección a favor de la parte contratante que tiene consideración de consumidor o usuario[5]. Se ha expresado que estas normas tienen carácter «semi-imperativo» en cuanto sus previsiones son preferentes a las disposiciones privadas menos beneficiosas para el consumidor y ceden ante las disposiciones de autonomía más beneficiosas que las previstas en la propia norma legal para esta categoría de contratantes. Precisamente, para asegurar la observancia de estas normas «semi-imperativas» se ha establecido la necesidad de que todas las fórmulas de solución extrajudicial de disputas que afectan al ámbito del consumo se realicen en sede institucional o institucionalizada. En este sentido, no se admitirían intervenir o facilitar estas soluciones negociadas en el seno de instituciones privadas sino que debieran ser instituciones de carácter público. En principio, las instituciones públicas habilitadas en España para resolver, de manera exclusiva y excluyente, en materia de consumo son las Juntas Arbitrales de Consumo[6]. Sin embargo, para aquellas soluciones en las que no se necesite de un laudo arbitral porque no convenga una decisión vinculante de carácter ejecutivo y con fuerza de cosa juzgada podrían habilitarse otras instituciones. En este sentido, cabe admitirse una amplia variedad de sistemas para desarrollar una negociación o mediación institucionalizada[7]. La propia Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Disposición Adicional primera, establece el reconocimiento de instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones Públicas. De hecho, ya se han puesto en marcha numerosas experiencias, mediante medidas específicas o *ad hoc* para resolver cuestiones hipotecarias o de desahucios que no se llevan a la Junta Arbitral de Consumo (vid. *infra* epígrafe «La mediación hipotecaria en España»).

De todos modos, puede considerarse que las consecuencias derivadas de la ejecución hipotecaria conlleva otras implicaciones, más allá de la relación contractual de consumo de servicios financieros. Hay que ser conscientes de

---

[5] Vázquez de Castro, E., *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos,* Valencia, 2003, pág. 218.

[6] Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y artículos 1.2, 3 y 4 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

[7] Es destacable, en esta línea, la iniciativa del Consejo General de la Abogacía en la creación de las «Oficinas de Intermediación Hipotecaria» http://www.abogacia.es/servicios-ciudadania/oficina-de-intermediacion-hipotecaria/.

que el préstamo hipotecario es un servicio financiero que, aparte del contenido contractual u obligacional, lleva aparejado un derecho real de garantía. Aunque la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio al contrato de préstamo, no deja de ser un derecho real diferente del derecho de crédito garantizado. Los derechos reales son materia puramente civil y, como tales, están dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012. De esta manera, si se caracteriza como mediación típica se puede contar con los beneficios de la suspensión del proceso judicial en curso y de los plazos (conforme a los arts. 16.3 y 4 de la Ley 5/2012). Sin embargo, el efecto suspensivo de la ejecución también puede obtenerse de igual manera cuando lo soliciten las partes (arts. 565, 538 y 19.4 LEC)[8].

De otro lado, si se caracteriza como mediación atípica, se cuenta con la ventaja de no tener que ajustarse a todos los requerimientos legales para su configuración, pudiendo relativizarse el principio de neutralidad contemplado en el artículo 8 de la Ley 5/2012. De esta manera, el mediador podría equilibrar las posiciones de las partes garantizando la plena igualdad de oportunidades conforme el artículo 7 de la Ley 5/2012.

Incluso, como señala Pereña Vicente, existen casos en los que la línea de separación entre los créditos de consumo y los inmobiliarios se difuminan como en el caso de la hipoteca recargable. Se denomina hipoteca recargable, a aquella que puede servir de garantía a créditos diferentes de aquél para el que se constituyó. Se ha venido utilizando la hipoteca recargable para financiar no sólo la adquisición de la vivienda sino sus mejoras y amueblamiento. Se viene advirtiendo que éste es un instrumento que utilizado a la ligera multiplica las posibilidades de pérdida de la vivienda habitual por sobreendeudamiento de las familias[9].

Podría discutirse si este tipo de métodos de solución extrajudicial para estos conflictos comparten realmente la naturaleza jurídica de la mediación, si se asimilan más a otras figuras como la negociación o si son modelos *sui generis* de carácter ecléctico. De lo que no cabe duda, más allá de la categoría en la que deban ser incluidos, es que los servicios que asisten a deudor y acreedor hipotecarios para alcanzar un acuerdo negociado, justo y voluntario para evitar lanzamientos y hacer viable el cumplimiento, se están ofreciendo con éxito[10]. También es cierto que la denominación de estos servicios como de «mediación hipotecaria» ha encontrado fortuna y, en parte, no resulta incorrecta[11].

---

[8] Achón Buñén, M. J., «La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales», en *Diario La Ley,* núm. 7379, 2010.

[9] Por este motivo, también propone extender la facultad de desistimiento ante los préstamos hipotecarios por un plazo breve, sugiriendo el modelo francés (Pereña Vicente, M., «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2008, Tomo 2, LA LEY 39103/2008, pág. 1725).

[10] Vid. con más detalle, *infra* Capítulo V sobre «La alternativa convencional».

[11] En alguna ocasión se ha mantenido que estas fórmulas distan mucho de considerarse procesos de mediación, aunque se valora positivamente el servicio que prestan. Incluso, en

II. LA ALTERNATIVA CONVENCIONAL. LA NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN HIPOTECARIA

1. Negociación y mediación. Ámbito de aplicación

A) *Cuestiones generales. El contexto del ámbito de la autonomía de la voluntad ante las ejecuciones hipotecarias*

Sin duda que, ante una situación de incumplimiento, el recurso a la ejecución es expediente que no resulta plenamente satisfactorio para ninguna de las partes: para el acreedor, el hecho de comenzar un procedimiento implica diferir en el tiempo la recuperación, incurrir en gastos y fiar a un desarrollo más o menos adecuado en cuanto a su duración para, en su caso, acabar percibiendo un importe que puede no cubrir siquiera el importe de la deuda o, en su caso, incorporar un activo que, a su vez, generará el empleo de recursos (tiempo y dinero) en su gestión hasta llegar a hacerlo líquido. A ello debe añadirse otra circunstancia no menos importante: la regulación vigente impone a las entidades financieras, en los casos de morosidad, la obligación de provisionar, es decir, destinar parte de los recursos a cubrir el potencial riesgo de insolvencia, generando la correlativa inmovilización de recursos en su balance. En suma, la solución jurisdiccional puede —como así ocurre en buena parte de los casos— no ser eficiente.

Del lado del deudor poco hay que decir, pues ante la tesitura de acabar perdiendo el inmueble hipotecado —piénsese en la vivienda—, sin que en algunos casos llegue a ser satisfecho el débito en su integridad. Cuando, tras el remate, lo obtenido no alcance para pagar o cubrir la cantidad reclamada, ésta subsiste. En estos casos, permanece la deuda por la parte no pagada incrementada además por el devengo de intereses de demora a lo largo del procedimiento —que en estos tiempos no es precisamente escaso a pesar de la limitación del art. 114 LH— junto con las costas —a pesar de la limitación del art. 575.1 bis. LEC—. Y a esta situación se añade la complicación de la inclusión de la posición en los registros correspondientes de solvencia patrimonial o de crédito, denominados ficheros comunes (RAI, ASNEF, EQUIFAX, EXPERIAN, BADEXCUG, etc.) que acarrea situaciones sin duda nada deseables para el deudor.

En evitación de este tipo de situaciones, se articulan medidas tendentes a liquidar el conflicto económico generado acudiendo a las alternativas que, bien convencionalmente, bien a través de las posibilidades que otorga la Ley y el Código de Buenas Prácticas en situaciones concretas, puedan dar satisfacción, siquiera sea parcial, a las partes contratantes. Las que referiremos a continuación

---

ocasiones, se aventura la denominación menos adecuada de «intermediación hipotecaria» (Martín Amaya, J. L., *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español,* Sevilla, 2012, págs. 108-112).

son muestra de ello, aunque ha de anticiparse que su aplicación dependerá, en alguno de los casos, de las circunstancias concretas que concurren en cada una de las situaciones analizadas. No debe perderse de vista que los intereses de las partes son, aparente y originariamente, contrapuestos —cobrar y pagar—, lo que obliga a acudir en ocasiones a soluciones de compromiso que satisfagan en la mayor medida posible, los dos ámbitos de interés, lo que por otra parte no es sino una manifestación más del mundo de los contratos, con la salvedad de estar implicadas, en buena parte de las medidas a que aludiremos, las viviendas de los contratantes, sean o no consumidores. También resulta cierto que en interés común y final de ambas partes es que se lleve a buen término y sin incidencias el programa obligacional.

B) *Negociación o mediación* sui generis *para evitar o mitigar los efectos de las ejecuciones hipotecarias*

Se ha realizado en este estudio un análisis de la experiencia estadounidense en abordar coyunturalmente las situaciones de desahucios o ejecuciones hipotecarias en momentos de recesión económica. Una de las más recientes medidas que se han planteado en este país es la eficacia de los programas de mediación obligatoria o de mitigación de pérdidas en las situaciones de concurso de acreedores y, más concretamente, de ejecuciones hipotecarias. Se ha elaborado un interesante documento por parte del gobierno estadounidense sobre la contribución de estos programas en la ayuda para salir de la crisis. El documento publicado por el Comité de Justicia del Senado de los Estados Unidos[12] recoge una serie de recomendaciones como la promoción de la mediación a través de las *Executive Office of the United States Trustees* (Oficinas Ejecutivas de Administración), clarificar la modificación de la ley concursal (Bankruptcy Code Amendment) que significa que, aunque los tribunales tienen potestad legal para derivar a los programas de mediación derivados de la Sección 105 d) Regla 7016, el Congreso debería considerar incorporar una modificación o enmienda a esta sección para clarificar la vía procesal autorizada, Finalmente, se aportan los protocolos, documentos y experiencias de los estados de Nueva York, Rhode Island y Florida como modelos[13].

---

[12] Documento publicado en 2011 en Washington, refleja la 2.ª Sesión del 111 Congreso, celebrado el 28 de octubre de 2010 (Serial No. J-111-113). Disponible en la web: http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-111shrg65122/pdf/CHRG-111shrg65122.pdf

[13] Esta política de mediación obligatoria en EE.UU. tampoco se muestra exenta de serias críticas, KAY, J., «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the BEST», en *ABA Journal* 95: 2009, págs. 14-17. Aunque puede mantenerse si se observan las cautelas clásicas advertidas en EE.UU. sobre esta derivación a la mediación impuesta por jueces y tribunales en «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for

Ciertamente, esta situación estadounidense descrita no resulta ajena a nuestras más recientes tendencias prácticas y legislativas[14]. En España, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ofrece el marco normativo estatal a la mediación en el ámbito del Derecho Privado (en adelante Ley 5/2012). Se establece genéricamente que «esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable» (art. 2.1).

Sin embargo, a continuación, se deja fuera del ámbito de aplicación de la Ley «la mediación en materia de consumo», que es materia claramente de derecho privado y podría tener cabida dentro de esta mediación civil y mercantil (art. 2.2.*d)*. Ya se ha expuesto en otras ocasiones la razón de que la Ley excluya la mediación de consumo de su ámbito de aplicación, siguiendo en este punto escrupulosamente la transposición de la Directiva 2008/52/CE[15]. Ciertamente, la especificidad de la materia de consumo y la experiencia institucionalizada del arbitraje de consumo dotan de entidad propia la mediación realizada en este campo. De otro lado, será necesario un régimen jurídico propio para la mediación de consumo, al resultar insuficiente la normativa actual. Este régimen jurídico especial para la mediación en materia de consumo se encuentra en vías de configuración. Acaban de aprobarse la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Habrá que esperar a la trasposición en nuestro ordenamiento jurídico para comprobar la regulación de este tipo de mediación que, a diferencia de la mediación civil y mercantil, será institucionalizada[16].

Ensuring Fair and Effective. ProcessesReviewed work(s)»: *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104; Susskind, L. E.; Babbitt, E. E., and Segal, P. N., «When ADR Becomes the Law: A Review of Federal Practice», en *Negotiation Journal*, 9: 1993, págs. 59-75.

[14] Incluso algún autor establece el paralelismo de las mediadas para salir de la crisis entre culturas jurídicas occidentales como la estadounidense, la brasileña y la europea (Dalla Bernardina de Pinho, H., Pedrosa Paumgarten, M., «Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation», [consultado el 11/12/12 en *www.adrmaremma.it/english/pinhopaumgartenen01.pdf,* págs. 23-27].

[15] Vázquez de Castro, E., «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I, Mediación,* dir.: García Villaluenga, Tomillo Urbina y Vázquez de Castro, Madrid, 2010, págs. 203 y sigs.

[16] La mediación desarrollada en el ámbito del consumo se deberá realizar en el marco de las Juntas Arbitrales de Consumo, tal y como resulta de la necesidad de que se instrumentalice a través de las denominadas por la Directiva como «entidades de resolución alternativa» que

No obstante, no se entiende cómo el legislador ha excluido «en todo caso» *(sic)* la mediación de consumo en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, sin dejar su articulado como régimen supletorio. Sería deseable *de lege ferenda* que, una futura regulación de la mediación de consumo incluya la previsión, como derecho supletorio, de la Ley 5/2012 como norma de cierre. Aunque es comprensible la intención del legislador de prestar una atención especial a la mediación en materia de consumo, no se alcanza a ver motivos de peso que impliquen una desvinculación absoluta del régimen general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles como para que no se hubiese aplicado provisionalmente la norma general a la espera de que una norma especial se aplicase en sustitución de aquella. No resulta convincente el argumento de no interferir en las competencias autonómicas en materia de consumo[17].

Estas primeras consideraciones sobre la nueva regulación española en materia de mediación se hacen para evitar conclusiones engañosas. Quedan fuera del nuevo marco legislativo un importantísimo volumen de casos civiles y mercantiles. Concretamente, quedan fuera de la aplicación de la Ley aquellos conflictos que surgen en las relaciones en las que se vea implicado un consumidor. Los servicios financieros entre entidades de crédito y particulares son relaciones en las que está implicado un consumidor, que es el usuario de esos servicios financieros. Por este motivo, se debiera concluir que no es aplicable la Ley de mediación a cualquiera de las cuestiones relacionadas con servicios financieros destinados a particulares. Sin embargo, cabe preguntarse si entra dentro de esta categoría el préstamo hipotecario destinado a la financiación de la vivienda habitual y permanente. Sin embargo, la conclusión que parece acertada para la contratación de los préstamos hipotecarios puede no serlo tanto para los efectos derivados de la garantía hipotecaria. Las garantías reales son cuestiones estrictamente civiles y nunca se han planteado en el ámbito del derecho del consumo. Quizá del carácter accesorio de la hipoteca podría derivarse una misma suerte de naturaleza que la del préstamo al que sirve de garantía.

---

establecida de manera duradera, que ofrezca la resolución de un litigio entre un consumidor y un comerciante mediante un procedimiento de resolución alternativa y que haya sido incluida en lista. También autorizadas por los Estados miembros a imponer soluciones vinculantes para las partes. Sin embargo, un procedimiento extrajudicial creado *ad hoc* para un único litigio entre un consumidor y un comerciante no debe considerarse un procedimiento de resolución alternativa (Considerando 20).

[17] Existe ese compromiso, por ejemplo, en ámbito del arbitraje electrónico de consumo, donde el Ministerio de Sanidad se comprometía a poner a disposición de las Juntas arbitrales una aplicación electrónica para la gestión del arbitraje electrónico (Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo). Sin embargo, por problemas relacionados con los conflictos de competencias entre el Estado y las CC.AA. aún no existe tal plataforma (con más detalle, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* año 2011-3, núm. 27, pág. 28).

La necesaria vinculación de la garantía hipotecaria al préstamo de consumo la contagiaría de este idéntico carácter.

Sin embargo, no se ha planteado nunca en la protección jurídica de los consumidores una referencia o regulación en materia de garantías reales. La gran diferencia entre un derecho real y un derecho de crédito se traduce en que los derechos reales se refieren a las relaciones jurídicas con las cosas no entre los sujetos y tienen efectos *erga omnes*, con independencia de la condición o carácter personal de sus titulares. En aquellos casos en los que el crédito hipotecario no se establece sobre la propia vivienda cuya adquisición se trata de financiar, es posible que el titular o propietario del inmueble que se ha ofrecido en garantía sea persona distinta del prestatario. Puede un profesional poner como garantía de un crédito para su actividad económica su propia vivienda familiar o, por el contrario, puede un profesional ofrecer una vivienda, destinada a despacho profesional, como garantía para la adquisición de su vivienda habitual. En consecuencia, debería considerarse dentro del ámbito de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles las cuestiones hipotecarias y, en cambio, estarían fuera del ámbito de aplicación de la norma las cuestiones relativas a los contratos del préstamo.

En todo caso, respecto a las situaciones derivadas de ejecuciones hipotecarias resulta aplicable la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles pero resulta imposible deslindar la materia hipotecaria de la materia contractual de la que es naturalmente accesoria[18]. Por este motivo, aunque la materia accesoria debiera seguir a la principal en cuanto al régimen jurídico aplicable puede mantenerse que, hasta que no exista normativa especial debe entenderse aplicable la mediación a la materia hipotecaria y los acuerdos alcanzados a través de la misma podrán y deberán afectar a los préstamos hipotecarios en función de la libertad de pactos y las facultades de novación que ofrece la libertad contractual.

Ciertamente, la mediación es un sistema de solución extrajudicial de conflictos en expansión y el marco jurídico se va completando desde las distintas leyes autonómicas hasta la ley estatal. Sin embargo, hay que ser conscientes de que esta normativa que consagra la aplicación de la mediación consolidándola y ofreciendo seguridad se fragua sobre la base de las experiencias previas[19].

---

[18] La hipoteca se constituye siempre en garantía de una obligación, artículo 1875.I del Código Civil, pudiendo garantizar todo tipo de ellas, bien sean puras o bien condicionales (art. 1861 CC), e incluso constituirse en garantía de una o diversas obligaciones de cualquier clase, presentes o futuras, conforme ha establecido el artículo 153 bis LH, redactado por la ya citada Ley 41/2007. Destaca por ello el carácter accesorio de la garantía, ligada siempre, al menos en principio, a la obligación a que da cobertura, sin perjuicio de la flexibilización de este fundamental principio.

[19] Puede comprobarse cómo la mayoría de las Exposiciones de Motivos de las Leyes de Mediación hacen referencia a que se toma como referencia para la nueva regulación las experiencias preexistentes en la práctica de este método de solución de conflictos.

El régimen jurídico de la mediación debe considerarse siempre preexistente a las leyes especiales, al fundamentarse en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, cuya consagración se encuentra en las principales normas de cualquier ordenamiento jurídico (arts. 1255 y 1091 del Código Civil español).

Existen campos de aplicación de la mediación que surgen de las necesidades y demandas sociales y la carencia de una norma específica que haya previsto este tipo de mediación no obsta para que puedan aplicarse las técnicas de mediación o que se adapten para solucionar nuevos problemas. El ámbito de los problemas en el cumplimiento de los préstamos hipotecarios es uno de estos problemas que se ha agravado en los últimos tiempos. En este sentido, no debe importar si el resultado de la aplicación de las técnicas de mediación, de la aplicación de otras técnicas de solución alternativa de conflictos (ADR), o de la combinación de diversas técnicas se ajusta o no a la figura o concepto estricto de la mediación que, incluso, se ha previsto legalmente. De hecho, en EE.UU. existen multitud de modalidades de ADR y, sin embargo, se está apreciando una metamorfosis que en el uso generalizado del término mediación en lugar del de ADR, que inicialmente tuvo mejor fortuna[20].

En el caso que nos ocupa de la mediación hipotecaria, quizá el quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley pueda tener incluso una lectura positiva. La atipicidad permite una mayor libertad de actuación y caracterización, al no estar, de momento, encorsetado en el régimen jurídico establecido en la Ley y permitirse mayor flexibilidad. Aunque, no hay que llevarse a engaño, la mediación en este ámbito es fundamentalmente mediación civil, con independencia de las peculiaridades que se requiera en su adaptación al ámbito del consumo y de los servicios financieros.

En todo caso, con independencia de la denominación convencional que se le quiera dar, en última instancia, se tratará de un sistema de gestión de conflictos atípico que encuentra perfecta cabida en nuestro sistema jurídico. La atipicidad sólo implica que su régimen jurídico no se encuentra previsto en ninguna legislación o normativa actual, pero esta situación queda perfectamente integrada en nuestro sistema de libertad de pactos, sobre el que pivota nuestro derecho privado, siempre que el resultado no sea contrario a la Ley, la moral o el orden público.

Por este motivo, no resultan aceptables las críticas a la mediación o gestión de conflictos en ámbitos como el sobreendeudamiento de las familias y, más concretamente, ante los casos en los que la imposibilidad de amortizar los plazos del préstamo hipotecario lleva a las familias a perder su hogar. Actualmente, el sobreendeudamiento de las familias viene significando impotencia patrimo-

[20] Gerencser, A. E., «Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would Help», en *Alternatives*, vol. 18, n.º 4, april 2000, pág. 82.

nial de las familias para poder afrontar el pago de los créditos a las entidades financieras. En este sentido, la situación habitual viene siendo la de un deudor, consumidor o usuario de servicios financieros, que incumple las obligaciones contraídas con la entidad de crédito.

Ante esta situación de incumplimiento surge la posibilidad de renegociar los términos de la obligación, facilitando el cumplimiento voluntario, aunque extemporáneo. Ante el impago de alguna de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario se activa un protocolo de actuación de la entidad de crédito donde es perfectamente viable negociar una solución viable para facilitar el cumplimiento al deudor moroso. En esta situación es donde pueden surgir las oportunidades para acudir a la mediación. También, el deudor consciente de su incapacidad para afrontar el pago podría adelantarse proponiendo esta mediación. En esta filosofía se enmarca el Código de Buenas Prácticas. La propia adhesión de las entidades de crédito a este código implica una solución convencional puesto que no resulta obligatoria la sumisión al mismo. En todo caso, las medidas autoasumidas por los acreedores hipotecarios al adherirse al Código se muestran siempre complementadas por la idea de que «el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente». En definitiva, supone una llamada a la solución negociada entre las partes (1.b).

De otro lado, también el acreedor puede poner en marcha la maquinaria judicial ejercitando todas las acciones de tutela del derecho del crédito que le concede el ordenamiento jurídico ejecutando las garantías reales que, en su caso, tuviese constituidas a su favor. La ejecución de la hipoteca sobre el inmueble como garantía real más común exigida para financiar la adquisición del mismo implica el derecho del acreedor a promover la enajenación forzosa y, en consecuencia, se ejercita directamente contra el bien, con independencia de en qué manos se encuentre (art. 129 LH).

En cualquier caso, ambas posibilidades no son necesariamente excluyentes y en la primera opción es donde resulta más útil y eficaz la mediación. Aunque no debe descartarse que quepa aún la mediación una vez iniciada la maquinaria judicial por parte del acreedor, aunque se reduce el margen de eficacia. Hay que ser conscientes de que se trata de una mediación atípica, no incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012, si el crédito bancario ha sido concedido a un consumidor o usuario, pero aplicable en el momento en el que se acude a ejecutar la garantía hipotecaria.

Las críticas a los nuevos servicios de gestión de conflictos derivados del sobreendeudamiento de las familias se han observado desde dos perspectivas diferentes. De un lado, los abogados que consideran que la expansión de la mediación interfiere en sus labores ordinarias de llevar las pretensiones de sus clientes al inevitable y seguro enjuiciamiento ejecutivo. En este sentido, la

labor del mediador en estas cuestiones se considera un intrusismo, sea el mediador también abogado o provenga de otra profesión (en este último caso con mayor motivo). De otro lado, la crítica proviene de los mediadores puristas y dogmáticos de toda procedencia y titulación, que entienden que este tipo de mediaciones que no responde a los cánones clásicos, a los principios básicos o al proceso consagrado de la mediación, no debe considerarse mediación y que los mediadores deben abstenerse de ejercitarla, e incluso de intentarla.

Huelga recordar que el principio de flexibilidad, a menudo denostado y olvidado, es también propio de la mediación. No importa, ni se hará a continuación, una defensa a ultranza de la consideración de la mediación hipotecaria como verdadera mediación. Lo verdaderamente importante es que ante un verdadero y serio problema ha surgido una vía extrajudicial de gestión de conflictos, donde antes no se intentaba. En esta nueva forma de gestionar los conflictos la influencia de la mediación y la negociación es evidente y el empleo de sus técnicas son un hecho. También es un hecho el éxito de muchas de estas experiencias. En consecuencia, resulta indiferente la denominación que se le de o las críticas sobre lo heterodoxo del sistema, porque lo realmente importante es que se ha demostrado ser útil para resolver un grave problema. Además, y con independencia de que se incluya o no en su ámbito de aplicación, la Ley 5/2012, ofrece una definición tan genérica de la mediación que justifica perfectamente que se pueda hablar de mediación hipotecaria para referirse a esta vía de solución extrajudicial[21].

Es importante tener clara la caracterización de la mediación hipotecaria para conocer claramente su régimen jurídico y, por ejemplo, saber si se van a paralizar los plazos de las acciones con las que cuenten las partes. En caso de no considerar que estamos ante una mediación de las recogidas en la Ley 5/2012, no hay posibilidad de contar con esta importante consecuencia legal.

C) *Diferencias entre negociación y mediación*

Pueden destacarse las diferencias metodológicas entre la negociación y la mediación. De hecho, en la mediación se utilizan algunas técnicas de negociación, pero la gran diferencia está en que en la mediación interviene un tercero que facilita la comunicación y negociación entre las partes racionalizando el proceso. El objetivo de la mediación es conciliar intereses y necesidades de las partes. El objetivo no es necesariamente alcanzar un acuerdo (aunque existen escuelas como la de Harvard que tienden a esta concepción) sino mejorar las

[21] «Artículo 1. Concepto. Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».

relaciones entre las partes. En la negociación el objetivo, de cada parte, es optimizar su interés jugando con ofertas y contraofertas. En la negociación se trata de ceder, todos, alguna de sus pretensiones para obtener otras. En cambio, la mediación busca que todas las partes ganen con el posible acuerdo e, incluso, transformar sus relaciones para mejorarlas. El consabido ganar/ganar de la mediación se puede formular de la siguiente manera para transformar las relaciones insatisfactorias preexistentes «si usted hace lo que ha hecho siempre, obtendrá lo que siempre ha obtenido; si lo que está haciendo no funciona, haga otra cosa».

Otra de las grandes diferencias está en el proceso de mediación y de negociación. El proceso de mediación y el de negociación tienen en común su carácter flexible. Sin embargo, el planteamiento en ambos procesos es bien distinto. Gráficamente suele decirse que la negociación se asemeja a un juego de cartas. Las partes de la negociación intentarán jugar sus mejores bazas y para ello jugarán con la información y la omitirán si consideran que puede ser un as en la manga o la irán suministrando conforme entiendan que beneficia a sus intereses (en cierto modo, es la filosofía del pleito y del ganar/perder porque se basa en el juego de sumatorio cero que es competitivo y no-colaborativo).

En cambio, la mediación suele decirse que es un puzzle. De hecho, muchas asociaciones de mediación han adoptado piezas de puzzle como logotipo. En cierto modo, podría admitirse este símil. La filosofía sería la siguiente: el mediador administra la información pero debe tenerla toda para poder ayudar a las partes a resolver sus disputas. Es decir, dentro de la confianza en el mediador y gracias al principio de confidencialidad que salvaguarda el secreto profesional del mediador deben ser conscientes las partes de que deben colaborar con el mediador respondiendo y contestándole a todas las cuestiones que les plantee. El mediador debe obtener la máxima información útil para luego diseñar el mapa del conflicto. El mediador tiene que encajar todas las piezas para ayudar a solucionar el conflicto. Si falta información o no hay una información correcta falta una pieza del puzzle y ya no encajarán o no será posible resolver el conflicto.

Sin embargo, este símil o analogía tiene un gran fallo. El mediador no debe ser dogmático, sino creativo y flexible para resolver los conflictos. El concepto del puzzle no nos sirve porque no sólo hay una solución válida posible. Debemos estar abiertos a múltiples soluciones y que sean las partes las que elijan la que mejor se adapta a sus concretas relaciones. En este sentido, es mejor pensar gráficamente que la mediación se asimila al Cubo de Soma. El Cubo de Soma presenta dilemas con limitaciones y reglas que responden a varias soluciones válidas que están a disposición de la creatividad y adaptabilidad del participante. Es decir, un «rompecabezas» donde pueden encajar las piezas de muy distintas formas.

III. LA «MEDIACIÓN HIPOTECARIA» EN ESPAÑA

Han sido recientes las iniciativas de servicios de «mediación hipotecaria» en España. A pesar de su corta experiencia merece destacarse la gran repercusión mediática que han tenido estos servicios. Esta repercusión viene dada por lo dramático de muchas situaciones familiares a las que tratan de dar respuesta o buscar soluciones viables para aliviar la situación de quienes se encuentran angustiados por la deuda hipotecaria. También, muchos de los servicios de la denominada «mediación hipotecaria» se han encargado de mediar o negociar en casos de arrendamientos urbanos en los que los arrendatarios se han encontrado con dificultades para afrontar el pago de las rentas inicialmente pactadas con el arrendador. No obstante, este trabajo se centrará exclusivamente en los casos de «mediación hipotecaria» de adquirentes o propietarios que incumplen el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario y se ven amenazados por la ejecución de la hipoteca.

La experiencia en las iniciativas que se llevan a cabo en España en materia de «mediación hipotecaria» es muy diversa y surge desde distintos ámbitos. Por este motivo, hasta donde se ha podido observar los procedimientos, ámbitos de actuación y modos de actuar son diferentes aunque la finalidad es común al tratar de buscar soluciones a un problema común. No obstante, se pueden extraer muchos puntos comunes e, incluso, un procedimiento o protocolo similar de actuación. En todos los casos, existe un respaldo institucional que puede surgir de entidades locales, provinciales o autonómicas[22]. También, en todos los casos, estas oficinas de mediación hipotecaria tratan cada caso de manera personal e individualizada, analizando cada una de las opciones en función de la gravedad que revista cada caso concreto. Es decir, aunque la problemática es común, se huye de las soluciones estandarizadas y se acude a las técnicas de mediación que trata de atender a los intereses y necesidades de cada caso concreto.

Puede también observarse que se ha producido un cierto respaldo legislativo a esta incipiente actividad de mediación hipotecaria con el impulso que se ha tratado de ofrecer a la posibilidad de acuerdos ante situaciones de impotencia patrimonial de deudores hipotecarios sin recursos. En este sentido, debe mencionarse el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que ha sido objeto de una importante reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Este marco normativo supone una promoción indirecta a la

[22] Las iniciativas que se han analizado en la elaboración del presente estudio son las llevadas a cabo desde el Ayuntamiento de Torrelavega en la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde la Diputación de Granada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las del Gobierno catalán y vasco en sus respectivas Comunidades Autónomas.

negociación y mediación. Se trata de una forma de potenciar indirectamente estas salidas pactadas porque no establece medidas imperativas sino que incluye un código de buenas prácticas que las entidades financieras pueden adoptar de manera voluntaria. Con esta normativa se pretende dar respuesta a una demanda social importante para paliar la situación desesperada de muchas familias que corren el peligro de perderlo todo, más allá de la vivienda que habitan. El valor de la vivienda no cubre la deuda o deudas que garantizan y las familias se ven arrastradas a un futuro incierto o a situaciones de exclusión social.

Debe destacarse que, pese a que el código de buenas prácticas incluido en el anexo al Decreto-Ley es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito, la totalidad de las entidades de crédito han optado por adherirse[23]. Una vez adheridas, las disposiciones del Código deberán respetarse obligatoriamente durante dos años, prorrogables automáticamente por periodos anuales, supervisando su cumplimiento una comisión de control. Además, se impone a las entidades adheridas la obligación de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas.

Sin duda, lo que ha contribuido a la general adhesión es que la imagen corporativa de las entidades de crédito que no mostrasen este acto de adhesión se vería empañada y la publicidad negativa o pérdida de confianza de los clientes repercutiría negativamente en sus balances. Además, la adhesión se rentabiliza como muestra de compromiso social para ganar la confianza de los clientes[24]. En este sentido, también puede observarse que muchas entidades de crédito importantes no cuentan prácticamente con garantías hipotecarias en ejecución o pendientes de ejecución. La razón de esta diferencia no se encuentra en haber abordado la concesión de créditos hipotecarios con parámetros más rigurosos o exigentes puesto que con el «boom» inmobiliario todas las entidades entraron en idénticas condiciones de financiación. Más bien, se trata de una sencilla operación de salvaguarda de la reputación que han empleado algunas entidades. Resulta una operación bastante frecuente la cesión de créditos hipotecarios denominados eufemísticamente «tóxicos» o de alto riesgo a otras entidades del grupo menos conocidas. Con este tipo de operaciones es el cesionario el que finalmente se encarga de reclamar el pago y ante el incumplimiento ejecutará la

---

[23] Las entidades de créditos que han comunicado su adhesión voluntaria a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera son las recogidas en la Resolución de 10 de abril de 2012 de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa *(BOE* de 12 de abril). Sólo entidades financieras de matriz extranjera son las grandes ausentes de esta primera manifestación pública de adhesión.

[24] Resulta muy importante para las entidades de crédito mantener e infundir confianza a los clientes. De hecho, más allá de la transparencia en la gestión y en los balances, se están llevando a cabo importantes campañas publicitarias sobre la responsabilidad social corporativa que desarrollan.

garantía hipotecaria. De esta manera, la imagen de la entidad de crédito cedente no resulta teóricamente afectada por los desahucios.

IV. SITUACIONES DE DESEQUILIBRIO. RELACIONES DE PODER ASIMÉTRICO Y REEQUILIBRAR LA SITUACIÓN

Partiendo del presupuesto de que no existían diferencias significativas en las concesiones de préstamos hipotecarios de las entidades de crédito, en la mayoría de los casos de ejecuciones hipotecarias generalizadas hubo una mala valoración del riesgo. Es importante dejar clara la diligencia exigible a los profesionales del sector financiero a la hora de adoptar decisiones sobre la concesión de préstamos. De otro lado, también es importante considerar que la elección de garantías y la evaluación de su suficiencia para cubrir la deuda dependen en exclusiva de la diligencia de los profesionales que la exigen y aceptan. Una de las conclusiones de la amplia experiencia estadounidense, en la que se ha centrado una parte de este estudio, mostraba cómo la mediación hipotecaria propiamente comenzaba legitimando al deudor.

Es cierto que el reproche de que se frustre la finalidad prevista en el contrato de préstamo recae sobre el prestatario al resultar ser el incumplidor. En el derecho de crédito el deudor tiene el deber de realizar una conducta que satisfaga el interés del acreedor y éste tiene la facultad de exigir el cumplimiento, incluso de forma coercitiva a través de la vía judicial. El deudor que no cumple de forma exacta, íntegra y puntual podrá ver asociada a su comportamiento la consecuencia de la responsabilidad exigida por el acreedor. Es decir, la responsabilidad contractual resultará imputable al deudor moroso o al que incumple de cualquier modo la obligación por negligencia o dolo (art. 1101 CC). También es cierto que el contrato de préstamo es un contrato típico que tiene carácter unilateral por surgir obligaciones exclusivamente por parte del prestatario que tiene que restituir el capital y abonar los intereses. En este sentido, toda la responsabilidad y reproche sobre las consecuencias nefastas de haber solicitado y obtenido préstamos inasumibles es el propio prestatario quien las sufre. Además, en los préstamos hipotecarios puede afirmarse que el acreedor tiene blindada parte de la satisfacción de su interés con la constitución de la garantía real con la que se grava el inmueble.

En este sentido, tanto en la negociación como en la mediación hay que legitimar a la parte prestataria que tiene muy mermada su capacidad de negociación. La negociación más técnica exige a las partes tener siempre clara cual es su mejor alternativa a un acuerdo negociado (MAAN)[25]. Este concepto indica, en

[25] En inglés el acrónimo original que ha dado origen a la traducción utilizada es BATNA que significa «*Best alternative to a negotiated agreement*». El concepto fue acuñado en la

cada momento, la posición de una de las partes respecto a la otra parte dentro del ámbito de la negociación. Es un concepto que puede cambiar a través del tiempo y define cual de las partes negociadoras saldría más perjudicada en caso de no alcanzar un acuerdo. El problema de negociar ante una ejecución hipotecaria es que la mejor alternativa al acuerdo negociado siempre es de la entidad de crédito que tiene en su poder la posibilidad de ejecutar la hipoteca. Sin embargo, tampoco sería una buena estrategia por parte del acreedor hipotecario abusar de la situación, ya que podría perjudicar a la entidad de crédito no volviendo a tratar con él, obteniendo la ejecución pero quedando buena parte de la deuda sin cubrir y generándose más gastos o empañando la imagen pública de la entidad. Todos salen perjudicados ante una generalización en la ejecución de las hipotecas, derivando en negativas consecuencias también para las entidades de crédito, ya que es el respaldo de la inversión de sus clientes el principal objetivo de su negocio y la base de su existencia.

Para legitimar al prestatario hay que mostrar la difícil situación patrimonial a cuyo resultado se ha llegado como una operación compleja en su conjunto en la que han fallado diversos factores. No se trata de una garantía real aislada, ni un contrato de préstamo aislado sino de una operación para financiar la adquisición de una vivienda (compraventa, préstamo e hipoteca están necesariamente vinculados). En efecto, estas situaciones se acercan a lo que la jurisprudencia ha calificado como contratos vinculados. El contrato de préstamo hipotecario, que generalmente se analiza en la mediación hipotecaria, resulta condicionante de la compraventa de la vivienda y la garantía hipotecaria se muestra condicionante del préstamo. El adquirente medio, que compra un inmueble para destinarlo a vivienda familiar, jamás podría asumir el desembolso del precio sin obtener la financiación de la entidad de crédito. La envergadura de la operación implica asumir una responsabilidad por parte del comprador que debe conocer su capacidad de pago y, al tiempo, se asume cierto riesgo por parte del financiador. Es cierto que el contrato de compraventa y el de préstamo son dos contratos típicos diferentes y la causa en ambos contratos es diferente. En todo caso, la finalidad del contrato de compraventa para el comprador es adquirir la vivienda. Ésta es la misma finalidad o motivación para el prestatario o deudor hipotecario. La finalidad o motivación del prestamista o acreedor hipotecario es que se le reembolse el capital y se le paguen los intereses.

En el momento en el que se ejecuta la hipoteca se han frustrado los intereses de ambas partes. De un lado, se ha frustrado el evidente interés del comprador-

---

Escuela de Harvard, dentro del Programa sobre negociación (Program On Negotiation: PON). Concepto desarrollado por los autores Roger FISHER y William URY en su serie de libros sobre «Principios de la Negociación» cuyo primer título fue el famoso *Getting to Yes* que se ha convertido en uno de los principales *best sellers* del género de no ficción (cuya primera edición data de 1981).

prestatario y, de otro lado, se ha frustrado el interés de la entidad financiera-acreedora hipotecaria. Cada vez queda más patente la frustración de la finalidad de la entidad de crédito al ejecutar la hipoteca puesto que cada vez resulta más difícil colocar en el mercado los inmuebles ejecutados y, finalmente, pasan a formar parte de una bolsa de inmuebles vacíos en el patrimonio de las entidades de crédito que provocan no pocas disfunciones. Las entidades de crédito han tenido que crear o aliarse con agencias inmobiliarias para tratar de realizar el valor de los inmuebles. El Banco de España ha intervenido para que las entidades de crédito se deshagan de estos activos inmobiliarios. Colocar estos inmuebles en el mercado supone rebajar el precio muy por debajo de su valor por lo que debería reconsiderarse si en lugar de utilizar este largo y tortuoso camino para finalizar con un importante sacrificio patrimonial no convendría utilizar la negociación con los prestatarios, clientes del banco, para tratar de minimizar esas pérdidas o buscar soluciones viables y que traten de satisfacer los intereses de todos probando con las técnicas de mediación (ganar-ganar).

El interés del prestatario es mantener el hogar familiar. El interés del banco es recuperar el capital prestado y obtener intereses como los frutos civiles del capital, así como cierta remuneración de sus servicios en forma de comisiones o más técnicamente «tarifas por comisión bancaria».

El coste de las propias ejecuciones es importante, más los intereses que siguen devengándose, y se analiza en este trabajo, al incidir sobre las sentencias que han recaído sobre el particular. Basta con observar las cifras de los autos que ordenan y materializan las ejecuciones hipotecarias para notar cómo se agrava muy significativamente la deuda con la ejecución hipotecaria. Estas cifras de las resoluciones judiciales analizadas aún no reflejan las tasas judiciales que se incorporan con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y que pasarán a abultar, aún más, el coste de las ejecuciones. Si el deudor adolecía de una impotencia patrimonial para afrontar el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, tras la ejecución, se encontrará en una situación de completa insolvencia[26].

No toda la negligencia se debe centrar en el comportamiento del prestatario deudor que no puede satisfacer el interés de su acreedor. El prestamista es una entidad de crédito a la que le resulta exigible en sus relaciones profesionales de prestación de servicios financieros una diligencia más severa que la que le resulta exigible a un particular. A la entidad de crédito le resultará exigible una diligencia de un profesional (ordenado comerciante según la terminología obsoleta del Código de Comercio) frente a la diligencia de un hombre medio

[26] Para una mayor profundidad en el concepto de insolvencia y del «proceso de ejecución como cauce natural de la constatación de la insolvencia como perjuicio del crédito», vid. Orduña Moreno, F. J., *La insolvencia,* Valencia, 1994, págs. 77 y sigs.

exigible a un particular (buen padre de familia según la terminología obsoleta del Código Civil). En la entidad de crédito, en algunos casos, podrá entenderse que ha existido negligencia por parte de las sociedades de tasación que trabajaban para ellas en la valoración de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria, a pesar de existir también normas que establecen los parámetros para estas valoraciones. En otros casos, podrá entenderse que ha existido cierta negligencia por parte de los departamentos de riesgos de las entidades de crédito que no han tomado en consideración de forma correcta las garantías ofrecidas, los indicadores de solvencia patrimonial y la capacidad de pago de los prestatarios para los que aprobaron la concesión del crédito.

Por lo tanto, se puede concluir que el MAAN de una persona que negocia está en función de los plazos de tiempo, de las demás alternativas que se pueden tener al acuerdo, de los recursos propios, de la información que se disponga, de la experiencia y del conocimiento en la materia.

Precisamente, para equilibrar la experiencia y conocimiento de la materia de las partes interviene el mediador. Otra función de vital importancia en la negociación y que se convertirá en parte del trabajo del mediador será la elaboración de un mapa de interés para cada caso concreto. Se trata de una guía que se debe comprobar y se modificará a lo largo del proceso negociador. El mapa de interés identifica a los participantes y a las demás personas que puedan tener algún tipo de relación más allá de las posiciones. No siempre este mapa de intereses resultará tan sencillo como establecer: 1) A la entidad de crédito le interesa recuperar el dinero prestado. 2) Al deudor hipotecario le interesa mantener la estabilidad de su hogar. En ocasiones aparecen intereses de terceros que también deben calibrarse: v.gr.: 1) Si se trata de una vivienda de protección pública puede que exista un límite en el precio que no se haya tenido en cuenta, a pesar de la normativa, para la tasación. También en estos casos, puede considerarse que la Administración puede conceder o no conceder la descalificación de la vivienda protegida o, incluso, podría ejercitar derechos de adquisición preferente[27]. 2) Puede que, aparte del titular de la vivienda, deba tenerse en cuenta a la persona que tenga atribuido el uso de la misma en virtud de sentencia judicial de separación o divorcio (art. 96 IV CC) al ser un derecho garantizado cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda[28] (normalmente cuando la hipoteca no se ha constituido para financiar la adquisición de la misma sino que se ha constituido con posterioridad a la separación o divorcio)[29].

---

[27] Vázquez de Castro, E., *Precio y renta en las viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia),* 2.ª ed., Pamplona, 2001, págs. 60-64 y 121-123.

[28] Así lo ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia (sentencias de 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, entre otras).

[29] Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia,* Madrid, 2001, págs. 203-205.

Resulta conveniente que los intereses se intuyan, adivinen, combinen teniendo en cuenta su nivel de relación y se valoren en orden de prioridades e importancia que se les da por parte de los negociadores. También es conveniente que el proceso de negociación tenga en cuenta el impacto no sólo en las partes, sino en terceros que pudiesen resultar afectados por los acuerdos.

V. LA POSIBILIDAD DE ACUERDOS ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR HIPOTECARIO

1. Las posibilidades de acuerdo entre acreedor y deudor hipotecario y el papel del tercero que asiste y supervisa las negociaciones

En definitiva, queda abierta la posibilidad de llegar a soluciones alternativas a la ejecución por vía de la autocomposición. Tanto por vía de negociación como por vía de la denominada mediación hipotecaria. El problema de la negociación, en estos casos, es que probablemente ya se ha intentado sin éxito. El escaso éxito en estas primeras negociaciones suele deberse a la inexperiencia del deudor hipotecario que, siendo consumidor suele ser también adherente de las cláusulas predispuestas por el acreedor hipotecante. Además, es difícil la negociación cuando la situación otorga una gran ventaja a la entidad de crédito que tiene la mejor alternativa a un acuerdo negociado (MAAN). Por este motivo, se ha considerado oportuno el empleo de la mediación para dar solución a algunos de estos casos.

En caso de acudir a la mediación se tratará de una mediación especial, bastante diferente en sus métodos que la más conocida mediación familiar[30]. En todo caso, hay que ser conscientes que la mediación en los casos de reclamaciones de deudas y, aún con mayor motivo en las reclamaciones de deudas hipotecarias, está muy limitada. En EE.UU. se ha comprobado que, dentro de la mediación civil, suele tener más éxito la mediación sobre daños que sobre contratos, aunque en materia de concurso de acreedores se ha logrado una ratio de hasta el 75 por 100 de acuerdos[31]. Debe advertirse que en este tipo

[30] Antes de comenzar la mediación en estos casos convendrá hacer una evaluación de las posibilidades reales pero, no cabe duda, de que es uno de los ámbitos de mayor actualidad y proyección para la mediación (Best, A., «Mediar las quejas de los consumidores», en *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, coord.: K. Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczakpp, Barcelona, 1996, págs. 362-365).

[31] Este porcentaje suena muy bien si no considerásemos que en ese país se puede considerar que en el 98 por 100 de los casos civiles no se acudirá a juicio, con independencia de que las partes acudan a mediación o no (Wall, J. A.; Dunne, T. C., Chan-Serafin, S., «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, Winter 2011, pág. 134 y sigs., Wall, J. A., Dunne, T. C., «Media-

de mediación las técnicas a emplear para conseguir cierto éxito implica flexibilizar la estrategia de neutralidad que, no obstante, debe inspirar el proceso de mediación. La estrategia más efectiva en los procesos de mediación civiles suele ser la evaluativa y la de presión, obteniendo acuerdos aunque el índice de satisfacción sea menor que al usar la estrategia neutral.

La estrategia de presión se traduce en que el mediador sea directo y utilice procedimientos para reducir las aspiraciones y limitaciones de las partes, en cada caso, para mover a las partes de sus posiciones y conducirles hacia el acuerdo. Con esta técnica el mediador se convierte en «abogado del diablo» y puede ser directivo y persistente con una o con ambas partes. La estrategia evaluativa o analítica, en cambio, se traduce en enfocar el problema de forma asertiva, haciendo que las partes conozcan las fortalezas y debilidades de sus posiciones, preguntando, pidiendo opiniones, solicitando sugerencias de una parte hacia la otra y discutiéndolas.

En todo caso, si el objetivo es suspender ejecuciones traumáticas y ofrecer otras opciones se puede considerar eficaz, con independencia del grado de satisfacción que se logra alcanzar en las expectativas de las partes. Incluso, la estrategia evaluativa puede superar en éxito a la de presión cuando se aportan por el mediador las fortalezas y debilidades de cada posición, junto con los costes de las decisiones (nótese en las sentencias citadas al tratar el capítulo sobre «la alternativa judicial» el elevado coste de la propia ejecución, incluso en relación con el principal), además, se aportan elementos y técnicas que las partes pueden utilizar en futuras negociaciones (que no usaron en las precedentes)[32].

La mediación hipotecaria sigue el modelo tradicional, lineal o de Harvard que sienta sus bases sobre las técnicas de negociación[33]. En este sentido, el papel del mediador es lograr el mejor acuerdo para las partes partiendo de los puntos de acuerdo comunes por pequeños que sean. Estos puntos de acuerdo comunes sobre las que establecer las bases vienen determinados por el programa de prestaciones que se estableció inicialmente en la relación obligatoria que une a las partes. En consecuencia, se parte de unos estándares y principios de los que se parte en la negociación. El mediador tiene que aportar una nueva pers-

---

tion Research: A Current Review», en *Negotiation Journal,* April 2012, págs. 231-233; Kay, J., 2009, «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the best», en *ABA Journal* 95, págs. 14-17).

[32] Un reciente estudio sobre estrategias en mediaciones civiles en EE.UU. establece esta ratio y ofrece, como resultados empíricos sobre casos reales, que mientras que en una mediación neutral los acuerdos alcanzados rondan el 28 por 100, la mediación evaluativa alcanza el 69 por 100 y la de presión se queda en un 57 por 100. Wall, J. A.; Dunne, T. C., Chan-Serafin, S., «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, Winter 2011, págs. 138-145.

[33] Vázquez de Castro, E., «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012,* dir. por García Villaluenga, Leticia y Rogel Vide, Carlos, Madrid, 2012, págs. 255-260.

pectiva desde el punto de vista de un tercero que busca soluciones prácticas que satisfagan los intereses de las partes y que las haga salir de sus posiciones. Se pone de manifiesto por el mediador el acuerdo sobre lo principal y se muestra que la ejecución hipotecaria no es lo principal sino sólo un medio que garantiza, al menos en parte, los intereses sobre la cuestión principal. Los intereses coincidentes de las partes podrán alcanzarse por otros medios.

El mediador debe intentar acercar con delicadeza y cuidado los intereses de las partes de forma activa, mostrando que existen otras alternativas, para que se abandonen las posiciones (fundamentalmente la decisión de ejecución por parte del acreedor hipotecario) y se admitan otras formas de colmar esos intereses. Como uno de los principales escollos para la adopción de acuerdos el desequilibrio o situación asimétrica entre las partes, en algunos de esos casos se ha defendido la obligatoriedad para que el acreedor hipotecario asista a una mediación antes del lanzamiento o desahucio del deudor[34]. Es evidente, que esta obligatoriedad de asistir a la mediación pero no de alcanzar un acuerdo se puede concebir como mero requisito de procedibilidad que resulta inútil sin voluntad real de acudir a mediación. Sin embargo, los buenos oficios de los mediadores finalmente acaban por tener como resultado soluciones útiles y eficaces en forma de «microacuerdos»[35]. En todo caso, merece destacarse que, en estos casos, la mera solicitud de mediación, por una de las partes no podría servir para suspender el proceso ejecutivo puesto que se requiere la voluntad de ambas partes para conseguir este efecto (art. 19.4 LEC). El derecho de obligaciones se sustenta sobre la base de que el deudor debe realizar un comportamiento que satisfaga el interés del acreedor. El interés del acreedor evidentemente se traduce en el cumplimiento, integro, exacto y puntual de la obligación (requisitos del pago).

---

[34] Vid. *supra* nota 61. Dos han sido fundamentalmente los ámbitos donde se ha defendido la mediación obligatoria: las pequeñas reclamaciones de cantidad y los desahucios en tiempos de crisis. El primer ámbito es el referido a las pequeñas reclamaciones de cantidad que, incluso, contemplaba el Proyecto de Ley de Mediación Civil y Mercantil español. Puede obtenerse interesante información sobre esta experiencia en EE.UU. con la lectura del artículo de R. WISSLER, «The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts», en *Willamette Law Review*, vol. 33, pág. 565, 1997.

[35] Estas conclusiones son perfectamente asumibles y ya se encuentran reflejadas en un clásico y algo antiguo artículo de *la Harvard Law Review*: «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes Reviewed work(s)», vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104. En cualquier caso, hay que ser conscientes que ni siquiera en EE.UU., que siguen el modelo del Common Law en la función de fuente del derecho de la jurisprudencia, se considera correcto que sean los tribunales los que establezcan de oficio por su libre iniciativa esta mediación obligatoria y se atribuye esta función al legislador. Debe existir una Ley estatal que permita a jueces y tribunales hacerlo, aunque esta remisión sea genérica y no especifique cómo deben hacerlo jueces y tribunales, págs. 1096-97 (Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective): Source: *Harvard Law Review,* Vol. 103, No. 5 (Mar. 1990), págs. 1086-1104). «Mediation: A Current Review and Theory Development», J. A. WALL, Jr., JOHN B. STARK and RHETTA L. STANDIFER, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No. 3 (Jun. 2001), págs. 370-391.

No obstante, si esta satisfacción es imposible pueden negociarse alternativas para que el acreedor redefina su interés o resulte menos perjudicado. Podría describirse esta situación como un retorno desde la contratación seriada o con condiciones generales, en las que se reflejaron las condiciones de la financiación, a la negociación para la adopción de un plan de viabilidad en la amortización del préstamo hipotecario. En todo caso, uno de los principales factores que contribuirá al éxito de estas alternativas convencionales a la ejecución es la antelación en la búsqueda de estas soluciones. Evidentemente, existen muchas más opciones para los casos en los que no resulta inminente la ejecución.

Estas soluciones convencionales que tratan de completar e ir más allá de las medidas legislativas, antes expuestas, suelen canalizarse a través de lo que se han venido denominando servicios de mediación hipotecaria. Incluso, en ocasiones, estos servicios de mediación hipotecaria han puesto de manifiesto supuestos que encajaban perfectamente en los contemplados en el Código de Buenas Prácticas pero que había pasado desapercibido por la entidad o era desconocido por el deudor hipotecario. En otras ocasiones, se trata de un servicio que informa y asiste a los deudores hipotecarios a la hora de aportar la documentación acreditativa. La mediación hipotecaria es un servicio que nace con el objetivo de mediar —manteniendo siempre una postura neutral— entre las entidades bancarias y quienes no pueden hacer frente al pago de las hipotecas suscritas con ellas, intentando buscar alternativas a los desahucios de vivienda. Tratan de ayudar al dueño de la vivienda y al prestamista a llegar a un acuerdo negociado, justo y voluntario que permita asumirse como mejor solución para ambas partes.

Hay que ser conscientes del ya descrito desequilibrio de poder entre las partes, por lo que una negociación clásica, que suele intentarse espontáneamente por el deudor al comenzar sus dificultades económicas, no suele prosperar. Por este motivo, se busca la colaboración de una Administración o Institución Pública en el marco de la cual se realiza una mediación para que las partes alcancen un acuerdo. Actualmente, este tipo de servicios que se van implantando en las distintas comunidades, están impulsados o sufragados por las distintas autoridades locales, provinciales y autonómicas. No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las actividades de estos denominados servicios de mediación hipotecaria son propiamente de mediación, en sentido técnico. Lo que ocurre es que la moda de la mediación está provocando una metonimia que implica que cualquier actividad que se desarrolle para solucionar un problema se tilda vulgarmente de mediación. Realmente, estos servicios se encargan de gestionar un grave conflicto ofreciendo distintos remedios.

En primer lugar, hay que considerar que quienes acuden a estos servicios son siempre los prestatarios en busca de ayuda. Desde estos servicios se suele comenzar con una actividad básica que es la de asesorar (además de educar) a la parte deudora en relación a las cuestiones económicas y fiscales. Asimismo,

este asesoramiento contribuye a aumentar el poder a esta parte, la más débil, respecto a la parte prestadora, luego se fomenta la igualdad, que por otra parte, es bastante difícil. El asesoramiento implica comprobar si el supuesto descrito cumple con los criterios establecidos ya por el Decreto. En estos casos, si el prestamista es una entidad de crédito que se encuentra adherida, no debería existir problema para negociar la solución que establece este Decreto-ley.

Un asesor informa de las posibilidades y aconseja lo que cree mejor. Un mediador intenta lograr un acuerdo de voluntades, aunque piense que podría haber sido mejor. Por este motivo, sería conveniente que si con posterioridad se va a realizar una mediación para ayudar a prestamista y prestatario a alcanzar un acuerdo, no sea el mismo asesor o consultor el que realice las tareas de mediador. En todo caso, el servicio de mediación, tras el asesoramiento inicial al prestatario, intentará facilitar en un primer momento «la negociación» de las condiciones habidas y futuras.

El fin de la mediación no es otro que acercar las posiciones del acreedor y deudor hipotecarios para, ante las dificultades que tiene el deudor en crisis para pagar, poder llegar a un nuevo acuerdo de reestructuración de la deuda que le permita a este seguir con su pago sin descuidar el resto de necesidades de subsistencia que tenga.

Ciertamente, existen muchos modelos posibles de mediación y siempre se ha mantenido que no es necesario que el mediador se circunscriba o limite a un estilo o modelo concreto o determinado[36]. No obstante, el proceso de mediación, en el ámbito que nos ocupa, se fundamenta en la negociación colaborativa de la Escuela de Negocios de Harvard. El mediador utiliza los elementos propios de la negociación colaborativa para conducir a las partes en la gestión de la situación en la que se encuentran[37].

2. Los contenidos de los posibles acuerdos alcanzados entre acreedor y deudor hipotecario

En los casos de ejecuciones hipotecarias en los que se centra este trabajo el margen de negociación resulta muy limitado por la escasa solvencia o viabilidad de recuperación del deudor hipotecario. En esta posición, la negociación se prevé difícil para la mayoría de los casos, donde el hipotecado llega al límite de su posición económica, o bien le ha superado, para hacer frente a las deudas,

[36] Vázquez de Castro, E., «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, dir. por García Villaluenga, Leticia y Rogel Vide, Carlos, Editorial Reus, Madrid, 2012, págs. 255-260.

[37] Con más detalle, Soleto, H., *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos.* Madrid, 2011, pág. 157 y sigs.

¿qué se puede negociar desde el punto de vista de un deudor al que ya no le importa perder más, puesto que lo ha perdido todo? Ante estos casos, ya se han expuesto las medidas legislativas introducidas. En el propio Código de Buenas Prácticas se contempla, de manera escalonada o sucesiva, las medidas previas a la ejecución que consisten en reestructuración y reunificación de las deudas, las medidas complementarias que se traducen en quitas en el capital pendiente de amortización y, en último término, las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria, es decir, la dación en pago. El contenido de los posibles acuerdos pueden venir orientados a seguir las pautas indicadas por este Código para supuestos que no cumplan o reúnan los requisitos o presupuestos establecidos en el Código o que mejoren las medidas o soluciones ofrecidas en el mismo.

También tendría sentido que se lograsen acuerdos de moratorias en función de las posibilidades de recuperar la capacidad económica en un momento posterior. Incluso, para aquellos caos en los que la situación no resulte tan grave o acuciante se podría explorar la posibilidad de aceptar nuevas garantías o ampliar el crédito hipotecario. En este sentido pueden explorarse diversas opciones en función de cada caso concreto.

3. La mediación hipotecaria institucional. Redes de oficinas de mediación hipotecaria

Como se ha tenido ocasión de observar, las relaciones hipotecarias son relaciones jurídico privadas en las que las posibles ingerencias de los poderes públicos tan sólo adquieren sentido con motivos de orden público económico[38]. Dentro de este concepto de orden público económico puede entenderse que la protección de la parte más débil de la relación jurídico económica justifica la intervención. Sin embargo, siendo cierta la diferencia de poder entre las partes, la relación hipotecaria aparenta ser mucho más desequilibrada de lo que realmente es. Si se profundiza en el análisis de los intereses puede resultar llamativo que el conflicto, más que de intereses, resulta ser un conflicto de información[39]. Por este motivo, es evidente que el marco en el que se desarrollan las experiencias de mediación hipotecaria existentes hasta ahora son institucionales (Ayuntamientos, Diputaciones, Gobiernos autonómicos y colegios profesionales). Sin embargo, el hecho de que se propicie o facilite esta mediación desde las instituciones públicas o incluso se pongan los medios adecuados para su desarrollo no implica que exista

[38] Vázquez de Castro, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual,* Valencia, 2002, pág. 45.

[39] Incluso, en aquellos casos en los que se encargan los Colegios de Abogados de asumir esta función, los mediadores asignados no asumen el papel de abogados sino que informan y supervisan la negociación.

una intervención directa de estos poderes públicos que introduzcan un carácter heterónomo a la mediación. Debe mantenerse que esa organización o racionalización institucionalizada de las negociaciones entre acreedor y deudor hipotecarios no le hace perder la naturaleza de sistema autocompositivo consustancial a toda mediación sino que tan sólo supone una especialidad derivada de la complejidad de las circunstancias[40].

En el plano de las posiciones iniciales puede verse a un banco que inflexiblemente mantiene la posición de que si el deudor hipotecario no paga la cuota de amortización convenida en plazo, ejecuta la hipoteca. De otro lado, se puede observar a un deudor hipotecario que, víctima de la crisis, no puede afrontar los pagos y se intenta atrincherar en su vivienda. Pero en el plano más profundo de los intereses juegan muchos factores que equilibran las fuerzas y abren la puerta a la mediación. Así, el banco debe valorar diversas cuestiones: imagen pública, competencia de mercado, efectos contables de las ejecuciones hipotecarias insuficientes, estado cataléptico del mercado inmobiliario, presión de grupos ciudadanos ante los poderes públicos para que limiten los desahucios, etc. En este sentido pueden enumerarse sucintamente algunos de estos factores a considerar en la mediación hipotecaria:

— En un mercado que se rige por el sistema de libre competencia, el cliente que se recupera o supera su situación económica o el futuro cliente hipotecario valorarán la reacción de cada banco ante puntuales problemas de liquidez (que la mayoría temerá sufrir en la larga vida de una hipoteca). Se juegan por tanto futuras cuotas de mercado hipotecario que es donde los ciudadanos españoles invierten el grueso de sus ingresos.
— Las reacciones del banco afectarán también a la captación de depósitos: con la escasa diferencia entre las ofertas de los distintos bancos que permite la legislación actual, es de suponer que un factor competitivo que supera la guerra de precios es el de la imagen más o menos humana o personal de un banco. Es comprensible que éste sea un factor de calidad importante en la política de atención al cliente de la entidad de crédito que puede resultar determinante en la toma de decisiones de los depositantes, con independencia de la obligación legal que tienen de responder ante las reclamaciones[41].

---

[40] La complejidad viene determinada, aparte de por la situación económica, por las normas jurídicas de carácter tuitivo que enmarcan la relación hipotecaria y que se ha tenido ocasión de analizar con detalle (vid. *supra* Capítulo «Alternativa legal»). Sobre todo, es necesario conocer bien el margen que la Ley deja a la disposición de las partes y las facultades ofrecidas en el Código de Buenas Prácticas a las que pueden acogerse.

[41] Las entidades tienen obligación de atender y resolver las quejas y reclamaciones presentadas por sus clientes en un plazo de dos meses. Sólo pueden negarse a admitirlas a trámite en los siguientes casos: Cuando falten datos esenciales (por ejemplo, cuando no se diga el motivo). Cuando se trate de asuntos que sean competencia de órganos arbitrales, administra-

— Las ejecuciones hipotecarias exigen a los bancos hacer provisiones contables en las cuentas. Por ello, a menudo prefieren, jugando a la contabilidad creativa que tantos problemas ha causado, mantener vivas hipotecas en estado de crisis con la esperanza de una futura recuperación. Les es más interesante conceder moratorias de pago a quienes consideran capaces de una recuperación económica que ejecutar sus hipotecas: así, si se recuperan, recobran lo previsto más intereses y reducen las tasas de morosidad[42]. En el peor de los casos, aunque no se recuperaran los

---

tivos o judiciales. Cuando la queja o reclamación no se refiera a operaciones concretas, o no tenga que ver con los intereses y derechos de los clientes legalmente reconocidos. Cuando se formulen quejas o reclamaciones ya presentadas por el cliente y resueltas anteriormente. Cuando haya transcurrido el plazo para la presentación de quejas y reclamaciones previsto en el reglamento de funcionamiento del servicio de atención, que debe estar a disposición de los clientes en todas las oficinas y en su página de Internet. Si la entidad considera que la queja o reclamación presentada no es admisible a trámite, debe comunicarlo al interesado, que tendrá un plazo de diez días para presentar alegaciones. Además, muchas entidades han incluido la figura del defensor del cliente como otro recurso más. En todo caso, el Banco de España es la institución a la que finalmente pueden acudir los usuarios de servicios financieros para presentar sus reclamaciones (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, de protección de los derechos del usuario de servicios financieros ECO/734/2004 y Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores) (vid. nota 1).

[42] Para entender la cuenta de resultados de una entidad de banca comercial basta con poner un ejemplo sencillo y frecuente. Para que quede totalmente fuera de los supuestos contemplados en el Código de Buenas Prácticas y se aprecie toda la virtualidad práctica de la plena autonomía de la voluntad y los intereses puramente económicos en la negociación, se considerará que la vivienda ejecutada no es la habitual del deudor:

Para un préstamo hipotecario con saldo vivo de 100.000 euros que ha incurrido en mora después de doce meses hay que dotar 100.000 euros de provisión. Si, finalmente, se procede a la ejecución hipotecaria y se acude a subasta pública, la provisión mínima se eleva como mínimo a la que tuviera constituido su préstamo originario. Si la subasta es declarada desierta por falta de postores, la entidad se adjudica el inmueble por el 50 por 100 del valor por el que el inmueble hubiese salido a subasta si no es vivienda habitual del deudor (para el caso de ser vivienda habitual del deudor el importe de la adjudicación sería igual al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o el 60 por 100 si la deuda viva resultase menor —art. 671 LEC—), pongamos 40.000 euros, si no es menos el precio de salida. A este importe hay que descontarle, además, los gastos del proceso que pueden significar como mínimo unos 5.000 euros (las costas pueden ser muy variables en función de los intereses devengados, puesto que se fijan en función de la cuantía total). Finalmente, la entidad recupera 35.000 euros de las provisiones y pasa a fallidos 65.000 euros. Pero, además, se establece que, en función de la antigüedad de permanencia del activo en el balance de la entidad, se dotará en función de un calendario por años: 10 por 100 el primer año y hasta el 40 por 100 el cuarto año.

En cambio, rescatar el mismo préstamo en mora, de saldo 100.000, a través de una refinanciación, mejorando capacidad de pago o garantías (mejora de ingresos, aportación de nuevos intervinientes a la operación, nuevas garantías, etc...) se contabiliza como ingresos a cuenta de pago por 100.000 euros. La reestructuración o quita de una operación afecta exclusivamente a su clasificación contable y, por ende, a su necesidad de provisión, que se efectuará de acuerdo con las reglas generales (Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre

deudores hipotecarios demoran la declaración de pérdidas y retrasan la salida de las viviendas a un mercado inmobiliario en estado de crisis, ante la expectativa de que mejore en los próximos años.

— También existe la opción para el banco, de hecho algunos lo están llevando a cabo conjuntamente con la Administración, de ofrecer la vivienda en régimen de arrendamiento al deudor hipotecario que lo desee, incluso más allá de los supuestos previstos en el Código de Buenas Prácticas[43]. Esta posibilidad debe ponerse en relación con la posibilidad general de que el acreedor solicite al juez que le confiera la administración provisional o posesión interina de la finca (art. 690 1 I LEC). No cabe duda de que, más allá de la concurrencia de los presupuestos y condiciones previstos en el Código de Buenas Prácticas, el acreedor pueda hacer uso de esta facultad de administración provisional para obtener rendimientos del inmueble que imputará tal y como establece el precepto a cubrir con ello los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito. No cabe duda de que esta administración interina incluye la facultad de arrendar la vivienda al deudor o a un tercero y respecto a la forma de administración debe atenderse a lo pactado entre ejecutante y ejecutado. Los límites serían los que impone el propio artículo 690 LEC en cuanto al destino o imputación de las rentas, la duración del contrato que no iría más allá de los dos años y la rendición de cuentas[44]. Además, en muchos casos, las entidades de crédito, aún habiéndose adjudicado la titularidad de la vivienda hipotecada, permiten al propietario ejecutado que siga viviendo en la misma como arrendatario con rentas bajas. Para la entidad de crédito ejecutante siempre es mejor esta opción que no recibir nada por un inmueble que le genera gastos comunes fiscales y de mantenimiento. Tampoco es una buena opción malvender los inmuebles a algún fondo y tener que afrontar el que comiencen a aflorar las pérdidas.

— Los bancos cuentan con departamentos de análisis de riesgos, es de suponer que prefieran moderar sus posturas para evitar que se incremente la protesta social, cada vez más organizada, contra los desahucios. Si la

---

normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, vid. *supra* nota 6). En estos términos económicos entran diversas posibilidades de reducción o quita, dentro de los márgenes de tolerancia contable en los que el consabido resultado de la ejecución hipotecaria pueda ser considerada la peor alternativa a un acuerdo negociado.

[43] Vid. *supra* epígrafe: Código de Buenas Prácticas.

[44] Domínguez Luelmo, A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 3487. Rivas Torralva, R. A., «Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados», en *La ejecución civil. Estudios de Derecho Judicial*, 53, págs. 1044-1047. Monserrat Valero, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* (art. 131 LH), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 166. Redondo García, F., *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles,* Madrid-Barcelona, 202, pág. 164.

> protesta se mantiene o se recrudece, las autoridades, también presionadas por resoluciones de instituciones europeas menos consentidoras de posturas de abuso que nuestras instituciones nacionales, tendrán la tentación de legislar en defensa de los consumidores, en este caso hipotecarios, y eso afectaría a futuras posturas de los bancos y a sus cuentas de resultados. Por ello pueden llegar a la conclusión de que aflojar las exigencias ahora les permita mantener una situación favorable en el futuro.

Por todo esto, si se consolida una red de agencias de mediación hipotecaria y se coordinan actuaciones de las mismas, si la Unión Europea sigue enviando mensajes de aviso contra determinadas prácticas bancarias abusivas en el mercado hipotecario, y si persiste una notable presión social sobre las autoridades para aumentar las garantías de los deudores hipotecarios, presión en el sentido de lo recomendado en el preámbulo de la Ley Orgánica de Derecho de Asociación (influencia indirecta de los ciudadanos en la toma de decisiones), los bancos pueden entender que les resulta más interesante llegar a determinados acuerdos que dedicarse a lanzar acreedores hipotecarios a la calle. Y en este caso se estarían abriendo las puertas a la mediación en igualdad de condiciones.

VI. CONCLUSIONES

I. Se ha realizado en el presente trabajo un análisis de las demandas sociales que necesitan ser resueltas por el legislador ante la actual coyuntura de crisis económica y su especial incidencia sobre el sector inmobiliario. Debe observarse que otros países, con ordenamientos jurídicos de impronta más liberal que el nuestro como EE.UU., han adoptado medidas excepcionales para afrontar los graves problemas de endeudamiento familiar en periodos de recesión. Un país tan alejado del paternalismo o del carácter social de las políticas legislativas ha sabido establecer nuevas reglas para evitar las graves consecuencias de los concursos de acreedores de los patrimonios familiares. Más concretamente, se han ido adoptando medidas legislativas para evitar las ejecuciones hipotecarias de vivienda familiar que pudiera provocar un fuerte aumento de personas sin techo que agrava el problema de la pobreza en la sociedad.

II. Las tres vías a través de las cuales se han tratado de ofrecer soluciones alternativas a la ejecución hipotecaria son la legislativa, la judicial y la convencional. El orden lógico y secuencial indica que la primera de las vías alternativas a explorar debiera ser la convencional en un conflicto entre sujetos privados. Sólo cuando la negociación o la mediación no son posibles o resultan insuficientes debiera acudirse a la vía legislativa. En el caso que se analiza resulta evidente que el desequilibrio de poder de las partes cuando se trata de entidades de crédito frente a usuarios de servicios financieros ha hecho necesaria la intervención del

legislador. El problema, sin embargo, no ha sido resuelto satisfactoriamente por las deficiencias de las soluciones ideadas por el legislador que han provocado que jueces y tribunales se hayan visto en la obligación de emplear su experiencia en administrar la justicia del caso y cubrir las lagunas normativas.

III. Las soluciones convencionales en estos casos tienen poco margen para la creatividad u originalidad en las propuestas de solución. De hecho, lo que se ha tratado de obtener mediante la negociación o mediación ha sido con posterioridad reflejado por el legislador aunque se ha limitado tanto el ámbito de aplicación de algunas medidas contempladas que aún sigue siendo necesaria esta vía convencional para extender el ámbito de aplicación de algunas de esas medidas más allá del estricto supuesto de hecho recogido en la Ley.

IV. Ante las expresadas insuficiencias legislativas, la presión pública y la propia conciencia social de los jueces se han venido sucediendo soluciones de justicia material en las resoluciones judiciales que han creado una cierta inseguridad y disparidad de criterios. Ante esta tesitura, la fórmula de solución de los problemas generados por las ejecuciones hipotecarias que viene ofrecida por la vía convencional no deja de ser un recurso viable que ahorra costes y sorpresas. Tanto la negociación como la mediación hipotecarias están siendo uno de los recursos a los que más se está acudiendo para la búsqueda de salidas viables a estas situaciones difíciles.

V. Las alternativas convencionales, se articulan bien a través de las posibilidades que otorga el marco establecido en el Código de Buenas Prácticas, de adhesión voluntaria por las entidades de crédito, o bien en el contexto más amplio que ofrece la autonomía de la voluntad. En este último caso, ha de acudirse a procesos de mediación y de negociación que tienen en común su carácter flexible, rápido y económico. Ambos medios utilizados en situaciones concretas, puedan dar satisfacción, siquiera sea parcial, a las partes contratantes. Es cierto que las posibilidades de éxito de la vía convencional, fuera de los parámetros ofrecidos por el Código de Buenas Prácticas, dependerá de las circunstancias concretas que concurren en cada una de las situaciones analizadas. Sin embargo, merece la pena explorar esta vía como se ha tratado de hacer en el presente trabajo. Incluso, podría seguirse el esquema propuesto por el Código de Buenas Prácticas para proponer soluciones más allá de que los casos encajen en los supuestos de hecho establecidos en dicho Código. Siempre es posible proponer, más allá del Código de Buenas Prácticas, hasta donde se considere que puede existir solución viable, medidas para la reestructuración de la deuda, medidas complementarias como quitas o reducciones y, finalmente, medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria como la dación en pago. No debe perderse de vista que los intereses de las partes son, aparente y originariamente, contrapuestos —cobrar y pagar—, lo que obliga a acudir en ocasiones a soluciones de compromiso que satisfagan en la mayor medida posible, los dos ámbitos de interés, lo que por otra parte no es sino una manifestación más del mundo de los contratos, con la

salvedad de estar implicadas, en buena parte de las medidas a que aludiremos, las viviendas de los contratantes, sean o no consumidores. También resulta cierto que en interés común y final de ambas partes es que se lleve a buen término y sin incidencias el programa obligacional. En el logro de ese interés entra el buscar alternativas para evitar la ejecución hipotecaria.

VI. Analizando las experiencias de negociación y mediación hipotecarias ya en marcha, que se están extendiendo por toda España, puede observarse numerosos casos de éxito. Hay que destacar que, en todos los casos, existe un respaldo institucional que puede surgir de corporaciones de derecho púbico como los colegios de abogados, entidades locales, provinciales o autonómicas. También, en todos los casos, estas oficinas de mediación hipotecaria tratan cada caso de manera personal e individualizada, analizando cada una de las opciones en función de la gravedad que revista cada caso concreto. Es decir, aunque la problemática es común, se huye de las soluciones estandarizadas y se acude a las técnicas de mediación que trata de atender a los intereses y necesidades de cada caso concreto.

VII. Puede concluirse que de la suma de esfuerzos y del análisis de todas las posibilidades ofrecidas por las fórmulas analizadas de solución, se pueden atisbar los elementos necesarios para paliar, aunque sea puntualmente, el grave problema que se ha presentado. Es evidente que sin un esfuerzo institucional serio y reflexivo de medidas de choque para atajar el problema de las ejecuciones hipotecarias de las familias en esta situación de crisis se podría acabar por arrastrar a numerosos sectores de la población a los umbrales de la pobreza. En todo caso, debiera ser el legislador el que estableciese clara y certeramente el marco en el que atender los intereses más dignos de protección sobre las premisas de la realidad social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Achón Buñén, M. J. (2010): «La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales», en *Diario La Ley,* núm. 7379.

Best, A. (1996): «Mediar las quejas de los consumidores», en *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, coord.: K. Grover Duffy, James W. Grosch y Paul V. Olczakpp, Barcelona, págs. 362-365.

Dalla Bernardina de Pinho, H., Pedrosa Paumgarten, M.: «Side-effects of the growing trend towards the institutionalization of mediation», [consultado el 11/12/12 en *www.adrmaremma.it/english/pinhopaumgartenen01.pdf,* págs. 23-27].

Domínguez Luelmo, A. (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, edit. Lex Nova, Valladolid (pág. 3487).

Gerencser, A. E. (2000): «Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would Help», en *Alternatives*, vol. 18, núm. 4, pág. 82.

Kay, J. (2009): «Home settling: Foreclosure mediation grows, but some wonder if it's the best», en *ABA Journal* 95 (págs. 14-17).

MARTÍN AMAYA, J. L. (2012): *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español,* Sevilla (págs. 108-112).

MONSERRAT VALERO, A. (1998): *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria* (art. 131 LH), Ed. Aranzadi, Pamplona (pág. 166).

ORDUÑA MORENO, F. J. (1994): *La insolvencia,* Valencia (págs. 77 y sigs.).

PEREÑA VICENTE, M. (2008): «La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia», en *Actualidad Civil*, núm. 16, Tomo 2, LA LEY 39103/2008, pág. 1725.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001): *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: Familia,* Madrid (págs. 203-205).

REDONDO GARCÍA, F. (2002): *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles,* Madrid-Barcelona (pág. 164).

RIVAS TORRALVA, R. A.: «Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados», en *La ejecución civil. Estudios de Derecho Judicial*, 53, págs. 1044-1047.

SOLETO, H. (2011): *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos.* Madrid, pág. 157 y sigs.

SUSSKIND, L. E.; BABBITT, E. E. and SEGAL, P. N. (1993): «When ADR Becomes the Law: A Review of Federal Practice», en *Negotiation Journal*, 9 (págs. 59-75).

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos,* Valencia, 2003, pág. 218.

— (2001): *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia),* 2.ª ed., Pamplona (págs. 60-64 y 121-123).

— (2002): *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual,* Valencia (pág. 45).

— (2010): «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Tomo I. Mediación,* dir.: GARCÍA VILLALUENGA, TOMILLO URBINA y VÁZQUEZ DE CASTRO, Madrid (pág. 203 y sigs.)

— (2011): «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* núm. 27, pág. 28.

— (2012): «Comentario al artículo 21», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012,* dir. por GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos, Madrid, págs. 255-260.

WALL, J. A., DUNNE, T. C. (2012): «Mediation Research: A Current Review», en *Negotiation Journal,* págs. 231-233.

WALL, J. A.; DUNNE, T. C., CHAN-SERAFIN, S. (2011): «The Effects of Neutral, Evaluative, and Pressing Mediator Strategies», en *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 2, pág. 134 y sigs.

WALL J. A. Jr., JOHN B. STARK and RHETTA L. STANDIFER (Jun. 2001): «Mediation: A Current Review and Theory Development», en *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 45, No. 3, págs. 370-391.

WISSLER, R. (1997): «The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts», en *Willamette Law Review*, Vol. 33, pág. 565.

— *Law Review* (1990): «Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes Reviewed work(s): Vol. 103, No. 5, págs. 1086-1104.

RESUMEN

HIPOTECA, EJECUCIÓN, NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN, SERVICIOS FINANCIEROS, CONSUMIDORES Y USUARIOS

Los instrumentos que se han introducido en diversos países para paliar los efectos de la crisis antes de acudir a las ejecuciones patrimoniales pivotan sobre la vía convencional (negociación y mediación) como sistema de solución extrajudicial de conflictos. Sólo cuando la negociación o la mediación no son posibles o resultan insuficientes debiera acudirse a la vía judicial. En el caso de las ejecuciones hipotecarias, resulta evidente que el desequilibrio de poder de las partes cuando se trata de entidades de crédito frente a usuarios de servicios financieros ha hecho necesaria la intervención del legislador. El problema, sin embargo, no ha sido resuelto satisfactoriamente por las deficiencias de las soluciones ideadas por el legislador que han provocado que jueces y tribunales se hayan visto en la obligación de emplear su experiencia en administrar la justicia del caso y cubrir algunas lagunas normativas. Incluso, esta vía convencional puede ir más allá de las medidas introducidas por el Código de Buenas Prácticas, reflejado por el legislador con un limitado y estricto ámbito de aplicación.

ABSTRACT

MORTGAGE, FORECLOSURE PROCEEDING, NEGOTIATION, MEDIATION, FINANCIAL SERVICES, CONSUMERS

Instruments used in several countries in order to solution the effects of economic crisis instead of excuting mortgages, are based on contractual methods (negotiation and mediation) which supply ADR. Only when negotiation or mediation are not efficient, it becomes necessary to litigate. When we face mortgages, it is evident that the parties have very different power, as we find financial companies confronting consumers, and the legislator has had to act. However, the problem has not been successfully solved; because of the the defects of law solutions, judges have had to fill some lacks of the law. This negotiated methods can achieve more results than the Code of Good Practices, which the legislator has contemplated restrictly.

(Trabajo recibido el 3-8-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-23013)

DERECHO COMPARADO

Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado

por

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATOS PRELIMINARES:

1. En general.
2. El principio de la buena fe y la libertad contractual en la fase de los tratos preliminares.
3. Tratos vs. contrato: la difusa frontera entre las tratativas y el contrato. Una visión desde la óptica del Derecho Comparado.

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de la formación del negocio jurídico nos referimos a los actos o serie de actos en cuya virtud nace un negocio jurídico, lo cual se produce cuando concurren todos los elementos necesarios para ello, que variarán según sea el caso. Más concretamente, cuando el negocio jurídico en formación se trata de un contrato el proceso referido también es conocido como de conclusión o

perfección de un contrato[1], momento postrero de la serie de actos efectuados y dirigidos a esa finalidad, que ha de deslindarse nítidamente de otros posteriores a él, así sea el de su eficacia, o bien el de su consumación[2].

En efecto, el contrato, como regla general, se perfecciona por el mero consentimiento, al concurrir las declaraciones de voluntad de los contratantes, esto es, cuando, ya existiendo la una, surge la otra, o bien, si ambas son recepticias, en el momento que la aceptación llega a conocimiento del oferente. No obstante, dependiendo de la modalidad de contrato ante el que nos hallemos, para su perfección se requerirá, además del mero consentimiento, ya la entrega de la cosa —contratos reales, tales como el mutuo, comodato, depósito o prenda—, ya la observancia de ciertas formalidades con carácter *ad substantiam* o *solemnitatem* —contratos formales o solemnes, tal cual sucede en la donación o la hipoteca—.

Será, pues, a partir de la perfección del contrato cuando nacen, a menos que medie plazo o condición suspensivos, las obligaciones del contrato entre los contratantes y, por ende, cuando el contrato obliga a su cumplimiento.

El proceso de formación del contrato presenta dos fases bien diferentes: por un lado, la relativa a los contactos iniciales —tratos preliminares o tratativas[3]—; y, por otro, la de formación del consentimiento propiamente dicha, asentada en el concurso de la oferta y la aceptación.

Frente a la formación instantánea del contrato[4], práctica más que habitual que sucede si el destinatario de la oferta acepta sin más, cuando ésta se ha realizado directamente[5], es también muy frecuente la formación progresiva o sucesiva del contrato[6], sobre todo cuando reviste cierta complejidad o implica

---

[1] Albaladejo, M., *Derecho Civil. I/2.°*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 148.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de diciembre de 1991, reconoce diversas fases en la formación del contrato.

En torno a las posibles fases en el proceso formativo del contrato, Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* Tecnos, Madrid, 1979, pág. 188; Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 237 y 238.

[2] Albaladejo, M., *Derecho Civil. II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, págs. 398-400.

[3] Lupini Bianchi, L., *El contrato preliminar de compraventa. Su autonomía, función y ejecución forzosa*, Estudios de Derecho Privado. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios núm. 85, Caracas. 2010, pág. 267.

[4] La tradicional y sintética concepción del proceso de formación del contrato partía de la integración instantánea del consentimiento por medio del concurso de oferta y aceptación, criterio reconocido en buena parte de los Códigos Civiles del siglo XIX (francés, italiano, español, entre otros). En este sentido, Lupini Bianchi, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 10.

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

[6] Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R. y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 249.

una relevancia económica considerable, situación que requerirá mayor pausa para recabar datos e información, calibrar las posibilidades, solicitar garantías y, en suma, pensar mucho más las consecuencias de lo realizado, más aún, a nuestro juicio, cuando la delimitación del contenido del contrato procede de la voluntad de una de las partes mediante condiciones generales que habrán de ser aceptadas por la otra u otras a través de su adhesión, en una clara expresión del fenómeno de la contratación en masa[7] que prolifera cada vez con más fuerza en nuestros días.

En este segundo supuesto anteriormente señalado —formación sucesiva del contrato— la perfección del contrato suele ir precedida por una fase previa en la que puede aparecer la invitación a ofrecer[8] o bien los tratos preliminares[9], situación esta última donde, en puridad, no estamos ante una actividad contractual, sino más bien ante una actividad dirigida a realizar posiblemente un contrato[10], en la que las partes debaten el posible contenido del mismo, así como la conveniencia de formalizarlo, aun cuando las negociaciones puedan partir de un esquema ya previamente dispuesto[11] por la iniciativa de alguno de los interesados. Por ello, esta primera fase o fase previa en el proceso de formación del contrato es más que eventual[12], toda vez que, o no existe en

---

En torno a la revisión integral por parte de la doctrina y la jurisprudencia del proceso formativo del contrato —*iter ad contractum*—, por considerarse superado el esquema tradicional apuntado, Faggella, G., «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda,* Napoli, Tomo III. 1906, págs. 269 y sigs.; Carrara, G., *La formazione dei contratti,* Vallardi, Milano, 1915; Perego, E., *I vincoli preliminare ed il contratto,* Giuffrè, Milano, 1974; Saleilles, R., «De la responsabilité precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1907, págs. 697 y sigs.; Ghestin, J., *Le contrat.* Tomo 2, Traité de Droit Civil, LGDJ, París, 1980, pág. 174.

[7] Con relación a esta realidad incuestionable, Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 47-50.

[8] Albaladejo, M., *Derecho Civil. II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 380.

[9] Con relación a la escasa importancia concedida por la doctrina a las tratativas a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX, sobre la base del esquema tradicional que sustentaba el proceso de formación del contrato en el concurso de oferta y aceptación, Schmidt, J., «La sanction de la faute precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1974, pág. 47; Loi, M.-Tessitore, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale,* Giuffrè. Milano, 1975, págs. 4-5.

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

[11] Se recogen a veces en documentos escritos, que se suelen denominar acuerdos o cartas de intención —*gentelmen´s agreement*—, memorando de principios, minuta del contrato o puntualización. Al respecto, Guardiola Sacarrera, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 41; también Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 53; Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

[12] 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. 190.

todo contrato o, en el caso de existir, no desembocará necesariamente en la celebración del mismo, al haber sido infructuosas las conversaciones realizadas, ya por carecer de concreción suficiente, ya por la ruptura intempestiva de alguna de las partes.

El contenido de los tratos preliminares es muy diverso[13] —conversaciones, ofertas, contraofertas, remisión de escritos, estudios técnicos, evaluación de posibilidades, elaboración de cálculos, discusión, consultas—, si bien cada propuesta efectuada por las partes implica ya en puridad una oferta[14], que puede ser rechazada por su destinatario directamente, o bien a través de una contraoferta.

Deslindar la línea de separación entre esta fase previa y la de perfección del contrato constituye una mera cuestión de hecho[15], y en este empeño deberemos acudir al terreno de la interpretación de la voluntad de las partes implicadas para detectar si en verdad por su través han tenido intención o no de contratar[16] y, por ende, de quedar vinculadas. Y es que, en principio, en las tratativas o tratos preliminares, las partes más que contar con intención de contratar —*animus contrahendae obligationis*—, cuentan más bien con la sola intención de tratar[17]. No obstante, una ver formado el consentimiento, los tratos resultan absorbidos por el contrato celebrado[18] y, por ello, se erigen en un medio auxiliar de carácter privilegiado para interpretar la intención de las partes reflejada en el contrato.

Así pues, hablar de tratos preliminares nos conduce a la fase preparatoria del contrato[19] en la que las partes delimitan el contenido de sus respectivas prestaciones y el tipo de contrato que se quiere celebrar. Esta figura tiene su origen en la teoría alemana de los tratos preliminares (*Vorverhandlungen Trattative*)[20], en

---

[13] Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson. Madrid, 2000, pág. 238.

[14] Albaladejo, M., *Derecho Civil, II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

[15] Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 119.

[16] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

[17] Miccio, R., citado por De la Puente y Lavalle, M., en *El contrato en general*, vol. XI, primera parte, 4.ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo III, Lima, 1991, págs. 50-54.

[18] Scognamiglio, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca, arts. 1321-1352), Zanicchelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1970, pág. 82.

[19] Incluso se llega a cuestionar que los tratos preliminares se puedan identificar con uno de los momentos de la formación progresiva del contrato, toda vez que en muchas ocasiones aquellos no conducen a la conclusión del contrato, y es que más que guardar una relación directa con el consentimiento conectan con la actividad de los que en ellos intervienen. En este sentido, Melich Orsini, J., *Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato*. Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 23, Caracas, 2007, pág. 71.

[20] En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999, citada por Ragel, *op. cit.*, pág. 238.

la que las partes elaboran, discuten o conciertan los términos de un determinado contrato al objeto de remover los obstáculos y debatir el eventual contenido del futuro contrato. Se manifiestan ya verbalmente, por escrito o por medios telemáticos, y su expresión más representativa en la contratación actual es la petición de presupuestos, o las conversaciones o tanteos previos a la conclusión del contrato[21], sobre todo cuando son de cierta envergadura.

Los tratos preliminares concluirían con la realización de la oferta en firme[22], así como también con la celebración del contrato en discusión, o con el desistimiento de una o ambas partes, y en el caso de ser este unilateral se planteará si quien desiste queda obligado o no a indemnizar por la ruptura de los tratos, aspecto que excede de nuestro interés por ahora, pero que, sin duda, será objeto de tratamiento en un momento posterior de la investigación en curso.

II. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El proceso de formación del contrato es complejo y dentro de él se acogen diversas situaciones, cada una con sus peculiaridades. De ahí que limitarlo y circunscribirlo al mero ámbito de los tratos preliminares representa una cierta ambigüedad, toda vez que por sí solos estos cuentan con la individualidad ontológica[23] de no ser irrelevantes, pero sin embargo, a su vez y, a diferencia de otras figuras que puedan aparecer en su espectro, carecen, en principio, de una eficacia tal como para atribuirles la correspondiente a un contrato por el simple hecho de iniciar negociaciones tendentes a la exploración de la posibilidad de vincularse a través de un contrato.

Es más, resulta más que arriesgado asimilar los tratos preliminares con alguno de los momentos en que se desarrolla el fenómeno de la formación progresiva del contrato, toda vez que en muchas ocasiones no llegan a derivar en la celebración del contrato[24] y, por este motivo, más que presentar una conexión directa con el consentimiento, piedra angular sobre la que se asienta el contrato, conectan más bien con la actuación de los que intervienen en su preparación, que no tienen que ser necesariamente las mismas personas que al

---

[21] Al respecto, sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1994, reseñada por García-Granero Colomer, A. V., en AA.VV. (coord.: Delgado de Miguel, J. F.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y Contratos*, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 333.

[22] Albaladejo, M., *Derecho Civil, II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

[23] 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, pág. 70.

[24] Carresi, F., *Il contratto*. Tratatto di Diritto Civile e Commerciale (Cicu, Messineo, Mengoni). Tomo XXI, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 705.

final, si el contrato llega a consumarse, habrán de consentir. Por tal razón, los tratos preliminares deben deslindarse netamente de la *oferta propiamente dicha*, pues mientras aquellos tienden a configurar una oferta[25], ésta pretende concluir un contrato. Así es, en tanto que la oferta exige de una intención de obligarse para el caso de ser aceptada, los tratos preliminares pretenden la concreción de resultados en la negociación[26] o la precisión de ciertas ideas que serán consideradas con posterioridad.

De ahí que no sea infrecuente que, por medio de pactos, se fijen las reglas o pautas de conducta por las que se ha de regir la fase de negociaciones o tratos preliminares, pactos que, por lo general, establecen los principios rectores de la negociación, tales como la buena fe, suministro suficiente de información, confidencialidad y exclusividad, amén de insertar eventuales cláusulas penales para el caso de que el contrato no llegue a celebrarse. En el supuesto de existir estos pactos bilaterales, denominados *acuerdos de intenciones* (*cartas de intención*, *accords de principe*, *gentlement´s agreement*) o contratos rectores de la negociación[27], debemos deslindarlos nítidamente de los meros tratos preliminares, ya que ante los primeros estamos en presencia de verdaderos contratos, cuyo incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad contractual, aun cuando se refieran al proceso en el que se puedan enmarcar dichos tratos o negociaciones. Suelen surgir en negociaciones de gran importancia económica y quieren desligarse de los meros tratos preliminares, en los que las partes, en principio, no resultan vinculadas.

Hemos de deslindar esta figura (cartas de intención), afirmando con ello su autonomía[28], tanto de la minuta, como de los acuerdos parciales, a los que nos referiremos de seguida, así como del precontrato o contrato de opción[29]. Hablamos, pues, de contratos temporales habituales en negociaciones muy complejas y de cierta duración donde las partes refuerzan sus relaciones sobre la lealtad[30] —*pactum de tratando*— y facilitan una eventual prueba de conducta culposa durante el periodo precontractual, dado que no pueden prever todavía el contenido del contrato definitivo, pues ni siquiera han decidido contratar —*pactum de contahendo*—; sin embargo, a veces, la precisión de estas cartas

---

[25] Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, págs. 120-121.

[26] Guardiola Sacarrera, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 42.

[27] Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 53; Menéndez Mato, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 102.

[28] Cedras, J., «L'obligation de negotier», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial,* 1985, pág. 275.

[29] Lupini Bianchi, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 66.

[30] Ghestin, J., «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil,* LGDJ, París, 1980, pág. 190.

de intención sobre los elementos del futuro contrato es tal[31] que se les puede atribuir efectos vinculantes.

Así pues, aun cuando a veces estas cartas de intención no constituyen verdaderas promesas de contrato, puesto que las partes no prevén las condiciones del contrato definitivo, en otras ocasiones su grado de precisión en torno a los elementos del futuro contrato es de tal grado que puede llevarnos a considerar de manera objetiva que se han traspasado las fronteras del periodo precontractual[32] y, por ende, a atribuirles a estos compromisos de honor efectos vinculatorios, dada su precisión y firmeza.

También podemos hablar de la *minuta* o *puntualización*[33], documento en el que se incluyen por escrito los puntos esenciales sobre los que las partes han llegado a un acuerdo, aun cuando este no se hubiera logrado en todos sus elementos[34]. Su valor estriba en ser un medio de prueba relativo a la marcha de las negociaciones; no obstante, determinar si tiene el carácter y la fuerza de un contrato dependerá de si las partes con el mencionado documento tenían la voluntad de entender el contrato ya formado, y siempre que los puntos sobre los que no se hubiera alcanzado el acuerdo, por ser secundarios o accesorios, no comprometieran la esencia de los ya acordados[35]. Aún así, cuando algún elemento accesorio sea determinante en la prestación del consentimiento de alguna de las partes, se elevará a la categoría de esencial[36] y, en consecuencia, la formación del referido contrato quedará supeditada a la obtención de un acuerdo sobre el punto en cuestión.

Con carácter general, y dejando a salvo lo dicho con anterioridad, se suele entender que la minuta cuenta con un carácter interlocutorio y, por ende, carente de valor vinculante[37]. Sin embargo, no es desdeñable su valor probatorio en torno a la existencia misma de las tratativas[38] a los fines de sustentar una reclamación por daños y perjuicios en el caso de ruptura dolosa o culposa de las mismas.

---

[31] Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 119.

[32] Schmidt, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, núms. 29, 36 y 39.

[33] Carrara, F., *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano, 1915, págs. 20 y sigs.

[34] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I. EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

[35] En torno a la doctrina del siglo XIX de la *puntualización*, en cuya virtud se ha de delimitar entre cláusulas esenciales y accesorias del contrato, de tal manera que el acuerdo sobre las primeras llevaría a la conformación del contrato, aun cuando se discrepara sobre las segundas, Ravazzoni, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 81.

Una crítica sobre la referida doctrina en Cataudella, A., *Sul contenuto del contratto,* Giuffrè, Milano, 1974, págs. 202 y sigs.

[36] Schmidt, J., *Négotiation et conclusion des contrats*, Dalloz, Paris, 1982, núm. 151; Ghestin, J., «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil.* LGDJ, Paris, 1980, pág. 172.

[37] Ravazzoni, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 78.

[38] Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980, pág. 51.

Tampoco podemos prescindir de la diferenciación entre tratativas y *acuerdos parciales*, categoría general derivada de la concepción dual alemana que concebía únicamente el modelo bipartito que distinguía entre el proyecto de contrato, acuerdo parcial insuficiente para producir efectos jurídicos, y el contrato definitivo ya formado en sus términos esenciales. En su virtud, los tratos preliminares constituyen el intercambio de ideas y opiniones, en un momento anterior a la formulación de una propuesta en sentido técnico; sin embargo, los acuerdos parciales suponen un salto cualitativo respecto de aquellos[39], puesto que ya se ha entrado por su través en la fase del contrato *ex intervallo temporis*, lo que planteará la cuestión relativa a si el acuerdo parcial adoptado en torno al contenido mínimo del contrato o a las cláusulas básicas y sus elementos esenciales deben entenderse suficientes para la formación del contrato[40].

No podemos confundir los tratos preliminares con los *memorandum de entendimiento* (MOU, derivado de sus siglas en inglés *Memorandum of Understanding*)[41], *documento* contentivo de un acuerdo *bilateral* o *multilateral* que refleja la convergencia de un deseo entre las partes, expresando la intención de emprender una línea de actuación común. Se suele utilizar en casos en los que las partes no desean o no pueden asumir un compromiso legal obligatorio. Por lo general, representa una versión más formal que el *acuerdo o pacto de caballeros*. Al igual que las tratativas adolece de carácter contractual, por lo que en modo alguno se plantea su posible ejecución forzosa[42], pero, aún así, el contenido de ambas figuras dista mucho entre sí.

Distinta de los tratos preliminares es la figura *sui generis*[43] conocida como *confort-letters,* práctica anglosajona contractual empleada a menudo por las instituciones bancarias para el caso de concesión de un préstamo a una de las sociedades filiales de una sociedad matriz, supuesto en el cual exigen a ésta con carácter previo el compromiso de hacer lo necesario para que la sociedad filial prestataria mantenga fluidez de caja suficiente para afrontar las obligaciones adquiridas con el banco.

---

[39] 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, pág. 71.

[40] Sirva lo dicho en cuanto a la doctrina de la *puntualización* en la nota al pie núm. 32 anterior, a la que nos remitimos.

[41] Guardiola Sacarrera, E., *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 41.

[42] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 311.

[43] Carácter autónomo y peculiar que atribuimos por encajar difícilmente, ya en el contrato de fianza, ya en la promesa de hecho ajeno. Al respecto, Simler, P., *Le cautionement*, Librairies Techniques, Paris, 1982, núm. 932; Lupini, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre, 1991, págs. 64-66.

En modo alguno podemos asimilar los tratos preliminares con los *contactos iniciales*, que constituyen meras invitaciones efectuadas por una persona a otra, o al público en general y que, a diferencia de aquellos, son iniciativas meramente unilaterales frente al carácter bilateral de las tratativas[44], las cuales, a través del intercambio de información e ideas, tienden a la eventual conclusión de un contrato. Precisamente, el criterio que tradicionalmente se ha esgrimido para deslindar ambas figuras es el de la expectativa basada en la confianza[45] que se genera a través de los tratos preliminares, lo cual no sería extensible a los meros contactos iniciales, razón por la cual en esta situación de contactos iniciales, a diferencia de lo que sucede en el caso de las tratativas, no cabría exigir el deber de actuar con arreglo a la buena fe[46].

Asimismo, debemos diferenciar los tratos preliminares del *precontrato*, ya que éste cuenta con una naturaleza contractual, bien considerado como pacto previo, o bien como una etapa dentro del contrato definitivo y, en consecuencia, las partes resultan obligadas; en tanto que los tratos preliminares carecen de tal naturaleza, puesto que configuran conversaciones previas que tratan de discutir los pormenores de un contrato futuro, razón por la cual las partes no contratan ni se vinculan jurídicamente[47]. Así es, en principio, los tratos preliminares no obligan a llevar a cabo un contrato definitivo, ni su ruptura, por lo general, conlleva la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. De tal manera que, en la medida que el precontrato ya es un contrato puede ir precedido por tratos preliminares[48].

A mayor abundamiento en torno al deslinde entre precontratos y tratativas, en modo alguno cabría invocar la ejecución forzosa en forma específica de los tratos preliminares, tal como sucede en sede del precontrato, y ello no obstante que la ruptura intempestiva y abusiva de aquellos pudiera engendrar responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al contratante que hubiera actuado de buena fe. Nada obsta, pues, sino todo lo contrario, para que el precontrato, como contrato que ya es, pueda venir precedido de tratos preliminares[49].

---

[44] Scognamiglio, R., *Dei contratti in generale* (Commentario del Codice Civile, Scialoja y Branca, arts. 1321-1352), Zanicchelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1970, pág. 81.

[45] Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980, pág. 117.

[46] Ver, en este sentido por argumento contrario, los artículos 1337 y 6, respectivamente, del Código Civil italiano actual y Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Además, Ravazzoni, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 83.

[47] AA.VV. (Santos Briz, J., coord.), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 4, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 28 y 29. En torno a las diferencias entre precontrato y tratos preliminares, ver al respecto, sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de marzo de 1988, 13 de diciembre de 1989, 30 de marzo de 2001 y 20 de abril de 2001.

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

[49] De los Mozos, J. L., «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana,* Dykinson, Madrid/Buenos Aires, 2001, pág. 169.

Aun así, esta delimitación apuntada no resulta tan nítida en la práctica en el caso de los contratos de formación sucesiva[50], dada la variedad de actos precontractuales que se realizan: precontrato verbal; oferta de contrato laboral pendiente de ratificación por un órgano de la persona jurídica que la efectuó[51]; concurso de selección laboral incumplido por el promotor; calificación de un documento por las partes como compromiso de intenciones[52]; calificación contractual por las partes[53].

En resumen, y a modo de conclusión, debemos distinguir meridianamente la figura de los tratos preliminares —tratativas— del precontrato, toda vez que en ellos se adolece del carácter contractual con el que cuenta el precontrato, razón por la cual no se plantea su posible ejecución forzosa[54], de tal modo que, 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 sería suficiente para vincular a quienes lo suscribieron[55].

A su vez, tampoco podemos identificar los tratos preliminares, aun cuando se ubiquen en la fase previa en la que se sitúan las tratativas, con otras manifestaciones que configuran el proceso de formación sucesiva del contrato, tales como acuerdos de intenciones, minutas, memoranda de entendimiento, o

---

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

[51] Caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Social, de 26 de abril de 1990.

[52] En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de junio de 1998, donde se señala que el precontrato constituye el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos y, en consecuencia, el documento considerado no sería sino un punto de partida para seguir negociando, toda vez que en él no se contienen los elementos básicos del contrato proyectado, razón por la cual se está en el ámbito de la formación progresiva del futuro contrato, contrato que todavía no existe y que, por ende, no puede exigirse el cumplimiento de lo que aún no existe, de tal manera que las partes podrían desistir de los tratos. De ahí que, aunque subsistiese la voluntad entre las partes de cumplir lo acordado en el documento, el juez no podría suplir las carencias del referido acuerdo de intenciones, esto es, no podrá la autoridad judicial construir una voluntad negocial relativa a elementos básicos, pues, de ser así, se excedería en las funciones de emitir una declaración de voluntad, pues en este caso, más que emitir dicha declaración de voluntad, la estaría creando.

Sostiene un argumento similar la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1998, cuando nos dice que, en modo alguno, el convenio litigioso puede calificarse como tratos preliminares desde el momento que reúne todos los requisitos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa).

[53] Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 1994, cuando señala que el empleo impropio por alguna de las partes de la expresión precontrato respecto del negocio jurídico realizado no le atribuirá en sentido técnico los efectos del precontrato, más aún cuando en el caso en ciernes su ejecución resultaría imposible.

[54] Serrao, E., *Il contratto preliminare*, Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

[55] 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, 4.ª ed., Caracas, 2006, págs. 112-122.

acuerdos parciales, supuestos en los que, en muchas ocasiones, podría ya existir un contrato, según hemos tenido oportunidad de indicar con antelación.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

1. En general

Tema controvertido es el relativo a la *naturaleza jurídica* de la figura. Para abordarlo, se ha de partir de una premisa en cuya virtud las negociaciones no son vinculantes[56], no obligan, toda vez que todavía no constituyen un contrato. En efecto, los tratos preliminares no crean ni quieren crear en ese momento una vinculación jurídica, sino que lo que pretenden es proyectar un esbozo, un esquema meramente hipotético de lo que sería el futuro contrato en caso de que llegara a celebrarse —*conditio iuris*—; es decir, las partes ofrecen, regatean, condicionan e incluso pueden alcanzar acuerdos parciales, pero no firmes y totales[57], razón por la cual, como tales, los tratos preliminares no constituyen por sí solos un acto jurídico[58] ni nace relación jurídica alguna[59], pues de ellos no se derivan efectos jurídicos de manera inmediata. En la misma medida que las partes cuentan con libertad para exponer sus ideas y deseos sobre cómo querrían vincularse[60], son igualmente libres para celebrar o no el contrato, en una clara expresión del principio de la libertad contractual asentado en la autonomía de la voluntad, razón por la cual las partes pueden poner fin a los tratos sin necesidad de haberlos concluido[61].

En los tratos preliminares los eventuales contratantes están imbuidos y animados por la voluntad de discutir y debatir, no de contratar[62], si bien podemos

---

[56] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309; Albaladejo, M., *Derecho Civil, II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381; Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52; Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R. y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

[57] Ragel Sánchez, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 239.

[58] Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 187-188.

[59] Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R. y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

[60] Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52.

[61] Albaladejo, M., *Derecho Civil, II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

[62] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

distinguir dos grados de voluntad que presiden los tratos preliminares: por un lado, el simple ánimo de entenderse sin crear vínculo jurídico alguno; y, por otro, la verdadera intención de contratar[63]. Distinción que no es meramente teórica e irrelevante sino que puede afectar de distinto modo al plano de la responsabilidad para el caso de ruptura de las conversaciones, según cuándo ésta se produzca, ya en la fase presidida por el simple ánimo de tratar, o bien cuando estemos ante un supuesto imbuido de verdadera intención de contratar.

Ahora bien, el hecho de que los tratos preliminares no constituyan un contrato, ni siquiera un precontrato, no quiere decir que sean absolutamente irrelevantes desde un plano jurídico[64], sino todo lo contrario: adquieren una consideración muy significativa como elemento de interpretación del contrato posterior que se originó[65], así como también de apreciación de los posibles vicios de los que pudiera adolecer; y, más importante aún, frente a una eventual situación de ruptura de aquellos podríamos hallarnos ante una fuente de responsabilidad.

Y es que, aun cuando los tratos preliminares no generan un vínculo jurídico entre las partes, lo cierto es que obligan en otro sentido[66], puesto que ya surgen en esta fase unos mínimos deberes para los eventuales contratantes derivados del principio genérico de la buena fe contractual[67], no sólo vigente en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales ya constituidas, sino también en la fase previa a la constitución de las mismas y que se erige en verdadero freno

---

[63] Rodríguez Torres, J., *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero de 1996, pág. 35.

En torno a la determinación del momento preciso en que las negociaciones se convierten propiamente en un contrato, Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4.ª ed., Caracas, 2006, pág. 119.

[64] Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4.ª ed., Caracas, 2006, pág. 118.

[65] Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R. y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

[66] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

[67] Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Instituciones de Derecho Civil, I/2*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 52. En este sentido, la ya tradicional sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de enero de 1965.

A juicio de Albaladejo, los tratos no constriñen a celebrar el contrato y se les puede poner fin sin haberlos concluido, es más, ni siquiera obligarían a mantener como contenido mínimo las ofertas que se hubieran rechazado, lo cual, en modo alguno habría de ser considerado contrario a la buena fe, dada la posibilidad de que hubieran variado las circunstancias, las necesidades o los deseos de los interesados. Al respecto, *Derecho Civil, II/1.°*, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pág. 381.

La aplicación del principio de la buena fe en la fase precontractual se basaría en su carácter de principio general, en la aplicación analógica del artículo 1258 de nuestro Código Civil, así como en la aplicación directa del artículo 7.1 del mismo Código en torno al ejercicio de los derechos. Al respecto, García Rubio, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 41 y sigs.

a una pretendida omnímoda libertad contractual que permitiera a las partes desistir de sus negociaciones sin la obligación de concluir el contrato a propósito del cual negocian. Así es y, al amparo del principio de la buena fe contractual, surgen como inherentes algunos deberes que se hacen presentes, tales como el deber de veracidad, el de lealtad, el de no mantener negociaciones paralelas o, por fin, el deber de protección[68]. Otra cuestión distinta resulta el carácter de la responsabilidad por inobservancia de alguno de estos deberes —*culpa in contrahendo*—, lo que en este momento y no sin dejar de reconocer su enorme interés, excede de nuestro tratamiento.

Por lo que atañe al *deber de veracidad*, se traduce concretamente en un deber de información[69], no sólo referido a la información suministrada, sino también a la que no se puede ocultar. Más difícil resulta fijar su extensión y límites[70], sobre todo cuando uno de los contratantes es un consumidor y la falta de información suficiente puede afectar a la calidad del consentimiento contractual, razón por la cual el contenido esencial del deber de información consistiría, en términos generales, en la información necesaria y decisiva —información contractual[71]— acerca del negocio que se quiere celebrar por razones de seguridad jurídica (datos personales o comerciales de los contratantes, productos objeto del contrato, sus características, riesgos, modo de utilización, precio total, costes adicionales, forma de pago, régimen jurídico del contrato, garantías)[72].

---

[68] García-Granero, A. V., *La perfección de los contratos*. Instituciones de Derecho Privado (coord.: Delgado de Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 335.

[69] Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R., y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

Sobre la concepción del deber de información en las tratativas como una obligación autónoma y general en Italia y Francia, Lupini Bianchi, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 81 y 82; Ghestin, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil,* LGDJ, París, 1980, pág. 142.

[70] La opinión tradicional patria apuntaba al deber general de autoinformación, esto es, cada quien por razones de seguridad jurídica debía cuidar sus intereses y debería informarse en lo necesario sobre el negocio que quisiera celebrar (sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1978). Sin embargo, cada vez más frecuentemente se fue abriendo camino el criterio según el cual existe un deber de verificar una comunicación según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico, para cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza del negocio en ciernes, la personalidad de las partes y su concreta posición en la relación jurídica. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1989.

[71] Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001, pág. 374.

[72] García Rubio, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 45; Gómez Calle, E., citada por Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

Dadas las dificultades señaladas para fijar su extensión y límites, el deber de información ha tomado rango legal en materia de consumidores y usuarios[73], no sólo en el ámbito contractual[74], sino también precontractual[75],

---

[73] En este sentido, son muchas las normas que lo han incorporado, partiendo de su reconocimiento a nivel constitucional en el artículo 51, en el que se impone el deber genérico a los poderes públicos de promover la información a los consumidores: TR de la Ley de Consumidores de 2007 (arts. 8d, 12, 17, 20, 81); Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 2011 (arts. 17-19) en relación a la información que debe mencionarse en los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto, información sobre el tipo de deudor y la obligación de información vinculada a los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto; Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, reformada en 2010 (arts. 19, 39, 47) en sede de actividades de promoción de ventas, procedimiento de contratación y ejecución del contrato; o la Ley de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico de 6 de julio de 2012 (art. 8).

En el Derecho venezolano, este deber de información también ha tomado fuerza legal en materia de consumidores y usuarios (tal como observamos en los arts. 8, 3; 10; 33; 36; 38; 41; 71; 75 de la Ley PADEPABIS, anterior Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

[74] El artículo 69 del TR de la LGDCU de 2007 impone al empresario la obligación de informar sobre el derecho de desistimiento.

[75] Así, el artículo 60 del Texto Refundido de la LGDCU de 2007 impone al empresario el deber de información previa al contrato, de tal manera que deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además: nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa; precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares; fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato; garantías ofrecidas; lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación; existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo. En todo caso, la información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

Relacionado con ello, los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la LGDCU se refieren a la información precontractual y su confirmación por escrito en los contratos celebrados a distancia. El contenido de este deber para el empresario incluye lo atinente al coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica; las características esenciales del bien o servicio; los gastos de entrega y transporte, en su caso; el plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento; la duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida; las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad; la forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; en su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

a los fines de obtener un consentimiento libre y concienzudo, toda vez que la información precontractual, con base en el principio de buena fe que ha de presidir la formación del contrato, integra el contenido del contrato celebrado[76]. No obstante, este deber de información no debería entenderse como absoluto, sino que estaría sujeto a ciertos límites[77], ya derivados del respeto al derecho a la intimidad, o bien del deber que, a su vez, el otro contratante tiene de informarse[78].

Los artículos 7 y 9 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos consagran, respectivamente, este deber de información en las tratativas precontractuales, tanto con carácter general, como en el supuesto de haberse realizado con consumidores fuera de los establecimientos mercantiles. En efecto, «*en el curso de las tratativas, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga conocimiento, o de la que deba tener conocimiento, y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo*»[79], de tal modo que, en los casos de omisión de información o falsa información, contrarias a la buena fe, surge la obligación de reparar el daño ocasionado, de no concluirse el contrato, o bien de restituir la suma o abonar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, en el supuesto de haberse concluido aquel.

Por ello, antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, la siguiente información: información prevista anteriormente; dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor y usuario pueda presentar sus reclamaciones; información relativa a los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes; las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año. Dicha información deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

En esa misma línea, podemos mencionar, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de 6 de julio de 2012, que incorpora el deber del empresario de proporcionar información precontractual; o el artículo 2 del Real Decreto de 17/12/1999, sobre condiciones generales de la contratación en contratación telefónica o electrónica que obliga al predisponente a remitir al adherente el texto completo de las condiciones generales con una antelación mínima de tres días naturales a la celebración del contrato.

[76] García Cantero, G., citado por Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

[77] Gómez Calle, E., citada por Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones,* Colex, Madrid, 2001, pág. 375.

[78] 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, pág. 110.

[79] Un comentario en torno a este artículo 7 del Anteproyecto, en *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía* (García Cantero, G.), Reus, Madrid, 2010, págs. 102-104.

Del mismo modo, en el caso de las tratativas con consumidores fuera de los establecimientos comerciales[80], el comerciante que propone la conclusión de un contrato, deberá informar por escrito del derecho a rescindir el contrato y la falta de tal comunicación ocasionará, a cargo del comerciante y en favor del consumidor, la obligación de reparar el daño ocasionado, de no concluirse el contrato, o bien de restituir la suma o abonar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, en el supuesto de que aquel hubiera sido concluido.

El *deber de lealtad*[81] consiste en observar un comportamiento correcto durante los tratos preliminares[82], lo que se manifiesta, a su vez, en una relación de deberes: mantener reservada la información confidencial que se adquiera por su través[83]; actuar con seriedad, es decir, no iniciar ni mantener las tratativas que no se quieren concluir, ni interrumpirlas arbitraria e injustificadamente; así como custodiar los objetos recibidos relacionados con el posible contrato.

Precisamente, los artículos 6 (Deber de corrección) y 8 (Deber de reserva) del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos reflejan, respectivamente, algunas manifestaciones del referido deber de lealtad. Así es, con relación al primero de ellos, «*cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe*»[84], dando por entendido que actúa contra la buena fe quien comienza o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato, en cuyo caso, la parte que obró contra la buena fe deberá reparar el daño sufrido por la otra parte; y en cuanto al deber de reserva[85], «*las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones obtenidas confidencialmente en el transcurso de las tratativas*», de tal manera que la parte que no lo respeta queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra.

---

[80] Sobre el referido artículo 9 del Anteproyecto, García Cantero, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 107-108.

[81] Valpuesta Hernández, M. R., en AA.VV., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos* (coord.: Valpuesta Hernández, M. R. y Verdera Server, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 250.

[82] García Rubio, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 53 y sigs.

[83] Benatti, F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 39-42.

[84] Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, en *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía* (García Cantero, G.), Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

[85] García Cantero, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 105-106.

En cuanto al *mantenimiento de negociaciones paralelas*, en principio y, salvo que se hubiera suscrito un pacto de exclusividad, dicha práctica no atentaría contra la debida conducta o comportamiento correcto emanados de la buena fe precontractual[86], lo cual no obsta, sin embargo, que fuera conveniente y más que deseable informar a la otra parte que se están llevando a cabo una serie de negociaciones paralelas.

Algunos autores incluyen también a partir de un famoso caso sucedido en Alemania —caso *Linoleum*[87]— un denominado *deber de protección* tanto de la persona en su integridad física como de los bienes de la otra parte, derivado de la relación de confianza entablada entre las partes y fundado en el principio de la buena fe[88], si bien podría resultar un tanto redundante e innecesario por estar ya comprendido en el principio general de responsabilidad civil extracontractual *neminem laedere*, según el cual quien causa un daño a otro está obligado a repararlo, así como también por su solapamiento con alguna de las aristas que presenta la necesidad de observar un comportamiento correcto durante los tratos preliminares, dentro del genérico y comprensivo deber de lealtad, ya referido con antelación.

2. El principio de la buena fe y la libertad contractual en la fase de los tratos preliminares

Superada la concepción individualista del Derecho privado en general y, más concretamente, del Derecho de las obligaciones y de los contratos en particular, tras la consolidación del criterio de la función social[89] y solidaridad a la que ha de orientarse el ejercicio de los derechos subjetivos[90], los contratantes están obligados a observar un comportamiento conforme a la buena fe objetiva y, por ende, comprensiva, no sólo del deber de abstenerse de actuar culposamente,

---

[86] García Rubio, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 55 y 56.

[87] A propósito del mencionado caso, Tomás Martínez, G., «Naturaleza de la responsabilidad precontractual *(culpa in contrahendo)* en la armonización jurídica europea», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte,* año 17, núm. 1, 2010, págs. 187-210; Lupini Bianchi, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 34 y 35.

[88] Sería un ejemplo de ello el deber del dueño del establecimiento de proteger y evitar que un cliente sufra un accidente en sus instalaciones. Sobre el desarrollo del mencionado deber en Alemania, Canaris, citado por García Rubio, P., *op. cit*., págs. 53 y sigs.

[89] En este sentido se dirige la nueva redacción del artículo 421 del Código Civil brasileño de 2001, que modifica su versión original de 1916 y que reza de la siguiente manera: «*La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato*».

[90] 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, pág. 109.

sino también del deber de cooperar en la preparación, celebración y ejecución del contrato —*affectio contractus*—, que incluirá recíprocos deberes de información[91], extensibles al consejo, la confidencialidad, la custodia, motivación, o no concurrencia[92], entre otros.

En efecto, emerge aquí con sólida fuerza el modelo jurídico romano del buen padre de familia[93], que ya no se limita a observar un comportamiento que no perjudique al otro, sino que lo lleva a asumir un compromiso ineludible de franqueza y lealtad.

Por ello, en sede de tratos preliminares, el referido modelo de conducta impuesto por el deber objetivo de la buena fe habrá de adaptarse a la particular relación jurídica en la que se desenvuelvan y desarrollen las tratativas. Sin embargo, al margen de cuáles sean las particularidades de la relación jurídica existente, podemos afirmar que tanto el deber que recae sobre las partes de observar la buena fe en la ejecución del contrato, como el que pesa sobre el intérprete del contrato de hacerlo con arreglo a las reglas de la buena fe para indagar cuál fue la verdadera intención de las partes, son aplicables también a la etapa de formación del contrato y, por ende, a los tratos preliminares, aun cuando las legislaciones civiles tradicionales[94] no lo manifiesten expresamente y lo reduzcan a la etapa de ejecución del contrato.

---

[91] De la Puente y Lavalle, M., *El contrato en general*. Primera Parte, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998-1999, núm. 59.

[92] 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. 109 y 110.

[93] En torno a la concepción del comportamiento correcto y razonable del buen padre de familia, De la Puente y Lavalle, M., *El contrato en general*. Primera Parte, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998-1999, págs. 19 y sigs.

[94] El Código Civil francés (art. 1134), el chileno (art. 1146), el argentino en su versión primigenia (art. 1198), el español (art. 1258), el mexicano (art. 1796), el venezolano, entre otros, invocan expresamente el principio de la buena fe como criterio referencial en lo que a la ejecución del contrato se refiere, más no en la etapa de formación del contrato y, mucho menos, durante la realización de las tratativas.

No obstante, a partir de los años setenta del siglo XX, la Casación francesa reconoce que el principio de la buena fe constituye un freno para la libertad contractual. En este sentido, sentencia de la Cámara Comercial en Casación, de 20 de marzo de 1972; y sentencia de la Tercera Cámara Civil en Casación, de 3 de octubre de 1972. Ambas señalan que la buena fe considerada en abstracto representa un comportamiento estándar objetivo basado en la honestidad, probidad y lealtad. Al respecto, 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, pág. 108.

Incluso en España, aun cuando el Código Civil de 1889 siguió la línea del *Code* francés, en la reforma de 1974 se introdujo un principio general estrechamente conectado con el punto analizado, toda vez que el artículo 7.1 establece que los derechos deberían ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Ya con el antecedente que supuso la codificación alemana del BGB al dar carta de naturaleza en su seno a la teoría del negocio jurídico[95], se asentó el principio de la confianza en sede de declaraciones de voluntad y propició que tanto la doctrina como la jurisprudencia remodelaran la tradicional versión de la *culpa in contrahendo* apuntada por Ihering, con lo que se abre un camino en torno a la consideración del principio de la buena fe en materia contractual, extensible también a su etapa de formación, desde que las negociaciones han comenzado, momento a partir del cual surgen deberes legales de comportamiento, cuya inobservancia generará responsabilidad.

Y todo ello a pesar del tenor del parágrafo 154 del BGB, que señala que, en caso de duda, no se entenderá concluido el contrato sino cuando las partes hayan alcanzado el acuerdo de todos los puntos a los que se refiere el contrato[96], lo que podría dar pie a sostener una interpretación literal y, por ende, entender que sólo a partir de ese momento el contrato surte efectos y genera obligaciones para las partes, con lo que antes del referido momento el acuerdo alcanzado sobre algunos puntos no tiene fuerza obligatoria[97] y, por argumento en contrario, no cabría exigir la buena fe en la etapa de formación del contrato.

Sin embargo, la reforma del BGB del año 2002 en materia de obligaciones introdujo una nueva redacción al parágrafo 311, apartado 2°, lo que nos lleva a extender los deberes exigibles en la ejecución del contrato, como expresión de las obligaciones que nacen entre las partes por su través (parágrafo 241, 2), a la etapa de su formación y preparación[98], puesto que, en virtud del precepto mencionado, una relación obligatoria con los deberes que le son inherentes existe mediante «*…1. La iniciación de negociaciones contractuales, 2. La preparación de un contrato (…) con vistas a una eventual relación negocial, o bien, 3. Contactos análogos de carácter negocial*».

Esta tendencia cada vez encuentra visos de asentarse con más fuerza en otras legislaciones. En efecto, el Código suizo de las Obligaciones, aun cuando su artículo 41 reproduce a grandes rasgos la obligación de reparar el daño causado por hecho ilícito, permite una interpretación más amplia del comportamiento con arreglo a la buena fe en sede de ejecución de obligaciones, toda vez que

---

[95] Bernad Mainar, R., *Manual de historia del Derecho*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 219-222; 196-198.

[96] Flume, W., *El negocio jurídico*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 753.

[97] Ennecerus Niperdey, *Tratado de Derecho Civil alemán*. Parte General, Tomo I-2, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 153.

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

el artículo 2 del referido texto legal incorpora el mencionado principio de la buena fe con rango de principio general, lo que llevará a la doctrina helvética[99] a poner énfasis en la conexión existente entre la responsabilidad civil en la etapa de formación del contrato; el deber de informarse que recae sobre los contratantes; y la buena fe. Consecuencia de ello será que la buena fe exigirá a las partes, no sólo el deber negativo de abstenerse de observar una conducta culposa, sino también el deber positivo de cooperar entre sí.

Por su parte, el *Codice civile* italiano de 1942, a diferencia de lo establecido en la versión original de 1865 que seguía la línea apuntada por el Código Civil francés, recoge en su artículo 1337 el deber de las partes de comportarse según la buena fe «*en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato*», deber que ha de ser entendido en un sentido objetivo, a cuyo fin bastaría con valorar el comportamiento en sí mismo considerado, al margen de los motivos que lo hubieran podido impulsar[100].

Tendencia que va a ser seguida por otros Códigos posteriores: así, el Código Civil portugués de 1966[101]; o el caso del Código Civil peruano de 1984[102]; lo mismo que el Código Civil argentino, tras su reforma de 1989[103]; así como también el Código Civil de la provincia canadiense de Québec, tras su reforma de 1991[104]; o, incluso, lo sucedido tras la reforma del Código Civil brasileño de 2002[105], que deroga al anterior de 1916; sin olvidar lo sucedido en el caso colombiano, cuyo Código Civil, por inspiración del afrancesado Código Civil chileno, adoptó el criterio tradicional omisivo sobre el particular, lo cual no fue obstáculo para que con motivo de la reforma del Código de Comercio de 1887 en el año 1971, el artículo 863 del nuevo texto declarara que las partes deberán proceder de buena fe en el periodo precontractual.

---

[99] Loi, M., Tessitore, F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 32.

[100] Este es el criterio apuntado por la Casación italiana, en 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, pág. 85.

[101] En su artículo 227.1.° señala que «*quien negocia con otro la conclusión de un contrato debe tanto en sus preliminares como en su formación proceder según las reglas de la buena fe*».

[102] En su artículo 1362 establece que «*los contratantes están obligados a mantener tanto en la formación del contrato como en su ejecución los principios de probidad y de buena fe*».

[103] Reforma que incorpora en su artículo 1198 el deber de *celebrar*, interpretar y ejecutar el contrato de buena fe, con arreglo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieran entender obrando con cuidado y previsión.

[104] En cuyo artículo 1375 se impone a las partes el deber gobernar su conducta según la buena fe, tanto en el momento del nacimiento de la obligación, como en el de su ejecución o extinción.

[105] Su artículo 422 impone a las partes el deber de mantener los principios de probidad y buena fe tanto en la formación del contrato como en su ejecución.

El fenómeno apuntado no es sino la constatación de una tendencia reafirmada incluso en el ámbito de la contratación internacional. En efecto, como sabemos, en 1968 UNIDROIT idea crear un cuerpo normativo relativo a los contratos comerciales internacionales; sin embargo, no será sino en 1980 cuando se creó el correspondiente grupo de trabajo, cuyas labores terminaron en 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Precisamente, el artículo 1.7 consagra el principio de la buena fe y lealtad negocial[106] y, tal como se señala en la formulación de estos propios Principios, su idea inspiradora descansa en la buena fe y lealtad negociales[107], de tal manera que «*en ausencia de una disposición específica en los* Principios, *las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato,* incluso durante el proceso de su formación»[108].

Y, por fin, el trayecto recorrido desemboca en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, en cuyo artículo 6, en sede de tratativas precontractuales[109], sus párrafos 2 y 3, en desarrollo del deber de corrección, relacionan estrechamente este con el principio de la buena fe, en cuya virtud: «*actúa* contra la buena fe *la parte que comienza o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato* (de tal manera que) *si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra* contra la buena fe *si interrumpe las tratativas sin motivo justificado*».

3. Tratos vs. contrato: la difusa frontera entre las tratativas y el contrato. Una visión desde la óptica del Derecho Comparado

Si bien en algunas ocasiones los tratos preliminares desembocan en un contrato, en otras no sucederá así. Si partimos del concurso de la oferta y la

---

[106] (1) «*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*

(2) *Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber».*

En la versión de los Principios de 2004 se corresponde con el artículo 2.1.15.

[107] Osman, F., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational.* Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, núm. 71 y sigs.

[108] En torno al comentario de este principio, Oviedo Albán, J., «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana,* núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000.

[109] Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, García Cantero, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

aceptación como requisito previo para que podamos afirmar que el contrato consensual se ha formado y existe, podría surgir la duda en torno a si en un caso concreto las tratativas han alcanzado ya la cualidad y entidad de contrato o, por el contrario, quedaron reducidas y agotadas en la fase de los meros tratos preliminares. Dicha cuestión resultará relevante, por lo demás, en sede de responsabilidad civil ante el supuesto de ruptura unilateral e injustificada de las mismas. A tal fin, el juez deberá tomar en consideración a los efectos de la prueba los documentos precontractuales[110] donde se hubieran recogido para comprobar si han concurrido los requisitos indispensables en el contrato del que se trate, de tal manera que cuando los tratos reflejen un acuerdo inequívoco sobre los elementos esenciales del contrato proyectado podremos entender formado el contrato[111], aun cuando queden pendientes del acuerdo otros elementos no esenciales que, mediante la integración del contrato[112], podrían extraerse de los primeros.

Como sabemos, en virtud de la doctrina decimonónica de la *puntualización* (*Punktation*), en el seno de un contrato deben distinguirse cláusulas esenciales y cláusulas accesorias[113], de tal manera que si las partes llegaran a un acuerdo en torno a sus elementos esenciales, aun cuando discreparan en relación a los accidentales, el contrato debería reputarse como formado. Ello es una consecuencia de la posible formación progresiva del contrato[114], frente a su formación instantánea, modalidad en la que el acuerdo se ha alcanzado en todos sus elementos.

Como regla general y de principio no se reputará formado el contrato cuando no se haya alcanzado el acuerdo sobre todos sus elementos[115], incluso en el supuesto de que el acuerdo afectase a sus elementos esenciales.

Sin embargo, otra sería la solución y, por ende, podría afirmarse la existencia del contrato en aquellos casos que, habiéndose acordado sus elementos esenciales, se llegara a probar que los aspectos sobre los que todavía no se había logrado el consenso en modo alguno comprometieran la sustancia y validez de los puntos acordados. Y es que el principio *favor negotii* que, a nuestro juicio, prevalecería sobre el de la protección del consensualismo, no parece representar un inconveniente para sostener que un contrato resulta formado aunque las partes

---

[110] En este sentido, Erraris, J., *Le rôle des documents précontractuels dans l´interpretation par le juge du contrat*, Publibook, Paris, 2003.

[111] Laude, A., *Le reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

[112] Sobre la interpretación del contrato en general, Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 386-391.

[113] Al respecto, Ravazzoni, A., *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 81.

[114] Messineo, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 310.

[115] Melich Orsini, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61, Caracas, 2006, pág. 120.

no hayan logrado convenir en todos sus elementos, y sí haberlo conseguido en sus puntos esenciales, más aún si las partes para entender formado el contrato no han realizado reserva alguna en torno a la necesidad de obtener acuerdo sobre esos puntos pendientes.

Evidentemente, no podremos hablar de contrato formado si carece de algunos de sus elementos esenciales, ya por su propia naturaleza, ya porque así lo hayan estimado las partes; pero, de no ser ese el caso, y dada la concurrencia de los elementos esenciales para el logro del fin perseguido por los contratantes, la determinación sobre su carácter esencial o no constituirá objeto de interpretación meramente objetiva[116].

Hagamos a continuación un recorrido por el Derecho Comparado sobre el particular:

El *Derecho francés*, con el artículo 1583 del Código Civil como referente y su estrecha conexión con el artículo 1589[117], consagra el perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento, apartándose con ello de la tradicional teoría del título y el modo. Tal como señala la doctrina francesa «*es necesario en cada caso analizar el objetivo económico de la operación contractual para determinar cuáles obligaciones son indispensables para su realización: esas obligaciones constituyen los elementos esenciales del contrato (…), en otros términos, un elemento no puede ser subjetivamente esencial si no figuraba en la oferta; y a la inversa, todos los elementos considerados en la oferta se consideran esenciales*»[118].

Es decir, bastaría que el acuerdo alcanzado entre las partes comprendiera todos sus elementos esenciales, si bien la delimitación de los mismos dependerá de la operación jurídica que se pretenda efectuar en el contrato[119], lo cual le concedería un cierto margen de maniobra a las partes en torno a su consideración o no como elemento esencial, pero no podremos hablar en modo alguno de haberse formado el contrato si falta el acuerdo sobre su objeto y causa.

En esa línea apuntada, la jurisprudencia francesa[120] confirma que para que pueda entenderse perfeccionado el contrato la aceptación debe expresar el acuerdo sobre los elementos objetivamente esenciales del contrato, sin perjuicio de que las partes puedan agregar otros que adquieran la cualidad de elementos esenciales.

---

[116] Ghestin, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil,* LGDJ, Paris, 1980, pág. 172.

[117] En su virtud, la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes sobre la cosa y el precio.

[118] Schmidt, J., *Négotiation et conclusión des contrats*, Manual Dalloz de Droit usuel, Dalloz, Paris, 1982, pág. 32.

[119] Ghestin, J., «Le contrat». Tomo 2, *Traité de Droit Civil,* LGDJ, Paris, 1980, págs. 172 y sigs.

[120] Laude, A., *Le reconnaissance par le juge de l´existence d´un contrat*. Institut de Droit des Affaires. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, núm. 329 y sigs.

Un criterio similar al apuntado es el admitido en la legislación *austriaca*[121] y *belga*[122]. También el *Código suizo de Obligaciones* en su artículo 2 se conforma para entender concluido el contrato con un acuerdo respecto de los puntos esenciales aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios[123].

Más compleja resulta la posición del *Derecho alemán*, dada la contradicción existente entre los parágrafos 154 y 311, 2. En efecto, el parágrafo 154 del BGB señala que, en caso de duda, no se entenderá concluido el contrato sino cuando las partes hayan alcanzado el acuerdo de todos los puntos a los que se refiere el contrato[124], lo que podría hacernos entender que sólo a partir de ese momento el contrato surte efectos y genera obligaciones para las partes, con la consecuencia de que antes de tal momento el solo acuerdo alcanzado sobre algunos puntos no tendría fuerza obligatoria[125].

Sin embargo, tras la reforma del BGB en el año 2002 en materia de obligaciones, el parágrafo 311, apartado 2.° presenta una nueva redacción que extiende los deberes exigibles en la ejecución del contrato a la etapa de su formación y preparación, y le atribuye los efectos de la relación jurídica obligatoria, lo que podría llevarnos a entender ya la existencia de contrato antes de que las partes hayan llegado al acuerdo sobre todos sus puntos, puesto que, en virtud del precepto mencionado, una relación obligatoria con los deberes que le son inherentes existe ya mediante la iniciación de negociaciones contractuales, la preparación de un contrato con vistas a una eventual relación negocial, o mediante los contactos análogos de carácter negocial.

---

[121] El parágrafo 885 del ABGB reconoce el nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes que hubieran alcanzado un acuerdo sobre los puntos principales del contrato (puntuación), aun cuando no se hubiera concluido aquél en un documento formal. Al respecto, Brebbia, R., *Responsabilidad precontractual,* Zavalia, Rosario, 1957, págs. 124-125.

En torno a la codificación austriaca, Bernad Mainar, R., *Manual de historia del Derecho*, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 211-213.

[122] Hanotiau, B., *La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention.* Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage, Bruselas, 1987, págs. 98 y sigs.

[123] En su virtud, «*Si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se reputa concluido, aun si los puntos secundarios han sido reservados. A falta de acuerdo sobre los puntos secundarios, el juez los regulará teniendo en cuenta la naturaleza del negocio*…».

Una referencia a la codificación suiza y el principio de la buena fe en torno a los tratos preliminares en 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. 82-84.

[124] Una comparación entre la solución aportada por el Código suizo de Obligaciones y el BGB, en Flume, W., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 753.

[125] Ennecerus Niperdey, *Tratado de Derecho Civil alemán*. Parte General, Tomo I-2, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 153; también de la misma obra el Tomo II, 2, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 229.

Más afín al criterio sostenido por el parágrafo 154 del BGB resulta el *Derecho italiano,* según una jurisprudencia que, en algunas ocasiones, ha resultado vacilante, dada la equiparación que realiza entre puntos esenciales y secundarios a la hora de entender perfeccionado el contrato, de tal manera que sólo podremos hablar de su perfección cuando las partes hayan logrado el acuerdo sobre todos los puntos, toda vez que la reserva en torno a alguno de los llamados puntos accesorios puede llegar a ser determinante[126]. Por ello se tiende a deslindar la minuta del contrato que todavía no se ha formado, salvo que en dicha minuta las partes admitieran ya su carácter vinculante, o quedara solamente pendiente la reproducción del acuerdo solemnemente, siempre que dicha formalidad no revistiera un carácter esencial.

En el mismo sentido el *Derecho portugués* toda vez que en el artículo 232 del Código Civil de 1966, en sede del ámbito del acuerdo de voluntades[127], señala que el contrato no se reputará completo sino cuando las partes hayan logrado el acuerdo en todas las cláusulas sobre las cuales cualquier contratante hubiera juzgado necesario lograr el acuerdo. En efecto, del tenor del mencionado precepto concluimos que sólo se habrá perfeccionado el contrato cuando las partes hayan logrado el acuerdo sobre todos los puntos, y no sólo respecto de los esenciales, puesto que la reserva en torno a algún punto accesorio podría llegar a ser determinante. En similares términos se presenta también el artículo 1359 del *Código Civil peruano* de 1984, exponente del principio de integralidad o totalidad contractual[128], cuando alude a la conformidad de voluntad de partes y nos dice que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia que medie sea secundaria. Solución que sostiene también el *Código Civil argentino* desde el momento que considera que la aceptación no conforme a la propuesta equivale a una nueva propuesta[129].

Por lo que se refiere a *Venezuela*, su Código Civil no contiene una norma específica que establezca cuándo los tratos preliminares se transforman en

---

[126] Carresi, F., «Il contratto», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (Cicu, Messineo, Mengoni), XXI, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1987, págs. 704-708.

Carresi critica la tesis de Carnelutti según la cual habría ya un contrato sujeto a la condición de alcanzar el acuerdo sobre los puntos reservados cuando las partes hubieran alcanzado el acuerdo sobre los puntos esenciales; así como también la de Tamburrino y Ricca, que estiman que los acuerdos a que vayan llegando progresivamente las partes ya constituyen por sí mismos contratos.

[127] 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, pág. 85.

[128] AA.VV., *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo VII, Contratos en general, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

[129] Así lo establece el artículo 1152. Al respecto, Brebbia, R., *Responsabilidad precontractual*, Zavalia. Rosario, 1957, pág. 125.

contrato, lo que lleva a la doctrina a entender que se trata de una cuestión de hecho[130], cuya apreciación descansa en la soberana actuación judicial[131]. A tal fin, los jueces se atendrán al propósito e intencionalidad de las partes, tanto en lo que respecta a los elementos esenciales como accesorios del contrato proyectado[132], a menos que se cuente con la certeza, según las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe[133], de que estos últimos hubieran sido excluidos del proceso de formación del consentimiento al no constituir para las partes una reserva a la hora de prestar el consentimiento. Todo ello en el entendido de que el acuerdo no podrá entenderse formado si no ha recaído sobre todos los elementos que las partes hayan considerado precisos de regulación expresa, ni tampoco cuando hubo reserva del tratamiento ulterior de algunos puntos[134] con subordinación de la conclusión del contrato al alcance de un acuerdo sobre ellos.

En todo caso, el consentimiento relativo a lo abordado en los tratos podría alcanzarse posteriormente mediante ratificación[135], esto es, la aprobación posterior carente de vicio alguno, ya expresa, ya tácita, como sucedería cuando el renuente a consentir sobre todos los puntos del contrato en proyecto lo ejecuta voluntariamente.

---

[130] 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, pág. 121.

Sobre la relación entre las tratativas y la formación progresiva del contrato, Lupini, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, págs. 60-64. Este autor señala que sólo en el ámbito de la formación progresiva del contrato, pero no en el de las tratativas, puede plantearse el problema del contenido mínimo del contrato o elementos esenciales que un contrato debe albergar para reputarse como formado.

[131] Lupini, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 64.

[132] Una crítica en cuanto a la distinción entre elementos esenciales y accesorios a la hora de considerar la transformación de los tratos preliminares en contrato la vemos en 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, pág. 122.

[133] En torno a la interpretación de los contratos de acuerdo a lo previsto en el artículo 12 del CPC, Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo III, Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 380-386.

[134] El problema se plantea en el caso de no realizarse la referida reserva, toda vez que en sede de compraventa no existe en el Código Civil venezolano un precepto equivalente al artículo 1538 del Código Civil francés en cuya virtud el contrato de venta se reputa formado desde que existe acuerdo sobre la cosa y el precio. Así todo, la jurisprudencia venezolana, por influjo de la francesa, adopta el criterio del Código Civil francés. En este sentido, Lupini, L., «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991, pág. 64.

[135] En este sentido, artículo 2.2.9 de los Principios UNIDROIT de los contratos internacionales. Sobre la ratificación, Flume, W., *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 737.

Por lo que respecta a nuestro país, *España*, tenemos que hacer las siguientes consideraciones:

— Es cierto que las reglas que nuestro Código Civil alude a la perfección del contrato resultan imprecisas e incompletas, toda vez que ignora la fase previa de formación del contrato y se limita a tratar la etapa final del proceso cuando media el consentimiento entre las partes y el contrato se perfecciona[136]. En efecto, el Código presenta un velo de silencio en torno a lo que sucede con anterioridad a la celebración del contrato[137]. Así es, puesto que, en virtud de un análisis conjunto de los artículos 1258, 1262 y 1282 del cuerpo legal referido, se consagra el criterio según el cual la perfección del contrato se verifica por el mero consentimiento, lo que se manifiesta por medio del concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato[138], y que, incluso, para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato, lo que evidencia bien a las claras que lo acaecido con antelación al momento de perfeccionamiento del contrato no es tomado en cuenta, ni siquiera a los efectos de su interpretación.

— No obstante lo afirmado, hemos de señalar que, a nuestro juicio, la aplicación del principio de la buena fe extensible también a la fase precontractual ha de basarse en la consideración del principio de la buena fe como un principio general, aplicable en este caso, ya por la aplicación analógica del artículo 1258 del Código Civil, que alude a la obligatoriedad de lo pactado en el contrato y a todas sus consecuencias conformes a la buena fe según la naturaleza de aquél; o bien, por la aplicación directa del artículo 7.1 del Código que consagra el

---

[136] García-Granero, A. V., *La perfección de los contratos*. Instituciones de Derecho Privado (coord.: Delgado de Miguel, J. F.), Tomo III, Obligaciones y Contratos, vol. 1.°, Civitas, Madrid, 2002, pág. 384.

[137] No así la jurisprudencia, pues, por ejemplo, de manera muy ilustrativa, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1993, señala que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del* iter *formativo del contrato, el término de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y de la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese un nuevo acuerdo*».

No obstante, el déficit regulador apuntado en el Código Civil trata de ser suplido por otras nuevas leyes que abordan incidentalmente la materia. Al respecto, García-Granero, A. V., *op. cit.*, págs. 385-386.

[138] La sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1981, establece que la concurrencia de la oferta y la aceptación, determinante del consentimiento, es una mera cuestión de hecho, de tal manera que habrá de ser acreditada por quien la alegue.

principio según el cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe[139].

— Por otro lado, aunque la opinión tradicional patria apuntaba al deber general de autoinformación, esto es, cada quien por razones de seguridad jurídica debía cuidar sus intereses y debería informarse en lo necesario sobre el negocio que quisiera celebrar[140], sin embargo, cada vez más frecuentemente se ha ido abriendo camino el criterio según el cual existe un deber de verificar una comunicación según la buena fe o las concepciones dominantes en el tráfico, para cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza del negocio en ciernes, la personalidad de las partes y su concreta posición en la relación jurídica[141].

— Precisamente, esta nueva tendencia se ha ido incorporando en nuestro ordenamiento por medio de leyes especiales: el artículo 60 del Texto Refundido de la LGDCU de 2007 impone al empresario el deber de información previa al contrato, de tal manera que deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. En todo caso, la información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

  Relacionado con ello, los artículos 97 y 98 del mismo Texto Refundido se refieren a la información precontractual y su confirmación por escrito en los contratos celebrados a distancia.

— En una expresión de la tesis del consensualismo en todo su alcance y llevada a sus últimas consecuencias, podría sostenerse que el contrato no se habrá formado sino cuando se haya alcanzado el acuerdo sobre todos y cada uno de sus elementos, al margen de la naturaleza esencial o no de los que se hayan convenido o resten por alcanzar el acuerdo. Sin embargo, si partimos y tomamos en consideración la literalidad del artículo 1262 de nuestro Código Civil (el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato[142]), podríamos llegar a entender que, alcanzado el acuerdo (consentimiento) sobre tales elementos esenciales (causa y objeto), ya estaríamos en presencia de un contrato, aunque restaran otros aspectos —no esenciales— por alcanzar el acuerdo. Con

---

[139] García Rubio, P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español,* Tecnos, Madrid, 1991, págs. 41 y sigs.

[140] Ver, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de junio de 1978.

[141] En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de marzo de 1989.

[142] Martínez Matesanz, C., Ruiz Muñoz, M., «Aspectos jurídico-privados del PLCE de 8-2-2002», en *RCE,* núm. 27, 2002, págs. 48 y sigs.

arreglo a esta argumentación, nos hallaríamos en un punto cercano y nada distante de la tesis de la puntuación, de tal manera que el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato representa ya el momento de su perfección y nacimiento.

Ya para concluir, haremos una referencia a algunas regulaciones internacionales que nos pueden marcar una tendencia significativa sobre el tema en estudio, tomando como referencia, por un lado, los principios UNIDROIT, así como también el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales parecen acercarse más bien al criterio del Código suizo de Obligaciones en su artículo 2, según el cual para entender concluido el contrato bastaría un acuerdo respecto de los puntos esenciales aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios. Todo ello si tenemos en cuenta los artículos 2.1.1 (Modo de perfección), 4.8 (Integración del contrato) y 5.1.7 (Determinación del precio) de los mencionados Principios.

En efecto, el primero de ellos consagra la regla general en cuya virtud el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo[143]. Sin embargo, cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado[144] con un término apropiado a las circunstancias, en cuya determinación se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: la intención de las partes; la naturaleza y finalidad del contrato; la buena fe y la lealtad negocial; y el sentido común.

A mayor abundamiento[145], si el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a

---

[143] *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT,* Roma, 2004, pág. 35.

[144] Sobre la integración del contrato, Bernad Mainar, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones.* Tomo III. Publicaciones UCAB, Caracas, 2012, págs. 386-391.

Ver también Oviedo Albán, J., «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana,* núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000 (apartado 6.6); *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT,* Roma, 2004, págs. 132-133.

[145] Un comentario sobre el artículo 5.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT,* Roma, 2004, págs. 143-145.

Ver también Osman, F., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l´étude d'un ordre juridique anational. Librairie Général de Droit et Jurisprudence,* Paris, 1992, pág. 112.

un precio razonable. Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable. Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Por su parte, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos también apunta y asume el deslinde entre elementos esenciales y accesorios del contrato con relación a la responsabilidad en caso de ruptura unilateral injustificada de los tratos preliminares, lo cual podría ser un argumento, a nuestro juicio, para entender que bastaría un acuerdo respecto de los puntos esenciales en las tratativas, aun cuando todavía no se hubiera alcanzado con relación a los puntos secundarios, a los efectos de reputar ya formado el contrato. Así es, el *artículo 6.3* del referido Anteproyecto[146] señala que «*si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra* contra la buena fe *si interrumpe las tratativas sin motivo justificado*».

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

AA.VV.: *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo VII, Contratos en general. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

Benatti, F.: *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963.

Bessone, M.: «Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza», en *Rivista Trimestralle di Diritto e Procedura Civile,* 1972, págs. 962 y sigs.

Brebbia, R.: *Responsabilidad precontractual*, Zavalia, Rosario, 1957.

Breccia, U.: *Diligenza e buona fede nell´attuazione del rapporto pbbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968.

Carrara, F.: *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano, 1915.

Carresi, F.: «Il contratto», en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* (Cicu, Messineo, Mengoni), Tomo XXI, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1987.

Caruso, D.: *La colpa in contrahendo*, Giuffrè, Milano, 1993.

Cataudella, A.: *Sul contenuto del contratto,* Giuffrè, Milano, 1974.

Cedras, J.: «L'obligation de negotier», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial,* 1985.

Coca Payeras, M.: «Comentario al artículo 1262 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

[146] Sobre el particular, García Cantero, G., *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010, págs. 98-102.

De los Mozos, J. L.: «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana,* Dykinson, Madrid/Buenos Aires, 2001.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: «La formación del contrato», en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, enero-marzo de 1995.

Erraris, J.: *Le rôle des documents précontractuels dans l'interpretation par le juge du contrat*, Publibook, París, 2003.

Faggella, G.: «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica», en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda,* Napoli, Tomo III, 1906, págs. 269 y sigs.

Ghestin, J.: «Le contrat», Tomo 2, *Traité de Droit Civil,* LGDJ, París, 1980.

Guardiola Sacarrera, E.: *La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994.

Flume, W.: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

García Cantero, G.: *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Reus, Madrid, 2010.

García Rubio, P.: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

Hanotiau, B.: «La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention», en *Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage,* Bruselas, 1987.

Ihering, R. V.: Culpa in contrahendo *bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelaglen Verträgren,* en J. J., 1861, págs. 1 y sigs.

Laude, A.: *Le reconnaissance par le juge de l´existence d´un contrat*, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

Lobato de Blas, J. M.: «Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* Madrid, 1976 II, págs. 541-582.

Loi, M.-Tessitore, F.: *Buona fede e responsabilità precontrattuale,* Giuffrè, Milano, 1975.

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.

— «La responsabilidad precontractual en Venezuela», en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Caracas, julio-diciembre de 1991.

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*, Marcial 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.

Menéndez Mato, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Mirabelli, G.: *Dei contratti in generale*, UTET, Torino, 1980.

Moreno Quesada, B.: «La oferta de contrato», en *Revista de Derecho Notarial,* Madrid, abril-junio de 1956.

Osman, F.: *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, contribution à I´étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, París, 1992.

OVIEDO ALBÁN, J.: «Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado», en *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana,* núm. 100, Bogotá, diciembre de 2000.

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.

RAVAZZONI, A.: *La formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1973.

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

SALEILLES, R.: «De la responsabilité precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1907, págs. 697 y sigs.

SCHMIDT, J.: «La sanction de la faute precontractuelle», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1974.

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

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

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

RESUMEN

CONTRATO; FASES DEL CONTRATO; TRATOS PRELIMINARES; NATURALEZA JURÍDICA; DEBERES CONTRACTUALES; DERECHO COMPARADO

En el proceso de formación del contrato se presenta la figura de los tratos preliminares con especial protagonismo. De ahí el interés en determinar algunos aspectos sobre el particular a la luz del Derecho Comparado: cuál es su naturaleza jurídica; su relevancia jurídica; la posible conexión con el principio general de la buena fe contractual; así como también su delimitación con el contrato mismo.

ABSTRACT

CONTRACT; PHASES OF THE CONTRACT; PRELIMINARY DEALINGS, LEGAL STATUS, CONTRACTUAL DUTIES; COMPARATIVE LAW

In the process of formation of the contract figure presents preliminary dealings of special importance. Hence the interest in determining some aspects on the subject respect to comparative law: what is its status legal; its legal significance; the possible connection with the general principle of good faith contractual; as well as its boundary with the contract itself.

(Trabajo recibido el 3-4-2013 y aceptado para su publicación el 7-10-2013)

La protección a los deudores hipotecarios: soluciones e interrogantes en la ley israelí

por

PABLO LERNER

Abogado (Universidad de Buenos Aires)
Doctor en Derecho (Universidad de Jerusalén)
Profesor en el Academic Center of Law and Business (Ramat Gan, Israel)

SUMARIO

PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.

I. LA HIPOTECA Y LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.

II. EL EMBARGO DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR:

1. La ejecución de las deudas en Israel.
2. Sobre los bienes inembargables.
3. El caso particular del embargo y ejecución de la vivienda:

i) Arreglo habitacional alternativo *(sidur jalufí).*
ii) Arrendatario protegido *(daiar mugan).*

III. EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN ISRAEL:

1. Protección a los garantes hipotecarios.
2. Limitación a la iniciación del proceso de ejecución.

IV. SOLUCIÓN HABITACIONAL PARA EL DEUDOR HIPOTECARIO.

V. INTERPRETACIÓN DE LA RENUNCIA A LA ACOMODACIÓN ALTERNATIVA.

VI. LA REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES: ACOMODACIÓN ALTERNATIVA «PARA TODOS».

VII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DEL DEUDOR.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES (TENTATIVAS) SOBRE LA REFORMA.
IX. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN.
BIBLIOGRAFÍA.

PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO[1]

El Derecho Hipotecario y más precisamente la protección del deudor han dejado de ser una cuestión técnica para pasar a ser un motivo central en el derecho del consumidor y en el análisis de los derechos sociales, tema que interesa en todas partes del mundo. De ahí la importancia del enfoque comparativo. Desde ya que, como en otros temas, la comparación en cuestiones hipotecarias no puede obviar las diferencias económicas entre los distintos países y las condiciones en las que trabaja el sistema financiero. De ahí que no planteo que haya que adoptar la soluciones de Israel. Pero sí es interesante tener en cuenta ciertos puntos que no están en otros sistemas y que han sido adoptados por el derecho israelí.

Cuando hablamos de mercado hipotecario, habitualmente pensamos en términos de créditos, intereses y condiciones de evolución. Sin embargo, no menos importante es también entender cuál es el marco de protección que el deudor hipotecario tiene en el caso que el crédito no sea reembolsado y el deudor pueda perder la vivienda.

Como nota previa, me parece importante señalar que este trabajo se centra en la protección del deudor hipotecario para el caso de incumplimiento del contrato. No trato aquí una cuestión cercana: la situación de quien ha comprado una vivienda —generalmente en construcción— cuyo vendedor no cumple con el contrato sin haber garantizado suficientemente los derechos del comprador. Este tema tiene aristas muy interesantes en el Derecho israelí[2], pero no está ligado a los temas que trataré en este trabajo.

Este artículo se concentra en los derechos del acreedor hipotecario, que está bajo un régimen distinto del deudor común. Así y todo, es necesario encuadrar el tema dentro del contexto más general de protección de la vivienda en caso de no pago de deudas no hipotecarias, y por ello dedico una parte del artículo a explicar qué defensas tienen tales deudores en caso de ejecución o de quiebra. Comienzo el artículo con una referencia al significado del crédito hipotecario. La sección II trata en general sobre los bienes inembargables en el Derecho israelí.

---

[1] La traducción del hebreo al español del nombre de las leyes o del texto de los artículos citados a lo largo de este trabajo ha sido hecha por el autor y no constituye una traducción oficial. La jurisprudencia citada (en hebreo) puede ser encontrada en el sitio <www.nevo.co.il>.

[2] Tema regulado por la Ley de Ventas de Viviendas (Aseguramiento de la Inversión del Comprador) (1974).

A continuación me centraré en el tema de la ejecución hipotecaria. Al referirme a la protección de los deudores reseñaré tres disposiciones centrales en la materia: la Ley de Garantías, que acuerda protección a los garantes de hipotecas; el artículo 81(b) de la Ley de Ejecuciones, que establece una serie de recaudos contra una apertura intempestiva del proceso de ejecución; y la tercera es el artículo 38(c) de la Ley de Ejecuciones, que concede defensas al deudor hipotecario para el caso de no pago de la hipoteca. Divido esa sección en dos partes: la jurisprudencia anterior a la reforma de la Ley de Ejecuciones[3] y el análisis de la reforma que establece un particular marco de acomodación alternativo para el deudor hipotecario.

El trabajo finaliza con ciertas consideraciones sobre la probable influencia de esta normativa en el mercado hipotecario.

I. LA HIPOTECA Y LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

Es superfluo señalar la importancia de la vivienda para la persona y para la familia desde el punto de vista social, económico e incluso psicológico[4].

En una sociedad como la israelí, en la que gran parte de la gente aspira a su vivienda propia, la hipoteca se destaca como un camino casi obligatorio. La cuestión está ligada a tendencias del mercado: cuanto mayor es el acceso al crédito hipotecario, desde ya que existen mayores probabilidades de que mayor cantidad de deudores no paguen. En mercados en los que el crédito hipotecario es más selectivo (por ejemplo, sólo para clientes de altos recursos), desde ya que los riesgos son menores. Pero podemos entrar en un círculo vicioso: si es tan difícil obtener un crédito hipotecario, ¿cómo se financia la vivienda?

Alquilar es ciertamente una opción, pero los alquileres caros y la incomodidad inherente a no ser propietario (incluido el hecho de que es necesario de tanto en tanto cambiar de vivienda) no la hacen una opción particularmente atractiva, sobre todo para una familia. El sistema de vivienda pública, subsidiada por el Estado, es bastante precario y sólo alcanza a quienes están en serias dificultades económicas o de salud, y no es viable para la mayoría de la población, desde ya no para el segmento social que podríamos definir como «clase media». Entonces, entrar en el pago de una hipoteca aparece como un camino razonable para tener un techo. Pero no siempre la transacción termina exitosamente.

---

[3] Reforma número 29 a la Ley de Ejecuciones (1967). La ley fue publicada el 16-11-2008 (Anales de Legislación 2188) pero entró en vigencia seis meses después (mayo de 2009). En adelante me referiré a la misma como la «reforma de 2009».

[4] Barros B. (2009), «Legal Questions for the Psychology of Home», en *Tulane Law Rev.,* vol. 83, págs. 645, 656; Morgan J. (2007), *Aspects of Housing Law*, London: Routledge-Cavendish, pág. 8; Radin M. (1982), «Property and Personhood», en *Standford Law Rev*., vol. 34, pág. 957.

El crédito hipotecario tiene características particulares: se trata de un crédito a muy largo plazo, entre dos partes totalmente desiguales (el banco[5] y el deudor hipotecario). Desde el punto de vista contractual, hay una diferencia no sólo en el poderío económico de ambos, sino en su posibilidad tanto de absorber riesgos como de tener información sobre las condiciones del mercado y sobre los cambios que pueden acontecer.

Estudios realizados demuestran que muchos de los deudores son demasiado optimistas y asumen riesgos por encima de sus posibilidades[6]. Aun aquellos que son cuidadosos y miden los riesgos, ciertamente no pueden preveer cómo evolucionará la situación en diez o quince años, cuando todavía estén debiendo la hipoteca. Cambios en el mercado, crisis económicas profundas o cuestiones personales no previstas (despido, enfermedad, desencuentros matrimoniales que conducen al divorcio) pueden poner en serio peligro la capacidad de un deudor de seguir pagando la hipoteca y llevar a la venta forzada del inmueble. Así, el crédito hipotecario puede desembocar en un problema para quienes, no pudiendo pagar la hipoteca, pierden sus ahorros y también la vivienda.

Antes de referirme específicamente al tema de la ejecución hipotecaria, haré algunas acotaciones con respecto a la cuestión de la inembargabilidad de los bienes del deudor.

II. EL EMBARGO DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR

1. La ejecución de las deudas en Israel

A mero título informativo para aquellos que no conocen el sistema de ejecución en Israel, señalaré algunos de sus principios.

En el Derecho israelí existen dos mecanismos centrales de ejecución de obligaciones: la Ley de Ejecuciones[7] y la Ordenanza de Quiebras[8]. Las ejecuciones son realizadas por las Oficinas de Ejecución que funcionan anexas a los

---

[5] En Israel parte de la hipoteca es otorgada por el Ministerio de la Construcción a través del sistema bancario. Teóricamente esta parte de la hipoteca es «subsidiada» por el estado (de acuerdo a distintos criterios del deudor, tales como edad, servicio militar, número de hijos, zona en la que se encuentra la vivienda a comprar, etc.) y el interés a pagar es menor. En los hechos, las diferencias de interés entre la parte subsidiada y la parte que se recibe directamente del banco no son muy grandes. De todos modos, estas distinciones no son relevantes a los efectos del análisis que hacemos en este trabajo.

[6] Harris R., Albin E. (2006), «Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising», en *Theoretical Inquiries in Law,* vol. 7, pág. 431 (volveré a ocuparme del tema de los riesgos en el cap. VIII).

[7] Sancionada en 1967.

[8] El texto originario fue sancionado durante el mandato británico. El texto nuevo y reordenado es del año 1980.

tribunales de primera instancia. Los procesos de quiebras se sustancian en los tribunales de distrito[9]. La oficina de ejecución se ocupa de ejecutar sentencias (de distintos tribunales y de distintas instancias), títulos de créditos (letras de cambio y cheques), promesas de pago por escrito (hasta una suma determinada)[10] y prendas e hipotecas.

En cuestiones de ejecución (a diferencia de los procesos de quiebra) no hay cuestiones de competencia territorial y el legajo de ejecución puede ser abierto en cualquier oficina, sin relación con la competencia territorial que rigió al juicio[11]. Al frente de la oficina de ejecución se encuentra el oficial de ejecución[12], quien a pesar de ejercer funciones judiciales no tiene nombramiento formal de juez[13].

En el caso de una prenda (sobre muebles) o una hipoteca (sobre inmuebles), si el deudor no cumple los términos del contrato (generalmente incumplimiento de pago), basta con presentar una solicitud de ejecución; el acreedor no necesita presentar una demanda y obtener una sentencia, sino que puede iniciar la ejecución directamente en cualquier oficina de ejecución[14]. Para ello es necesario que la hipoteca (o la prenda) haya sido registrada en el correspondiente Registro de la Propiedad[15]. Generalmente el oficial de ejecución nombrará al abogado del acreedor para que se ocupe de la ejecución del bien y él se desempeñará como liquidador del mismo[16]. En el proceso de ejecución de hipotecas o prendas el deudor no puede ofrecer otra defensa que la de pago (que de todos modos es una defensa bastante amplia, pues incluye en los hechos los diversos casos de cumplimiento de la obligación)[17]. Si el deudor tiene otras defensas substanciales (por ejemplo, si sostiene que hubo fraude por parte del acreedor), éstas deben ser presentadas en un proceso especial ante los tribunales competentes y no ante el oficial de ejecución.

---

[9] La insolvencia del deudor lleva a un procedimiento colectivo de liquidación de bienes, sea por iniciativa del mismo deudor, sea a consecuencia del pedido de uno o más acreedores.

[10] Aproximadamente unos 13.000 US$. De acuerdo a la ley de ejecuciones, estas promesas de pago reciben un régimen algo similar a la ejecución de un título de crédito. Si el deudor se opone a la ejecución, el juicio es derivado al juez competente.

[11] Bar Ofir, D. (2011), *Juicio ejecutorio, teoría y práctica*, 7.ª ed., Tel Aviv: Ginosar (en hebreo), *passim*.

[12] Traducción que doy al término *rasham hotzahah lepoal*.

[13] La última reforma a la ley de ejecuciones ha disminuido todavía más el estatus jurídico de los oficiales de ejecución, ya que están ahora bajo la órbita de la Autoridad de Ejecución y Cobro y no de la Administración de los Tribunales.

[14] En Israel no hay necesidad de respetar una determinada competencia territorial: el acreedor puede presentar la solicitud de ejecución en cualquiera de las oficinas de ejecución que se encuentran en el país, aunque el inmueble se encuentre en otra ciudad y ni el deudor ni el acreedor tengan residencia en la ciudad o distrito de esa oficina.

[15] Ley de Prenda (1967), artículo 17 (2).

[16] Lo que se denomina en hebreo *kones nejasim,* traducción no literal del término inglés *receiver*.

[17] Artículo 19 de la Ley de Ejecuciones. Véase Bar Ophir, *op. cit.,* págs. 265 y sigs.

En el caso de que la venta del bien hipotecado sea llevada a cabo durante una quiebra, la misma será realizada separadamente de los bienes restantes y, tal como sucede en distintos sistemas jurídicos, el acreedor hipotecario cobrará independientemente de los acreedores quirografarios y sin competir con ellos, en el reparto de la masa de bienes del deudor[18].

2. Sobre los bienes inembargables[19]

En líneas generales, todos los sistemas jurídicos reconocen una cierta lista de bienes que están excluidos de la ejecución[20]. Ya en la misma Biblia encontramos claras referencias a la necesidad de un cierto grado de protección al deudor[21]. En épocas más modernas, cuando la ejecución pasó de la ejecución personal (prisión)[22] a la ejecución real (ejecución de bienes), se planteó el límite de esta ejecución asumiendo que el deudor debe en todo caso retener un cierto número de bienes indispensables[23].

---

[18] Sin embargo, el síndico de la quiebra está autorizado a inspeccionar el bien antes de que el acreedor prendario o hipotecario disponga su venta. Ordenanza de Quiebras, artículo 129.

[19] A los efectos de simplificar el tratamiento del tema, me refiero a bienes inembargables como aquellos que no pueden ser objeto de embargo en procesos de ejecución o aquellos que están fuera del alcance del síndico de la quiebra.

[20] Véase, por ejemplo, entre otros, Brown, J. (2010), *Judgment Enforcement*, 3.ª ed., Austin: Wolter Kluwer, *passim;* Fletcher, I. (2009), *The Law of Insolvency*, 4.ª ed., London: Sweet and Maxwell, págs. 261 y sigs.; Jaspers, M. (2000), *The Law of Attachment and Garnishment*, New York: Oceana, pág. 85; Atencio, J., Grande, M. (2006), *Tratado jurisprudencial del embargo*, Rosario (Arg.): Juris, págs. 131 y sigs.; Perrot, R., Therry, Ph. (2005), *Procédure Civile d'Exécution*, París: Dalloz, 2.ª ed., pág. 205; Roy Ryden, A. (1975), «Coercitive Collection and Exempt Property in Texas: A Debtor's Paradise or a Living Hell?», en *Houston Law Review,* vol. 13, pág. 84; Ahern III L. (2005), «Homestead and Other Exemptions Under the Bankruptcy Abuse Prevention Act and Consumer Protection Act: Observations on "Asset Protection" After 2005», en *Amer. Bank. Inst. Law Review,* vol. 13, págs. 585, 595. En hebreo puede consultarse Lerner, P. (2013), *Bienes inembargables*, Tel Aviv: Bursi, *passim.*

[21] En el Antiguo Testamento encontramos diversos preceptos sociales referidos a la protección de los deudores. Por ejemplo, leemos: «No tomarás en prenda el molino ni la muela del molino; porque sería tomar en prenda la vida del hombre [...] Cuando entregares a tu prójimo alguna cosa prestada, no entrarás en su casa para tomarle prenda. Te quedarás fuera, y el hombre a quien prestaste te sacará la prenda. Y si el hombre fuere pobre, no te acostarás reteniendo su prenda. Sin falta le devolverás la prenda cuando el sol se ponga [...]». *Deutonomio* 24: 6, 10 y sigs.

[22] Al momento de escribir este trabajo, la prisión por deudas está suspendida en Israel (salvo para el caso de alimentos, en que se puede pedir una orden de arresto de hasta veintiún días). Hasta la reforma de 2009 era posible poner en prisión al deudor por periodos de siete días y hasta un máximo de treinta. Véase también nota 59.

[23] Lerner, P. (2011), «La caracterización de los bienes inembargables», en *Alei Mishpat,* vol. 9, pág. 479 (en hebreo).

A partir del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX empieza a desarrollarse un concepto más amplio sobre la inembargabilidad. La misma no sólo parece ligada a la necesidad de proteger valores esenciales del deudor, sino también como un medio de servir el interés del acreedor de cobrar su dinero. Es conveniente dejar al deudor un mínimo nivel de subsistencia para que no caiga en tal desazón y abandono que no le permitan la mínima interacción social requerida para trabajar. Así concebida, la inembargabilidad no sólo es una cuestión de respeto a la dignidad del deudor sino que está en buena medida ligada a una concepción utilitaria con respecto al acreedor: si el deudor queda en una situación de indigencia total, no podrá devolver las deudas.

Es dable distinguir entre bienes inembargables en forma absoluta y bienes inembargables en forma relativa: bienes inembargables en forma relativa son aquellos cuya inembargabilidad está limitada a cierta suma. Como en la mayoría de los sistemas jurídicos, la mayoría de los bienes inembargables en el derecho israelí son inembargables hasta determinada suma. Si el bien protegido excede esta suma, entonces es embargable[24]. La idea es que la defensa del deudor está limitada a bienes indispensables y no a objetos que pueden presumirse como suntuarios. Por otro lado, si el bien tiene un valor muy pequeño no tiene sentido embargarlo y la ley israelí establece que con respecto a muebles de escaso valor (en términos de la ley israelí hasta 40 US$) los mismos no serán embargados, aun cuando no estén en la lista de bienes inembargables detallada en la ley[25].

Dentro de la lista de los bienes inembargables en el Derecho israelí[26] encontramos productos alimenticios, vestimentas imprescindibles, mobiliario básico incluidos el lavarropas, el televisor y la computadora[27], e instrumentos o herramientas necesarios para que el deudor pueda desempeñar su oficio o industria. Si el deudor es una persona discapacitada, los accesorios necesarios

---

[24] La excepción es el caso de los animales domésticos, que no pueden ser embargados aunque se trate de animales caros. Artículo 22 (a 6) de la Ley de Ejecuciones.

[25] Artículo 22 (a 8) de la Ley de Ejecuciones. Asimismo el oficial de ejecuciones está autorizado a no ordenar el embargo si el mismo no tiene utilidad. Artículo 22 (e) de la Ley de Ejecuciones.

[26] Ley de Ejecuciones (1967), artículo 22. Comp. el Derecho alemán, artículo 811 ZPO, artículo 36 IO; en Grecia, artículo 953 del Código de Procedimiento. Véase YESSIOU FALTSI, P. (1995), *Civil Procedure in Hellas*, Atenas: Sakkoulas, págs. 411 y sigs. Con respecto a los bienes exentos en el Derecho inglés, véase FLETCHER, I. (2009), *The Law of Insolvency*, 4.ª ed., London, pág. 260. Sobre el tema en los EE.UU., véase BLUM, B. (2010), *Bankrupctcy and Debtor/Creditor*, 5.ª ed, Austin, págs. 303 y sigs.

[27] Con respecto al embargo de la computadora, el Derecho israelí incluye dos marcos de protección. Por un lado, la computadora de un particular no puede ser sacada de su domicilio sino sólo después de haberle dado diez días al deudor para vaciar los datos que están incluidos en la memoria [art. 40 bis del Decreto sobre Ejecuciones (1979)]. Por el otro, la reforma de 2009 excluye de los bienes embargables a computadoras de hasta un precio de aproximadamente 250 $.

por su incapacidad son inembargables[28]. El salario (en cierta medida)[29] y las pensiones[30] están también protegidos.

3. El caso particular del embargo y ejecución de la vivienda

Dentro de la lista de bienes del deudor, su vivienda presenta características particulares. Se trata de un bien de mucho valor y en principio la vivienda no será embargada, y desde ya no será vendida, si no es por deudas de cierto monto[31]. En líneas generales, el deudor que llega a la venta de su vivienda es aquel sumido en serios problemas financieros.

Dado justamente su valor elevado, para un deudor acuciado por las deudas llegar a la venta de su casa puede ser una solución desesperada, pero a lo mejor la única alternativa para salir de su caos económico. Esto es particularmente cierto en procesos de quiebra donde el único bien que puede servir como base de una negociación entre el deudor y los acreedores es la vivienda: la realización de la vivienda es la carta con la que cuenta el deudor para recibir el descargo de sus deudas.

Desde el punto de vista comparativo, la protección a la vivienda muestra distintos regímenes. En algunos países no hay una protección específica a la vivienda[32]; en otros, como en el caso de EE.UU., hay distintos niveles de pro-

---

[28] Artículo 22 (a 5) de la Ley de ejecuciones. En el caso del auto del discapacitado, la jurisprudencia ha decidido que también aquí la inembargabilidad rige sólo hasta cierto valor. Véase Lerner, P., «Bienes inembargabes», *op. cit.*

[29] Ley de Protección al Salario (1958), artículo 8. En la ley israelí la suma protegida es la suma que puede recibir quien tiene derecho a la protección social conocida como «seguro de ingreso», la cual se calcula en función del promedio de salario nacional y varía de acuerdo a si el beneficiario está casado o no y si tiene hijos que están bajo su responsabilidad. En distintos sistemas jurídicos hay diferentes fórmulas para proteger al salario. En el Derecho alemán la ley establece una tabla escalonada de protección al salario que toma en consideración el tamaño de la familia del deudor. <http://www.sozialleistungen.info/fin/schulden/pfaendungstabelle.html> (última visita 23-6-2013).

Con respecto a las tablas en el derecho austríaco véase <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c9484852308c2a60123ec387738064b.de.0/informationsbroschuere_fuer_arbeitgeber_als_drittschuldner_inkl_tabellen_012010.pdf> (última visita 24-5-2013).

En Francia se adopta un sistema progresivo según el cual cuanto mayor es la suma de ingreso del deudor, mayor es el porcentaje embargable: <http://synthex.fr/cabinet-expertise-comptable/chiffres-utiles/social/fractions-saisissables-des-remunerations-chifso07> (última visita 23-6-2013).

[30] La legislación israelí contiene una serie de leyes que protegen del embargo a pensiones (de viudez, invalidez, etc.).

[31] Salvo en el caso de hipoteca, donde tal como veremos una deuda relativamente pequeña puede llevar a la ejecución de la hipoteca.

[32] Por ejemplo, en el caso del Derecho alemán.

tección a la vivienda —lo que allá es conocido como *homestead*—[33]. En ciertos sistemas jurídicos se puede anotar el inmueble familiar como «bien de familia» y en ese caso no podrá ser ejecutado o vendido en la quiebra[34].

A diferencia de muebles o derechos creditorios que gozan de inembargabilidad, en Israel la vivienda puede ser embargada y consecuentemente vendida. Pero la ley fija una serie de protecciones al deudor para evitar que quede sin un techo, al menos durante un lapso determinado. Dos son los carriles de protección: la posibilidad de recibir «arreglo habitacional alternativo» o recibir el estatus de «arrendatario protegido»[35]. A continuación me referiré a estos términos. A los efectos de poner en claro mi análisis, es necesario recalcar que primero me referiré a los deudores no hipotecarios, y en el capítulo IV comentaré la aplicación de estas defensas al deudor hipotecario.

i) Arreglo habitacional alternativo *(sidur jalufí)*[36]

Establece el artículo 38 de la Ley de Ejecuciones:

a) En el caso de que el inmueble embargado sirva en todo o en parte como vivienda del deudor, el oficial de ejecución está autorizado a ordenar que el inmueble no sea vendido si antes no comprueba que, a su entender, el deudor y su familia tendrán un lugar razonable donde vivir o cuentan con un arreglo habitacional alternativo[37].

b) [...]

Una disposición similar encontramos en la Ley de Quiebras[38].

Se deriva de ellos entonces que, de acuerdo a la ley, la vivienda del deudor se venderá sólo si el deudor pueda tener una solución, al menos transitoria, al

---

[33] Véase, por ejemplo, Ruprecht Ph., Querard, L. (2005), «Homestead Declarations in the Fifty States», en Alexander Bove, ed*., Assets Protection Strategies*, ABA, vol. 1, pág. 177; Kemner, M. (1991), «Personal Bankruptcy Discharge and the Myth of the Unchecked Homestead Exemption», en *Modern Law Rev*., vol. 56, págs. 683, 685; Coveny, A. (2007), «Saying Goodbye to Texas's Homestead Protection: One Step Toward Economy Efficiency with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005», en *Houston. Law Rev*., vol. 4, págs. 433, 453; Blum, *op. cit*., págs. 306 y sigs.

[34] Véase artículo 34 y sigs. de la Ley 14394 de Argentina, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm> (última visita 24-5-2013).

[35] Sobre este tema, puede verse Lerner P. (2011), «El derecho a arreglo acomodacional alternativo en el caso de hipoteca para vivienda», en *Hapraklit,* vol. 51, pág. 51 (en hebreo).

[36] La traducción puede no ser exacta pero refleja la idea: *sidur jalufí* debe ser traducido literalmente como «arreglo alternativo».

[37] La reforma número 29, a la que me referiré a continuación, cambió en algo este artículo y agregó el párrafo que establece que también puede desalojarse al deudor si tiene la capacacidad económica de financiar su alojamiento después del desalojo.

[38] Artículo 86 de la Ordenanza de Quiebras.

problema habitacional surgido a causa de la venta de su casa. A esta solución la ley la llama «arreglo habitacional alternativo».

El artículo no es claro sobre el significado de la expresión «arreglo habitacional alternativo». No se indica qué es este arreglo, y si debe consistir en una vivienda o en una suma de dinero. Esta imprecisión creó cierta incoherencia en las decisiones de distintos oficiales de ejecución. En el *caso Nagola*[39] la Corte Suprema trató de dar algunos criterios para que los oficiales de ejecuciones puedan acordar el arreglo habitacional en forma más uniforme.

En los hechos, en el caso Nagola la Corte mezcló dos tipos de criterios, ambos muy importantes para resguardar los derechos del deudor: uno es la aplicación del principio de escalonamiento de la ejecución, es decir, no llegar a la venta de la vivienda del deudor si se pueden ejecutar bienes que causen menos perjuicio. Este es un criterio que existe en distintos sistemas de ejecución aun sin conexión directa al tema de la vivienda[40]. El segundo grupo de criterios se aplica cuando no hay más remedio que vender la vivienda. La Corte subraya que el arreglo habitacional no implica forzosamente dar al deudor otra vivienda en lugar de la unidad vendida, sino una suma de dinero para que el deudor encuentre una solución temporaria o, si tiene otros recursos, pueda pensar en comprar otra casa. La cifra se determinará de acuerdo a ciertos criterios tales como el número de miembros de la familia, sus necesidades, posibilidad de contar con recursos extras, etc.

La Corte Suprema, en definitiva, elaboró una fórmula que le da al oficial de ejecuciones un amplio margen de discrecionalidad para determinar el tipo y alcance de acomodamiento alternativo. Aunque es difícil precisarlo, el arreglo habitacional alternativo que dan los oficiales de ejecución oscila entre tres y cinco años de alquiler, a criterio del oficial de ejecuciones.

ii) Arrendatario protegido *(daiar mugan)*

Una de las particularidades del Derecho israelí es que existe otro marco paralelo de defensa al deudor, el de «arrendatario protegido»[41].

En Israel existe la Ley de Arrendamiento Protegido (*jok haganat hadaiar*), cuya vigencia data de la época del mandato británico. Como es sabido, en Europa o Latinoamérica durante la primera mitad del siglo XX fueron sancionadas leyes

---

[39] *Nagola v. Chazan*, *Fallos de la Corte Suprema* 50 (1) 338 (1996).

[40] Véase también el Derecho español: Cremades, B., Cabriedes E. (1989), *Litigating in Spain*, Madrid, Kluwer La Ley, pág. 357.

[41] Véase Reichman U. (1983), «Necesidad de reforma legal: el paso de dueño de una vivienda a inquilino protegido», en *Yunei Mishpat,* vol. 9, pág. 121 (en hebreo); Ben Porat, M. (1989), «Defensa legal de los derechos del dueño de la vivienda», M. Elon *et al.* (coords.), *In Memorian Yzchak Kahan,* Jerusalem: Bursi, pág. 336 (en hebreo).

de prórrogas de locaciones o de congelamiento de alquileres. Similar legislación se adoptó en Palestina durante el mandato británico, debido a la escasez de viviendas, y tal legislación siguió en vigencia después del establecimiento del Estado de Israel (1948). Ese estatus de arrendatario protegido le permite al locatorio no ser desalojado (salvo muy específicas circunstancias) y ocupar el bien pagando un alquiler muy pequeño.

En 1972 se ordenó el texto de la ley, estableciendo que no habrá nuevas prórrogas de contratos de locación y que sólo conservarán la categoría de arrendamiento protegido aquellos casos ya existentes. Desde entonces, para entrar como arrendatario protegido se debe pagar una abultada suma como valor llave, comprando del anterior inquilino este derecho. Sin embargo, existe otra forma de entrar en la categoría de «arrendatario protegido», que subsiste hasta hoy, sin que se trate de una prórroga del contrato de locación y sin pagar valor llave.

De acuerdo al artículo 33(a) de la Ley de Protección al Arrendatario, cuando el deudor pierde su vivienda en función de un juicio ejecutorio o proceso de quiebra, puede elegir permanecer en la vivienda como inquilino sujeto al régimen de arrendatario protegido. La vivienda será vendida con el deudor viviendo en ella[42] y pagando mensualmente al dueño (es decir, a quien compró la vivienda) una suma de alquiler muy pequeña.

La pregunta es por qué quien no paga su deuda o está en quiebra debería quedar en la vivienda como arrendatario protegido, cuando esta condición impide vender la vivienda desocupada con el consecuente perjuicio a los acreedores. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han juzgado esta protección como excesiva. De por sí, la jurisprudencia ve como desfavorable todo el régimen del arrendamiento protegido, ya que es considerando una intervención desmedida en la libertad de contratación. De ahí que la jurisprudencia en el *caso Freminger*[43] haya restringido la aplicación de esta defensa del deudor a los casos en que la vivienda esté registrada en el Registro de la Propiedad[44] y en que el deudor esté efectivamente viviendo en la casa.

Me permito opinar que en el caso de la ejecución de sentencia, hay determinados casos en que la venta de la vivienda ocupada por el dueño anterior (es decir, el deudor) convertido ahora en inquilino protegido, puede ser una solución justa. Tomemos el caso de que la deuda sea de un 40 por 100 del

---

[42] El comprar una vivienda que tiene un inquilino protegido, estará fundamentado por un interés en invertir. Se compra la vivienda con el inquilino. Si él abandona la vivienda (o es desalojado, como por ejemplo, en el caso de que no pague el correspondiente alquiler), el dueño se queda con un inmueble al que puede vender por un valor considerablemente mucho mayor que el que compró.

[43] Véase, *Freminger v. Mor*, *Fallos de la Corte Suprema* 50 (5) 111 (1996).

[44] Y no sólo en la compañía constructora y en la administración nacional de tierras. En Israel no todas las viviendas están registradas en el Registro de la Propiedad debido a que el catastro no está completo.

valor de la vivienda y el deudor no disponga de fondos para pagarla. Puede ser económicamente conveniente que la vivienda sea vendida como ocupada. El acreedor recibirá su parte; el deudor pagará su deuda y no tendrá problemas para buscar una nueva vivienda, continuando como inquilino protegido de quien compró la vivienda.

Resumiendo

En los hechos, a los efectos de proteger al deudor cuya vivienda es vendida, la ley israelí disminuye el precio que el acreedor (o el síndico de la quiebra) puede obtener por la realización del bien, sea porque se descuenta del mismo una suma destinada a acomodación alternativa, sea porque al venderse la vivienda ocupada, el precio de la realización será desde ya mucho menor que si la vivienda estuviese desocupada.

Los casos de ejecuciones de vivienda por deudas distintas de hipotecas no son muchos, y generalmente la cuestión aparece en el caso de una quiebra donde incluso a veces el mismo deudor puede estar interesado en finalizar el proceso de quiebra y recibir el descargo mediante la venta de su casa.

Pasaré ahora a centrarme en las deudas hipotecarias.

III. EVOLUCIÓN DE LA DEFENSA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN ISRAEL

A lo largo de los años se han legislado en Israel una serie de regulaciones en lo referido a la ejecución de hipotecas destinadas a la vivienda. Tres han sido las más importantes reformas:

— Limitación a la ejecución de los garantes de un deudor hipotecario.
— Restricciones al inicio del trámite de liquidación de la hipoteca y a la realización del bien.
— Otorgamiento del beneficio de recibir dieciocho meses de alquiler para el deudor desalojado a consecuencia de la realización de la hipoteca.

Toda esta normativa avanza en un mismo sentido: dar a la parte más débil en el contrato de hipoteca defensas contra el sistema bancario, del que se espera que asuma la mayor porción del riesgo.

1. Protección a los garantes hipotecarios

Durante muchos años era una práctica aceptada en Israel que el crédito hipotecario se concedía contra la firma de cinco garantes. Cuando el deudor no cumplía con su obligación, el banco prefería no ejecutar la vivienda y en cambio proceder contra los garantes. Esto se debía a que la Ley de Garantía sancionada en 1967 estaba estructurada sobre un régimen de beneficio de exclusión sumamente flexible: después de reclamada la deuda al deudor principal (bastando simplemente una carta al respecto)[45], el acreedor quedaba libre de proceder contra los garantes. Es verdad que, de acuerdo al principio de subrogación, los garantes podrían emprender las acciones legales contra el deudor, pero esto en los hechos no era muy común: el deudor se quedaba en la vivienda y los garantes tenían que pagar la deuda.

Esta situación fue corregida por la reforma a la Ley de Garantías de 1992 (complementada por la reforma de 1995)[46] que estableció, entre otras cosas, que en el caso de préstamos hipotecarios para vivienda (hasta una suma determinada)[47], el acreedor no procederá contra los garantes sino después de haber agotado las vías ejecutivas pertinentes, es decir solamente después de haber realizado la vivienda, o de demostrar que no existe posibilidad real de hacerlo.

Esta reforma trajo como consecuencia no sólo que el sistema bancario comenzó a solicitar un número menor de garantes (en muchos caso se puede obtener hoy hipotecas sin garantes o con uno o máximo dos), sino que se incrementó el número de desalojos de deudores que no pagaban la hipoteca.

De ahí que la situación del deudor hipotecario se tornó más problemática y la ejecución más amenazante.

2. Limitación a la iniciación del proceso de ejecución

El segundo momento del proceso de evolución de la reforma del estatus de los deudores hipotecarios estuvo dado por el establecimiento de un nuevo régimen de iniciación del proceso de ejecución del inmueble hipotecado.

La práctica bancaria israelí era que, con el no pago de una o dos de las cuotas de crédito hipotecario, el banco podía iniciar el procedimiento de ejecución y, de acuerdo a los términos del contrato, demandar el pago de la totalidad del préstamo. Más aún, se daba la situación casi absurda de que inclusive si el banco aceptaba llegar a un acuerdo con el deudor y cerrar el legajo de ejecución tras recibir únicamente el dinero del atraso, el deudor debía pagar la totalidad de

---

[45] Artículo 18 y sigs. de la Ley de Garantías (1967).

[46] Sobre esta reforma, véase Bar Kahan R. (2006), *Contrato de Garantía*, Tel Aviv: Shiraz, págs. 469 y sigs. (en hebreo).

[47] Al momento de preparar este trabajo la suma es aproximadamente 130.000 US$.

los honorarios del abogado del banco, los cuales se calculaban sobre el importe del total del préstamo que había motivado el inicio del proceso. ¡Muchas veces el deudor podía llegar a un acuerdo con el banco, pero no con el abogado!

Se puede argumentar que este sistema tenía un efecto preventivo: sabiendo las duras consecuencias de un atraso en el pago, el deudor previsor se debía cuidar seriamente de no caer en mora, ya que las consecuencias eran muy graves. Sin embargo, es sabido que el atraso en el pago de las deudas hipotecarias no es siempre consecuencia de fraude o imprevisión sino consecuencia de dificultades pasajeras. Hay aquí la posibilidad de un efecto «bola de nieve»: un pequeña deuda alcanza proporciones exageradas y termina por llevar al deudor a una total insolvencia.

En el año 2002 fue introducido el artículo 81(b1) a la ley de ejecuciones. En un solo —y extenso— artículo, el legislador israelí estableció una serie de limitaciones al acreedor hipotecario para realizar la vivienda del deudor. El artículo se aplica únicamente a los casos de hipotecas para vivienda otorgadas por bancos o entidades crediticias. En caso de atraso o no pago de la hipoteca, se le otorgan al deudor moroso ciertas facilidades para permitirle evitar la venta de la vivienda o hacerlo en condiciones más favorables.

Reseñaré los principales puntos de este artículo:

1. No se permite abrir el proceso de ejecución de la sentencia sino después de transcurridos seis meses del no pago del crédito. El periodo de seis meses se contará desde el primer mes de atraso o, si el reembolso de la hipoteca se debiera hacer en un solo pago, desde la fecha en que este pago tuvo que ser efectuado. El plazo de seis meses es arbitrario, pero puede ser considerado como un plazo razonable para ver si el deudor puede o no encontrar el camino del pago debido.
2. Pasados estos seis meses de atraso en el pago del préstamo, el banco efectivamente puede iniciar los procedimientos pero sólo por la suma debida (y no por el total del crédito, como antes de la reforma). Sólo en el caso de que el deudor no cumpla con el apercibimiento del pago de la deuda, la demanda de ejecución se actualizará conforme a la suma del total del préstamo adeudado.
3. A diferencia de lo que ocurría antes de esta reforma, los honorarios del abogado encargado de la ejecución serán calculados sobre la base de la deuda efectiva (los meses que adeuda) y no sobre el monto total de la hipoteca. Sólo en el caso de que el deudor no pague la deuda y se proceda a la ejecución del inmueble, el abogado sí cobrará sus honorarios sobre la base del monto total de la deuda (o más precisamente sobre el monto obtenido por la venta del inmueble).
4. A los efectos de maximizar la ganancia, la ley permite al deudor que venda él mismo la vivienda. A tales efectos debe comunicar su voluntad

en ese sentido dentro de los veinte días de haber recibido la notificación de apertura del procedimiento ejecutorio[48]. Esta posibilidad está destinada a posibilitar la obtención de un mayor precio por la venta, lo cual redundará en beneficio del deudor y también del acreedor, ya que cuando la vivienda es rematada se obtiene generalmente una suma algo menor y se deben descontar los honorarios del abogado-liquidador.

5. Dentro de los noventa días del nombramiento del abogado liquidador, el deudor estará autorizado a cerrar el procedimiento pagando la deuda, o incluso pagando la mitad de la misma si puede garantizar eficientemente que pagará el resto dentro de los 180 días.
6. Estas ventajas al deudor no se aplican en todos los casos. El artículo 81(b) fija una serie de excepciones que, de tener lugar, no permitirán al deudor acogerse a los beneficios anteriormente señalados. Así, si el deudor abandonó el país, fue declarado en quiebra o intentó defraudar al acreedor, el acreedor podrá proceder a la realización del inmueble sin tener que esperar los seis meses de plazo de gracia y sin necesidad de acordar al deudor el derecho de vender él mismo el bien en cuestión. Lo mismo sucederá si la deuda es de más del 10 por 100 del total del préstamo. Se puede entender que en estos casos el acreedor pueda proceder sin esperar los seis meses. Menos convincente me parece la exclusión de la posibilidad de vender la vivienda por sí mismo: esta posibilidad debería ser siempre una opción abierta, pues en definitiva puede redundar en beneficio tanto del deudor como del mismo acreedor.

Si nos detenemos un momento en esta normativa, vemos que el artículo 81(b1) no plantea un caso de inembargabilidad y no hay en definitiva una limitación a la posibilidad del acreedor hipotecario de realizar el bien. La nueva normativa no intenta atacar las causas de incumplimiento sino que trata de mitigar lo que es percibido como efectos no deseados de malas prácticas bancarias. Se crea un marco que es menos estricto para el deudor, a los efectos de evitar su caída total a consecuencia de una deuda transitoria. Se trata de una regulación en la que se entrecruzan consideraciones utilitarias (maximizar el precio obtenido, evitar procedimientos superfluos) y de protección social (evitar una caída total del deudor por una dificultad transitoria).

Esta reforma no daba una solución al deudor que perdió su vivienda. Para ello habría que esperar hasta el 2009, en que entró en vigencia la reforma número 29 a la Ley de Ejecuciones. A la misma dedicaré el resto de este trabajo.

---

[48] En el Derecho israelí se nombra generalmente al abogado del acreedor como liquidador (*kones nejasim*), en forma similar a lo que se conoce en el Derecho anglosajón como *receivership*.

IV. SOLUCIÓN HABITACIONAL PARA EL DEUDOR HIPOTECARIO

Tal como lo expliqué, en el caso de deudas comunes el deudor tiene derecho a recibir lo que se conoce en Israel como arreglo habitacional alternativo o, en algunos casos, incluso quedar como arrendatario protegido. Sin embargo, estas defensas no eran aplicadas para el caso de deudor hipotecario, ya que la misma Ley de Ejecuciones (y la Ley sobre Arrendamientos Protegidos) permitían que el deudor no tuviera derecho a ellas. Analizaré esta regulación, antes y después de la reforma del año 2009.

Establecía el artículo 38(c) (hasta su reforma):

> Las disposiciones del inciso (a)[49] regirán también en la ejecución de hipotecas, salvo que la hipoteca haya sido inscripta antes de la entrada en vigencia de esta ley[50], *o si se especificó en el título hipotecario que el deudor no estará protegido por este artículo* (mi énfasis).

Un texto similar lo encontramos en la Ley de Quiebras. La renuncia también es una posibilidad que aparece en el artículo 33(a) de la Ley de Arrendamiento Protegido.

Es decir, la ley no prohibía o limitaba la acomodación alternativa (o la posibilidad de recibir arrendamiento protegido) en el caso de la hipoteca, sino que lo dejaba librado a la voluntad de las partes, quienes debían acordar (al momento de la conclusión del contrato) si las protecciones establecidas por la ley se aplicaban al caso concreto. Tenemos entonces que el Derecho israelí planteaba cuatro alternativas a quien tomaba un crédito hipotecario[51]:

1. Que no haya renuncia ni al arreglo alternativo ni a la posibilidad de quedar como inquilino protegido. En tal caso, llegado el momento de la ejecución de la vivienda, el deudor tendría derecho o bien a permanecer en la misma como arrendatario protegido, o bien recibir acomodación alternativa, en las mismas condiciones que un deudor no hipotecario.
2. Una segunda posibilidad es que se hubiera establecido en el contrato de hipoteca la renuncia al derecho de permanecer como arrendatario protegido, pero sin renunciar a la acomodación alternativa.
3. Una tercera posibilidad es que el contrato hipotecario establezca la renuncia al derecho de acomodación alternativa, pero calle con respecto al derecho de permanecer como arrendatario protegido. En cualquiera

[49] Se refiere al otorgamiento de solución habitacional alternativa, al que hice referencia anteriormente.

[50] La Ley de Ejecuciones entró en vigencia en 1969.

[51] Ver Weisman, J. (2010), «La ejecución de hipotecas de inmuebles destinados a vivienda», en *Merkakaim,* vol. 9 (4), págs. 1, 7 y sigs. (en hebreo).

de estos dos casos, el deudor podrá optar por la respectiva opción a la que no había renunciado.

4. La cuarta opción es que en el texto de la hipoteca se incluya la renuncia por parte del deudor a ambos derechos. Esta era la opción más común y la que —independientemente de las consideraciones sociales a las que nos referimos antes con respecto a la vivienda— guarda más lógica con el derecho de las hipotecas: quien acepta un inmueble como garantía de un préstamo, pretende que en caso de incumplimiento le sea posible liquidar el inmueble sin tener que tomar en cuenta las potenciales necesidades de techo del deudor o de su familia.

Es dable entender que había una brecha entre el texto de la ley y la realidad comercial, ya que la ley planteaba la renuncia como una cuestión de voluntad autónoma de las partes, lo cual no es tan así. Es fácil entender que la negociación no es muy posible, ya que el acreedor hipotecario puede negarse a dar el crédito si el deudor se empecina en mantener su derecho a arreglo alternativo o a recibir el estatus de arrendatario protegido en el caso de no pagar el crédito. El acreedor hipotecario, casi por definición, difícilmente estará dispuesto a recibir una garantía limitada.

En la práctica, los contratos bancarios incluían una cláusula de renuncia a ambos derechos, y el deudor al aceptar el préstamo aceptaba renunciar a cualquier pretensión de acomodamiento alternativo[52].

Durante muchos años, la jurisprudencia dio por sentado que efectivamente la renuncia establecida en el contrato de hipoteca es suficiente como para evitar cualquier solicitud de arreglo acomodacional por parte del deudor hipotecario. Sin embargo, paulatinamente se fue adoptando una posición más crítica respecto de esta renuncia. La cuestión de la protección del deudor hipotecario se fue concentrando en un problema de interpretación de la voluntad contractual, es decir, en qué medida la renuncia al derecho a acomodación alternativa (o de arrendatario protegido) es la consecuencia de una voluntad contractual libre.

V. INTERPRETACIÓN DE LA RENUNCIA A LA ACOMODACIÓN ALTERNATIVA

En el tema de la renuncia a la acomodación alternativa vemos que la jurisprudencia se fue desplazando entre distintos contextos en los que puede aparecer el problema: si el acuerdo hipotecario es con un banco o con una entidad extra-

[52] De por sí, dado que era posible reclamar contra los garantes, tal como lo expliqué anteriormente, en consecuencia el eventual desalojo del deudor no llegaba con demasiada frecuencia a los tribunales.

bancaria, si el deudor hipotecario es deudor principal o garante, y si se trata de un deudor que actuó de buena fe o hubo un intento de defraudar al acreedor:

- El primer eslabón fue el *caso Rozner*[53]. Aquí se planteó el tema de una hipoteca no bancaria, en la cual el acreedor señaló en el contrato que el deudor renunciaba a toda defensa de derecho a la vivienda y arrendamiento protegido. La renuncia estaba formulada en términos amplios, aunque no se hacía referencia expresa al artículo de la Ley de Ejecuciones que establece la renuncia. La Corte Suprema consideró que la renuncia debe incluir la expresa referencia a los artículos de la ley y que, no habiendo sido citado el número del artículo, el deudor tenía derecho a acomodamiento alternativo.
  Se trata de una decisión formalista que se aferra a la falta de cita del número de artículo de la ley en el contrato, para justificar el otorgamiento de la defensa al deudor. Puede ser visto como correcto dar al deudor una ventaja como lo es el derecho a acomodamiento alternativo. Sin embargo, no creo que, como regla, se pueda decir que la expresa mención del número de artículo es realmente un requisito necesario. La gran mayoría de los deudores hipotecarios no está al tanto de la numeración de los artículos o incluso de las leyes que tratan la materia.
  La solución es también, en cierta medida, irrelevante cuando se trata de hipotecas bancarias, ya que en este caso el contrato es un contrato de adhesión[54], que en forma automática incluye la mención de los artículos que establecen la renuncia al derecho de ser arrendatario protegido o recibir acomodación alternativa. En mi opinión, si queremos centrarnos en la protección de los derechos de los deudores, el problema no pasa por citar o no citar el número del artículo.
- Un segundo caso que merece ser señalado fue la decisión en el *caso Speizman*[55], donde se adoptó una solución distinta a la adoptada en Rozner, aunque en un contexto fáctico también distinto. En este caso el acreedor era una institución bancaria. Se trataba de una deudora que intentó defraudar al banco. Speizman firmó un contrato ficticio de venta de su vivienda. De acuerdo a este contrato, ella recibió del banco Mishkan la suma de dinero que el comprador (ficticio) «pagó» por la casa. Al recibir esta suma y para garantizar los derechos del banco, firmó lo que se conoce en Israel como «obligación de hipoteca», documento previo al acta hipotecaria. Speizman intentó quedarse con el dinero sin inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad, pero el banco logró frustrar este manejo,

[53] *P.F.A. Establishment v. Rozner*, *Fallos Corte Suprema* 49 (5) 215 (1996) (en hebreo).
[54] Véase también, a continuación, la sección VII, 7.
[55] *Mishkan Bank Hapoalim le Mashkantaot v. Speizman*, *Fallos Corte Suprema* 47 (2) 145 (2003) (en hebreo).

y Speizman, no pudiendo devolver el dinero, fue obligada a firmar e inscribir el acta hipotecaria correspondiente para que la casa fuera vendida. El acta hipotecaria incluía la cláusula de renuncia al derecho de arreglo habitacional. Como esta renuncia no figuraba en el contrato originario, Speizman alegó que ella no estaba obligada ahora a aceptar tal renuncia. A diferencia de Rozner, aquí la Corte decidió que las circunstancias del caso y el hecho que se trataba de un negocio fraudulento hacían que hubiese que dar una interpretación más amplia al artículo, restringiendo la defensa aun en el caso de que el contrato no incluya una referencia expresa a los artículos de la ley que permiten la renuncia al arreglo habitacional alternativo. La Corte estableció que, sabiendo la deudora sobre la existencia, en la hipoteca que ella se había comprometido a registrar, de la cláusula de renuncia, no podía invocar que tenía derecho al beneficio de acomodación alternativo o a recibir el estatus de inquilino protegido. La Corte hizo una evaluación de la buena fe de las partes y decidió que no cabe invocar el precedente de Rozner cuando la conducta del deudor es fraudulenta.

- El tercer momento de la evolución —y por demás el más significativo— es el *caso Mister Money*[56]. Se trató aquí no exactamente del deudor hipotecario sino de una garante, en este caso la madre del deudor, quien hipotecó la vivienda a los efectos de permitir el crédito al hijo. El hipotecante no era un banco como en el caso anterior, sino una firma privada de crédito (lo que en Israel se conoce como «mercado gris»), y en este caso la renuncia al acomodamiento alternativo estaba perfectamente formulada. Como el deudor no devolvió el dinero, Mister Money empezó el proceso de ejecución de la vivienda.
  La madre argumentó que ella no sabía qué era exactamente lo que firmaba (argumento que se conoce como *non est factum*) y que por lo tanto la hipoteca no era válida. La Corte no aceptó la opinión de invalidez de la hipoteca y decidió que el no pago de la deuda autorizaba a Mister Money a realizar la vivienda como acreedor hipotecario. Pero la Corte decidió, volviendo al caso Rozen, que la renuncia a la acomodación alternativa no era válida. La Corte Suprema decidió que para que la renuncia sea válida no sólo el deudor debe entender la renuncia, sino tener en claro el derecho a acomodación alternativa y que renuncia al mismo.

Tal como lo señalé, el problema es que la ley israelí, al establecer un sistema basado en la renuncia al derecho, traslada el problema a una cuestión sobre los límites del consentimiento contractual. Es dable suponer que si la ley israelí

[56] *Mister Money v. Reiz*, *Fallos Corte Suprema* 48 (3) 934 (2004).

hubiera establecido lisa y llanamente que las defensas de la Ley de Ejecución no tienen lugar en el caso de contratos hipotecarios, la evolución jurisprudencial hubiera sido distinta.

Pienso que esta disyuntiva fue lo que llevó a la jueza Dorner en el caso Mister Money, en una opinión *obiter*, a considerar (a mi juicio erróneamente) que probablemente la mejor solución sería que el acomodamiento alternativo sea una solución obligatoria (*ius cogens*) que se aplica a todos los deudores, incluidos los deudores hipotecarios, sin entrar en la digresión si el deudor renunció o no. Esta opinión tuvo influencia en el futuro de la legislación, tal como explicaré a continuación[57].

Paulatinamente, los tribunales fueron adoptando las pautas establecidas en Mister Money también para el caso de hipotecas bancarias. Esta jurisprudencia destacó la «libre voluntad contractual», sin entrar demasiado en las particulares características del mercado de créditos hipotecarios o en las consecuencias económicas del hecho de dar al deudor moroso la posibilidad de obtener una solución habitacional a expensas de los derechos del acreedor. Vemos así una posición más decisiva de los tribunales israelíes en favor del análisis de las condiciones contractuales, tomando en cuenta la posición del deudor al firmar el contrato. Prefiero no entrar en detalles respecto a la postura que los tribunales asumen en los casos en que se plantean dudas sobre la forma en que se desarrolló la negociación entre el banco y el cliente. Hay quienes sostienen que el enfoque de los tribunales en este tema ha sido más bien limitado y formalista[58], en el sentido de que no han querido acentuar demasiado la obligación de información que el sistema bancario debería asumir frente al tomador de crédito cuando se otorga un crédito hipotecario.

De todos modos, el legislador se dio por enterado de la conflictiva situación que se había planteado y decidió intervenir y reformar la ley, para ponerse a tono con la jurisprudencia pero a la vez «suavizar» sus efectos.

VI. LA REFORMA A LA LEY DE EJECUCIONES: ACOMODACIÓN ALTERNATIVA «PARA TODOS»

Tal como ya lo señalé, en 2009 entró en vigor una comprensiva reforma a la ley de ejecuciones en Israel. La idea que motivó esta reforma fue crear un marco más efectivo y eficiente para la ejecución de deudas, dando a los deu-

---

[57] Más allá de si es acertado a no (personalmente tengo mis reservas), demuestra la interacción que puede haber entre las opiniones de los jueces —aun cuando se trate de *obiter*— y el desarrollo de la legislación.

[58] Véase BEN OLIEL, R. (2010), «La hipoteca bancaria en general y la hipoteca sobre inmueble destinado a vivienda en particular. Reseña crítica», en *Din Ud'varim,* vol. 5, págs. 119, 166 (en hebreo). Véase también nota 62.

dores mecanismos de defensa que garanticen sus derechos básicos sin que los mismos frustren los legítimos derechos de los acreedores a recibir lo que les corresponde. La reforma suprime[59] la prisión por deudas (salvo para el caso de los alimentos) y la reemplaza por un sistema de restricciones al deudor (como por ejemplo la suspensión de la licencia de conducir)[60], crea un marco de ejecuciones rápidas para acreedores de pequeñas deudas, consagra la preferencia del primer embargante sobre los embargos posteriores, etc.

Uno de los cambios fundamentales de esta reforma es la extensión del derecho de acomodación alternativa al caso de crédito hipotecario, estableciendo que también el deudor hipotecario tendrá derecho a arreglo habitacional alternativo, aunque limitado temporalmente.

El nuevo artículo 38(c) establece:

1. Las disposiciones de este artículo [la referencia es al derecho de arreglo acomodacional alternativo, P.L.] se aplican a la ejecución de hipoteca o de prenda.
2. A pesar de lo establecido en el inciso 1, sí se estableció en el contrato de hipoteca o de prenda que la acomodación alternativa que está a disposición del deudor será de acuerdo a este inciso y no de acuerdo a los incisos (a) y (b), y siempre y cuando se le haya explicado al deudor el significado de la renuncia en un lenguaje claro que él entienda, tendrán lugar las siguientes disposiciones con respecto a la acomodación alternativa:

   a) El monto de la acomodación alternativa será de un valor que le permita al deudor alquilar una vivienda en la zona donde vivía conforme a las necesidades del deudor y la familia que vive con él por un periodo que no exceda los dieciocho meses. Sin embargo, el oficial de ejecución puede poner a disposición del deudor una acomodación alternativa por un periodo más prologando si encuentra que hay circunstancias especiales que así lo justifican.

   […]

Es decir, el nuevo articulado reconoce que en el caso de no pago de una hipoteca, aunque el deudor haya renunciado al arreglo habitacional, tal renuncia no impedirá que el deudor tenga derecho a lo que podíamos definir como un arreglo habitacional alternativo «limitado» (de dieciocho meses), siempre y cuando se le haya explicado el significado de la renuncia. Si así no se hizo, tendrá derecho a arreglo habitacional más amplio conforme a las reglas que

[59] Al menos en forma temporaria hasta el año 2014, en que el tema volverá a ser estudiado por el Parlamento.

[60] Artículo 66 de la Ley de Ejecuciones.

rigen en los juicios no hipotecarios (es decir, no limitado a dieciocho meses sino de acuerdo al criterio del oficial de ejecuciones).

Es dable detenerse en algunos puntos de esta normativa:

1. *Alquiler de dieciocho meses:* Quizás el punto más importante en la ley es el derecho que tiene el deudor de recibir, del total del dinero que se obtenga por la venta del inmueble, una suma que le permita alquilar una vivienda por un lapso de un año y medio. Estos dieciocho meses de alquiler no desaparecen de la deuda. El banco los puede seguir reclamando del deudor, quien en algún momento deberá afrontar de sus ahorros el pago de esta diferencia entre el total de la deuda y los dieciocho meses que recibió para cubrir temporariamente la falta de vivienda.
   La idea de limitar la protección del deudor a dieciocho meses representa una fórmula de compromiso entre posturas contrapuestas. Por un lado, la posibilidad de dejar librado a la discreción judicial el otorgamiento de la defensa, lo cual puede crear una incertidumbre en el sistema bancario. La fijación de un plazo está destinado a permitir al sistema bancario un cálculo de riesgos. Los dieciocho meses son un periodo menor que el promedio de la ejecución común, donde normalmente, tal como lo indiqué, el deudor recibe tres a cinco años de alquiler[61]. Por otro lado, estos dieciocho meses conceden al deudor acuciado una suerte de «respiro», aunque es claro que no pueden ser una solución al problema de la vivienda sino sólo un paliativo.
2. *El lugar de la nueva vivienda:* La ley establece que el importe de los dieciocho meses de alquiler debe basarse en el precio de alquiler de una unidad en la zona donde vivía el deudor. La idea es que quien ha perdido su vivienda debe tener la posibilidad de continuar viviendo en el mismo entorno social y cultural donde estaba radicado. Además, esta disposición evita discusiones entre el deudor y el acreedor sobre el monto de alquiler sobre el cual deben calcularse los dieciocho meses. Como es sabido, los importes de alquiler varían de zona a zona: el deudor podría reclamar el alquiler que se paga en una zona más cara de aquella en que vive y el acreedor, por su parte, podría ofrecer el alquiler en una zona mucho más barata.
   Continuar con el nivel que tiene el deudor en el momento del desalojo para fijar el alquiler es una solución justa y a la vez eficiente. Así y todo, suponiendo que viva en una zona donde los alquileres son elevados, el

[61] En el Derecho inglés encontramos que en el caso de quiebra el deudor tiene derecho a permanecer en la vivienda por un año desde el momento de la declaración de la quiebra. Este plazo le permitiría al deudor tratar de encontrar una solución a su problema. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.insolvency.gov.uk/pdfs/guidanceleafletspdf/home.pdf> (última visita 23-6-2013).

deudor puede elegir recibir el dinero de acuerdo al cálculo hecho sobre la zona en donde está su vivienda y alquilar en un lugar más barato, gozando de un periodo de alquiler más largo.

3. *Obligación del banco de proporcionar información:* La reforma sigue tomando en cuenta el deber de información del banco, deber que había sido remarcado por la jurisprudencia[62]. Se establece que si se comprueba que el banco faltó a este deber, el acomodamiento alternativo se regirá por las normas generales y no por las particulares de la hipoteca, es decir, el juez no estará limitado a los dieciocho meses sino que podrá extender el plazo. Tenemos entonces que la falta de información por parte del banco tiene como efecto cambiar el grado de protección que recibe el deudor hipotecario. Al momento de otorgar el crédito, el banco debe constatar no sólo que el deudor sabe *que* renuncia sino también sabe *a qué* renuncia. El deudor tiene que tener claro que la ley le otorga un derecho (habitacional) en caso de incumplimiento, pero que él elige renunciar al mismo para obtener el préstamo.

   Se puede opinar que, en líneas generales, este deber de información se encuadra en la obligación del banco de dar información a sus clientes sobre estados contables, créditos o actividad financiera que tal cliente desarrolla en tal entidad bancaria. La información que es requerida por los bancos está generalmente relacionada a costos de la transacción[63]. En el caso de la hipoteca para vivienda, en lo referido a la acomodación alternativa el deber de información tiene características particulares. Este deber de información del banco no rige para aspectos de la contratación entre el banco y el cliente, sino con respecto al derecho que la ley establece con respecto a la acomodación alternativa, para el caso de incumplimiento del contrato.

   El sistema bancario debe tener cierta infraestructura para facilitar que el deudor llegue a recibir esta información: el empleado debe estar al tanto de lo que debe informar al cliente, los formularios deben estar claramente formulados, etc. Sin embargo, no toda la carga cae siempre sobre el banco: se ha decidido que si el deudor se asesoró con su abogado, tal deudor no puede alegar que no recibió suficiente información del banco[64].

---

[62] Sobre la obligación de información de los bancos en Israel, puede verse Ben Oliel, Ricardo (1996), *Derecho Bancario - Parte General,* Jerusalem: Sacher, págs. 81 y sigs. (en hebreo); Plato-Shinar, Ruth (2010), *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: Editorial Colegio de Abogados, págs. 199 y sigs. (en hebreo).

[63] Ogus, A. (2004), *Regulation Legal Form and Economic Theory,* Oregón: Hart, págs. 121 y sigs.

[64] Véase, *Banco Higud LeIsrael v. Lupo*, *Fallos de la Corte Suprema* 54 (2) 559 (2000).

Debe recordarse que la cuestión de la renuncia aparece varios años después de la conclusión del contrato y entonces pueden surgir problemas de pruebas.

4. *Asesoramiento jurídico:* La ley establece que, en todo caso de desalojo por juicio de ejecución (tanto si se trata de una deuda común basada en una sentencia o de un juicio hipotecario), el deudor tiene derecho a una suspensión de la ejecución por un plazo de hasta treinta días a los efectos de conseguir asesoramiento jurídico. La ley quiere evitar que una medida tan grave para el deudor como lo es la pérdida de la vivienda pueda ser adoptada sin que el deudor tenga asesoramiento sobre sus derechos, incluida la determinación de la suma que le corresponde. De más está decir que lo deseable sería que también el futuro deudor se asesorase, en el momento de sacar la hipoteca, sobre los alcances jurídicos y los riesgos de esta decisión. Más allá de la importancia del asesoramiento jurídico en el caso del desalojo, esta disposición nos recuerda el papel que juega la presencia de un abogado a la hora de corregir o amortizar conflictos, sobre todo aquellos que tienen transfondos sociales. Es importante garantizar que los distintos sectores de la sociedad tengan un adecuado acceso a la justicia y que siempre tengan la posibilidad de defender sus derechos con el respaldo técnico de un profesional. De no ser así, la protección establecida por la ley se torna vacía de contenido.
5. *Arrendamiento protegido:* La reforma no entró en la cuestión del arrendamiento protegido y no reformó la ley en ese sentido. Por lo tanto la renuncia al arrendamiento protegido realizada en el contrato de hipoteca tiene pleno valor. Más aún, teniendo en cuenta que tal como lo expliqué la jurisprudencia ve con cierto desfavor el otorgamiento de estatus de inquilino protegido al deudor, difícilmente se pueda llegar a casos en los cuales quien no pagó su hipoteca pueda quedar como arrendatario protegido, y en ese sentido la reforma no cambia la situación legal existente.
6. *Vigencia de la reforma:* La reforma se aplica a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Es decir, que la ley crea dos categorías de deudores:

   — aquellos que recibieron el crédito antes de mayo de 2009 (y que no están protegidos por la ley y por lo tanto no tienen derecho a la protección de los dieciocho meses);
   — aquellos que recibieron su crédito después de esa fecha y tendrán derecho a la protección.

   Con respecto a la primera categoría, de todos modos la ley sí le otorga una prerrogativa: podrán reclamar acomodación alternativa si demues-

tran que cuando se concluyó el contrato con el banco no se les explicó la naturaleza de la renuncia a la acomodación alternativa.

Hay quienes plantean que esta distinción entre contratos nuevos y viejos es criticable: si realmente la renuncia es abusiva, ¿por qué limitarla a los contratos nuevos?[65] Personalmente pienso que la distinción es justificada; el banco que entregó una hipoteca lo hizo sobre la base de una expectativa de restitución según la cual podría recibir la totalidad del ingreso proveniente de la venta. Es mejor ser prudente antes de cambiar retroactivamente las reglas de juego comerciales.

VII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DEL DEUDOR

La reforma al artículo 38 no se refiere a la medida en la que la renuncia al acomodamiento alternativo afecta también a quienes no fueron parte del contrato: los hijos menores de edad del deudor. Durante mucho tiempo se dio por sentado que si la renuncia del deudor (es decir, quien recibió el crédito hipotecario) es válida, entonces es aplicable a los hijos que viven en la vivienda. Una interesante evolución jurisprudencial pone en tela de juicio esta premisa.

De acuerdo a la ley israelí, los contratos de adhesión están bajo la supervisión del Tribunal de Contratos de Adhesión, que debe dar la autorización para una cláusula que pueda ser considerada abusiva[66].

El Banco Tefajot presentó un contrato tipo de otorgamiento de crédito hipotecario para ser aprobado por el Tribunal de Contratos de Adhesión, y este tribunal observó y rechazó determinadas partes del mismo. Entre otras cosas, consideró que la renuncia del deudor al acomodamiento alternativo incluyendo a sus hijos menores de edad que viven con él, era una cláusula abusiva. De acuerdo al tribunal, el hijo menor de edad no renuncia por sí mismo al derecho a vivienda y no está representado en la transacción. Consecuentemente, al no poder ser aplicada la renuncia a los hijos menores de edad, estos conservarían un derecho a acomodación alternativa.

No estoy tan de acuerdo con que la renuncia al derecho a acomodación alternativa a nombre de los hijos menores de edad pueda considerarse abusiva. Las necesidades del crédito justifican dar margen de maniobra al sistema bancario, si la idea es dar crédito a familias en forma relativamente accesible. Si el banco tiene que tomar en cuenta los intereses de los hijos del deudor, quienes

---

[65] Véase, en el sentido de esta crítica, Ben Oliel, *op. cit.,* nota 58, pág. 162.

[66] Ley de Contratos de Adhesión (1982), artículo 18. Ben Oliel, R. (1996), *Derecho Bancario - Parte General,* Jerusalem: Sacher, págs. 81 y sigs. (en hebreo); Plato-Shinar, R. (2010), *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: págs. 199 y sigs. (en hebreo).

Ogus, A. (2004), *Regulation Legal Form and Economic Theory,* Oregón: Hart.

además no son parte del contrato, el banco deberá ser todavía más cauto en la entrega de hipoteca. Además, ¿quién debería dar el consentimiento del menor? ¿Es necesario que los padres obtengan la autorización judicial para firmar la renuncia del menor? De ser, así obtener una hipoteca para una familia con hijos puede transformarse en un procedimiento complejo y oneroso.

En una decisión, a mi juicio, acertada, la Corte Suprema decidió revocar el fallo del tribunal de primera instancia[67] y por lo tanto quedó en vigencia el régimen anterior según el cual la renuncia firmada por el deudor alcanza a los hijos menores de edad. Así y todo, y teniendo en cuenta los distintos avatares por los que ha pasado el derecho israelí en la materia, no sería de extrañar que se llegue en el futuro a una postura distinta de la aceptada hasta aquí.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES (TENTATIVAS) SOBRE LA REFORMA

Es todavía prematuro señalar puntos concretos de la influencia del artículo 38(c) en el mercado inmobiliario. Así y todo, es dable trazar algunas líneas sobre las probables consecuencias del nuevo régimen.

El legislador ha trasladado —en forma muy limitada— la solución de un problema social al sistema bancario. Esto no es tan descabellado: se puede opinar que quien lucra con la cuestión habitacional —los bancos hipotecarios— deben también poner su parte en la construcción de marcos que permitan solucionar aquellos casos en que el deudor se encuentra en una situación desesperante y sin salida. La cuestión en realidad se enmarca en una disyuntiva mucho más compleja: si queremos una sociedad basada en el respeto de las necesidades mínimas de toda la población y una red social que no deje a ciertos sectores fuera de toda posibilidad de alcanzar el techo propio, ¿quién debe pagar por ello? Es un error pensar que los problemas de vivienda pueden encontrar solución en el marco de proceso de ejecución.

Esta reforma no transforma al sistema de ejecuciones en una red social, sino que da o mejor dicho, intenta dar, una respuesta a la situación que surgió como consecuencia de un sistema de crédito hipotecario con manifestaciones algo abusivas y una jurisprudencia que intentó corregir tales abusos mediante una interpretación de una legislación que despertaba dudas. La consecuencia fue una normativa que suscita aun más dudas que la anterior.

Se puede caracterizar la nueva normativa como un eslabón importante en la cadena de defensa del consumidor[68]. A diferencia de la mayoría de la le-

---

[67] *Bank Habeinleuni ha Rishon v. The bank Authority* (2010) (fallo publicado en el sitio nevo http://www.nevo.co.il/psika_html/elyon/10002320-c21.htm).

[68] La protección al consumidor en Israel no es tan sólida. A pesar de existir una ley de defensa del consumidor y muchas leyes en torno al tema, la aplicación no es siempre todo

gislación de protección al consumidor, que normalmente protege a éste en el momento de la formación del contrato, el nuevo artículo 38(c) lo protege —limitadamente— en el momento de su incumplimiento, cuando la violación es siempre consecuencia de un hecho, o de una omisión (el no pago del préstamo) del consumidor mismo.

Esta protección del deudor, como la mayor parte de la regulación de la protección al consumidor, puede ser tildada de paternalista. Como es sabido, agrupamos dentro del término «paternalista»[69] la legislación que intenta proteger a sectores presumiblemente más débiles a través del establecimiento de marcos regulatorios, que en una forma u otra limitan la libertad de contratación.

El crédito se basa en una determinada asunción de riesgos por parte del acreedor. Cuando el acreedor reclama garantía hipotecaria lo hace para reducir los riesgos del incumplimiento. La disminución del riesgo guarda proporción con el tamaño de la garantía solicitada. La intangibilidad de la garantía hipotecaria refleja un cálculo económico basado en el tamaño del crédito que el acreedor está dispuesto a dar al deudor. A los efectos de distribuir los riesgos, la reforma altera la intangibilidad de la garantía hipotecaria.

En términos del mercado israelí, el alquiler de una vivienda alcanza aproximadamente entre un 4 y un 5 por 100 del valor del inmueble. Es decir, que la suma de un año y medio de alquiler suma entre el 6 y el 7,5 por 100 del valor de la vivienda. Este 6-7,5 por 100 se reducirá del precio que el acreedor obtenga. El nuevo artículo 38(c) sienta las bases para una particular distribución de los riesgos entre deudor y acreedor en el caso de incumplimiento. Este reparto —anticipado— de riesgos se basa entonces en un menoscabo de la intangibilidad de la garantía, y esto puede llegar a tener influencia sobre la forma en que el sistema bancario decida el otorgamiento de créditos hipotecarios.

Podría pensarse que la reforma beneficia al deudor que ha sido más irresponsable y que fracasa en el pago en fecha bastante próxima a la toma del crédito, ya que, si la dificultad aparece después de varios años de haber pagado la hipoteca, es lógico pensar que el deudor habrá solventado ya los intereses y que el crédito aún no pagado es menor que el valor de la vivienda. En ese caso, de la misma venta de la unidad quedaría una cantidad suficiente para

---

lo eficiente que debería ser. La discusión de este tópico ciertamente excede los límites de este trabajo.

[69] Sobre el paternalismo en el Derecho Privado puede verse, entre otros:. KRONMAN, A. (1983), «Paternalism and the Law of Contracts», en *Yale Law Journal,* vol. 92, págs. 763, 771; MEAD, L. (1997), «The Rise of Paternalism», en MEAD, L. (coord.), *The New Paternalism,* Washington: the Brookings Inst., pág. 1; DWORKIN, G. (1989), «Paternalism: Some Second Thoughts», en SARTORIUS, R. (coord.), *Paternalism,* Univ. of Minessota Press., pág. 105; SHAPIRO, D., «Courts, Legislatures and Paternalism» (1988), en *Vancouver Law Rev*., vol. 74, pág. 519; GLAESER, E. (2006), «Paternalism and Psychology», en *University of Chicago Law Review,* vol. 73, pág. 133; ZAMIR, E. (1998), «The Efficiency of Paternalism», en *Virginia Law Review,* vol. 84, pág. 229.

cubrir al menos un año y medio de alquiler, y entonces el banco no debería descontar del precio de la realización del inmueble ninguna suma destinada a cubrir el alquiler.

De por sí, el sistema bancario raramente otorga hipotecas que cubran ya no el 100 por 100 sino incluso el 90 por 100 del valor de la vivienda. Asumiendo que la hipoteca originaria cubriese menos del 90 por 100, y asumiendo que el no-pago de la hipoteca empezara después de cierto periodo durante el cual el deudor efectivizó los pagos, la realización del inmueble debería cubrir el pago de la deuda y dejar (después de deducir costas y gastos judiciales) una cierta suma que saldaría el importe destinado al acomodamiento alternativo.

Se puede preguntar si la reforma no puede crear en ciertos deudores la tentación de obtener el crédito hipotecario y no pagar la hipoteca, y de esa manera recibir los dieciocho meses de alquiler. Estaríamos aquí ante un caso de lo que el derecho americano denomina *efficient breach*[70], es decir, incumplir el contrato motivado por presuntos beneficios que tal incumplimiento puede reportar. Esta conclusión no es sólida. ¡No es lógico pensar que alguien invierta parte de su capital (porque el crédito hipotecario no cubre toda la casa), compre una vivienda y permita que se la rematen para quedarse con un año y medio de alquiler![71]

Desde el punto de vista del deudor, lo mejor sería poder comprar la vivienda con una hipoteca relativamente pequeña, pagando la casa con fondos propios. Si así fuera, y si el deudor no pudiera pagar su parte de la vivienda, entonces en el caso que no pagara la hipoteca la venta de la vivienda dejará de todas formas una suma que le permitirá al deudor cubrir su necesidad habitacional al menos por un lapso considerable.

Creo que tenemos que pensar esta reforma no tanto desde el ángulo del deudor sino del acreedor, es decir el banco. Parecería lógico que, sabiendo que en caso de incumplimiento el valor del bien es menor (debido a que una parte de él se destina a acomodación alternativa), el banco sea más cauto al conceder crédito. Podría ser que se produzca una reducción del crédito hipotecario, ya que el banco entregará menos dinero al deudor, tomando en cuenta que, en caso de incumplimiento de la obligación de pago, la suma de realización de la vivienda será menor debido a la deducción del alquiler[72].

Otra variable que puede reflejar el costo potencial involucrado en la posibilidad de tener que pagar al deudor la vivienda por un año y medio es el costo del interés. En la medida que el sistema bancario quiera compensar la posible

---

[70] Véase, por ejemplo, CALAMARI, J., PERILLO, J. (2003), *On Contracts*, 5th. ed, West, pág. 619.

[71] Que, tal como lo expliqué, puede ser recuperado por el banco en el marco de una demanda monetaria en otro proceso que se puede llevar a cabo contra el deudor por la diferencia impagada.

[72] Véase WEISMAN, *op. cit.,* pág. 15.

«pérdida», aumentará el interés que cobra al público por el dinero prestado, para «compensar» eventuales pérdidas. Se puede concebir que los bancos requieran también que el futuro deudor asegure el pago de la diferencia que le correspondería en el caso de recibir la acomodación alternativa, lo cual llevará a que el mutuario tenga que pagar un extra por el seguro.

De ser estas premisas ciertas, se podría esperar una disminución del financiamiento que dejará afuera del crédito bancario a sectores que no poseen medios auxiliares para completar el préstamo; pero a lo mejor esto no es tan malo. En la medida que menos gente tenga acceso a crédito para comprar vivienda, el Estado[73] deberá tomar cartas en el problema, entendiendo que el mismo no puede ser dejado a las reglas del mercado.

A lo mejor se llegará al entendimiento de que el problema de la vivienda no debe ser resuelto exclusivamente en término de hipotecas. Un mercado que facilita el alquiler de vivienda o un régimen de subsidios para familias de menores recursos pueden ser más justos y eficientes que llevar a gente de escasos recursos a embarcarse en hipotecas a largo plazo. Si esta reforma dificulta la obtención de crédito hipotecario, puede ser que vuelva mucho más acentuado el hecho de que las dificultades de la vivienda puedan ser solucionadas no con un sistema hipotecario sino en base a cambios en el mercado que permitan precios más accesibles y ayuda a los sectores más necesitados.

Flexibilizar la refinanciación de la hipoteca, establecer periodos de suspensión en el pago y llegar a un mercado con precios de vivienda razonables, son pautas mucho más importantes que dar al deudor un año y medio de alquiler. Personalmente no veo que el nuevo artículo 38(c) vaya a teñir al mercado hipotecario con cierto tinte de justicia distributiva, o que pueda ser parte de una plataforma de readjudicación de recursos en la sociedad. Yo creo que los alcances del nuevo artículo 38(c) son más bien modestos. Pero así y todo, si esta reforma abre un camino para repensar la relación entre el banco y los tomadores de créditos, podrá ser considerada un punto importante en el intento de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad que asume el solicitante del crédito y la responsabilidad social del Estado y del sistema bancario.

IX. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

El análisis de las cuestiones en torno a los deudores hipotecarios muestra que la ley y la jurisprudencia pueden ofrecer marcos y regulaciones que permi-

[73] Debo aclarar que me refiero al caso de Israel, donde existe un relativo consenso sobre la necesidad de garantizar el acceso a la vivienda, a pesar de que este consenso, tal como le señalé anteriormente, no siempre se materializa. En un país donde se asumiera como principio que sectores de bajos recursos no siempre van a poder tener acceso a un techo propio, este análisis debería ser algo distinto.

tan encontrar un cierto equilibrio entre los intereses de deudores y acreedores, pero no pueden solucionar problemas sociales y económicos cuando no hay fondos suficientes. Necesidades sociales, consideraciones utilitarias y la necesidad de permitir un razonable acceso al crédito no siempre pueden coexistir pacíficamente.

Comencé este trabajo señalando que el derecho comparado es instrumento para reflexionar sobre el tema de las hipotecas. Pero a la vez pienso que lo expuesto nos lleva también a reflexionar sobre el rol del derecho comparado. En el tema de las hipotecas, como en tantos otros temas, el derecho comparado se encuentra en una encrucijada propia de sus limitaciones: por un lado podemos aprender y analizar distintas soluciones, pero por el otro hay que tener en cuenta diferencias sociales, económicas e incluso culturales que impiden referirse a soluciones de otros países como viables en el propio.

El caso de las hipotecas en Israel es otro ejemplo de que las comparaciones deben ser utilizadas con prudencia y que no es siempre fácil valorar adecuadamente los marcos legales adoptados en diversos sistemas jurídicos. Pero, al mismo tiempo, pienso que este trabajo muestra que el derecho de otro país, y por ende el trabajo del comparatista, puede ser un importante punto de referencia para plantear dilemas, formular las preguntas necesarias y crear el marco analítico que permita observar problemas y plantear posibles soluciones. El derecho comparado siempre es una buena base para tratar de llegar a una teoría jurídica rica y fundamentada.

BIBLIOGRAFÍA

AHERN III, Lawrence (2005): «Homestead and Other Exemptions under the Bankruptcy Abuse Prevention Act and Consumer Protection Act: Observations on "Asset Protection" After 2005», en *Amer. Bank. Inst. Law Review,* vol. 13, pág. 585.

ATENCIO, Juan; GRANDE, Maximiliano (2006): *Tratado jurisprudencial del embargo*, Rosario (Arg.): Juris.

BAR KAHAN, Roi (2006): *Contrato de garantía*, Tel Aviv: Shiraz (en hebreo).

BAR OFIR, David (2011*): Juicio ejecutorio, teoría y práctica*, 7.ª ed, Tel Aviv: Ginosar (en hebreo).

BARROS, Benjamin: «Legal Questions for the Psychology of Home», en *Tulane L. Rev. v.,* 83 págs. 645 (2009).

BEN OLIEL, Ricardo (1996): *Derecho Bancario - Parte General,* Jerusalem: Sacher (en hebreo).

— (2010): «La hipoteca bancaria en general y la hipoteca sobre inmueble destinado a vivienda en particular, reseña crítica», en *Din Ud'varim,* vol. 5, pág. 119 (en hebreo).

BEN PORAT, Miriam (1989): «Defensa legal de los derechos del dueño de la vivienda», en M. ELON *et al.* (eds.), *In Memorian Yzchak Kahan,* Jerusalem: Bursi, pág. 336 (en hebreo).

BLUM, Brian (2010): *Bankrupctcy and Debtor /Creditor*, 5.ª ed, Austin: Wolters Kluwer.
CREMADES, Bernardo; CABRIEDES, Eduardo (1989): *Litigating in Spain*, Madrid, Kluwer, La Ley.
BROWN, James *(*2010): *Judgment Enforcement*, 3.ª ed., Austin: Wolters Kluwer.
CALAMARI, John, PERILLO, Joseph (2003): *On Contracts*, 5th. ed, West.
COVENY, Anthony (2007): «Saying Goodbye to Texas's Homestead Protection: One Step Toward Economy Efficiency with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005», en *Houston. Law Rev*., vol. 4, pág. 433.
DWORKIN, Gerald (1989): «Paternalism: Some Second Thoughts», en R. SARTORIUS, ed., *Paternalism,* Univ. of Minnesota press, pág. 105.
FLETCHER, Ian *(*2009): *The Law of Insolvency*, 4.ª ed., London: Sweet and Maxwell.
GLAESER, Edward (2006): «Paternalism and Psychology», en *University of Chicago Law Review,* vol. 73, pág. 133.
JASPERS, Margaret (2000): *The Law of Attachment and Garnishment*, New York: Oceana.
HARRIS, Ron; ALBIN, Einat (2006): «Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising», en *Theoretical Inquiries in Law,* vol. 7, pág. 431.
KEMNER, Matthew (1991): «Personal Bankruptcy Discharge and the Myth of the Unchecked Homestead Exemption», en *Modern Law Rev*., vol. 56, pág. 683.
KRONMAN, Anthony T. (1983): «Paternalism and the Law of Contracts», en *Yale Law Journal,* vol. 92, pág. 763.
LERNER, Pablo (2011): «La caracterización de los bienes inembargables», en *Alei Mishpat,* vol. 9, pág. 479 (en hebreo).
— (2011): «El derecho a arreglo acomodacional alternativo en el caso de hipoteca para vivienda», en *Hapraklit,* vol. 51, pág. 51 (en hebreo).
— (2013*): Bienes Inembargables*, Tel Aviv: Bursi.
MEAD Lawrence, M. (1997): «The Rise of Paternalism», en LAWRENCE M. Mead, ed., *The New Paternalism*, Washington: Brookins Inst., pág. 1.
MORGAN, Jill (2007): *Aspects of Housing Law,* London: Routledge-Cavendish.
OGUS, Anthony (2004): *Regulation Legal Form and Economic Theory,* Oregón: Hart.
PERROT, Roger; THERRY, Philippe (2005): *Procédure Civile d'Exécution*, Paris, Dalloz, 2.ª ed.
PLATO-SHINAR, Ruth (2010): *Derecho Bancario: el deber de fidelidad del banco*, Tel Aviv: Editorial Colegio de Abogados (en hebreo).
RADIN, Margaret (1982): «Property and Personhood», en *Stan. L. Rev.,* vol. 34, pág. 957.
ROY RYDEN, Anderson (1975): «Coercitive Collection and Exempt Property in Texas: A Debtor's Paradise or a Living Hell?», en *Houston Law Review,* vol. 13, pág. 84.
REICHMAN, Uriel (1983): «Necesidad de reforma legal: el paso de dueño de una vivienda a inquilino protegido», en *Yunei Mishpat,* vol. 9, pág. 121 (en hebreo).
RUPRECHT, Philip; QUERARD, Lisa (2005): «Homestead Declarations in the Fifty States», en Alexander BOVE, ed*., Assets Protection Strategies*, ABA: Washington, vol. 1, pág. 177.
SHAPIRO, David (1988): «Courts' Legislatures and Paternalism», en *Vancouver Law Rev*., vol. 74, pág. 519.
WEISMAN, Joshua (2010): «La ejecución de hipotecas de inmuebles destinados a vivienda», en *Merkakaim,* vol. 9 (4), pág. 1 (en hebreo).

YESSIOU FALTSI, Pelayia (1995): *Civil Procedure in Hellas*, Sakkoulas: Atenas.
ZAMIR, Eyal (1998): «The Efficiency of Paternalism», en *Virginia Law Review,* vol. 84, pág. 229.

RESUMEN

OBLIGACIONES HIPOTECARIAS. PROTECCIÓN AL DEUDOR. JUICIO EJECUTIVO

Cuando un deudor hipotecario no paga la hipoteca, el bien inmueble es vendido. La ley de ejecuciones de Israel (reformada en el 2009) permite al deudor hipotecario cuya vivienda es vendida, recibir del precio de la venta, una suma equivalente a dieciocho meses de alquiler, y de esta manera tener un techo para él y su familia al menos en forma temporaria. Esta disposición, que no aparece en otros sistemas jurídicos, plantea distinta cuestiones ligadas al relación deudores-acreedores. La norma en estudio se enmarca en el debate sobre cómo solucionar el problema habitacional sin acudir a un endeudamiento abusivo.

ABSTRACT

MORTGAGES - DEBTORS AND CREDITORS - ENFORCEMENT OF JUDGMENTS

The Israeli Law of Execution (amended in 2009) gives the mortgagor, whose dwelling house has been sold, the right to receive from the proceeds of the foreclosure the sum that would be needed to rent an accommodation for a period of 18 months. In this way, the mortgagor and his family will have an alternative accommodation for a limited period. This regulation does not appear in other legal systems and raises several important questions about the conflict between the debtor's and the creditor's rights and, more generally, about the attempts to find solutions to housing problems.

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 26-6-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro de Quintanar de la Orden

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Entiende el Centro Directivo que el registrador puede y debe calificar aquellos extremos de la resolución judicial en un expediente de dominio que afectan a la protección del titular registral. Por ello, en un expediente para la reanudación del tracto con inscripción de menos de treinta años de antigüedad, debe comprobar que en efecto el titular registral o el causahabiente sea oído o, si no comparece, sea citado tres veces, una al menos personalmente, sin que baste la genérica afirmación del juez de que se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 27-6-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro de Orihuela, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*.

El control de la inmatriculación por título público exige a los registradores que al efectuar su calificación, extremen las precauciones para evitar el acceso al Registro de títulos elaborados *ad hoc* con el único fin de obtener la inmatricu-

lación, lo que se explica y justifica por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, pues se trata de eludir el fraude de ley en el sentido de evitar que, mediante la creación instrumental de títulos, se burlen todas las prevenciones que para la inmatriculación mediante título público ha instituido el legislador. Se considera titulación creada *ad hoc* una escritura de venta de un inmueble, acompañada de otra escritura previa de aportación a la sociedad conyugal de los vendedores y por tanto no procede la inmatriculación. El carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento (la coetaneidad de ambos negocios, la inexistencia de título original de adquisición y el nulo coste fiscal como reconoce el recurrente al estar exenta la aportación.

Resolución de 28-6-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro de Puçol

AUTOCONTRATO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 3 de diciembre de 2004 y de 13 de febrero de 2012, entre otras), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad, sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la junta general o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato». Esta situación se produce si quien actúa en el negocio es el administrador de una sociedad que cede unos inmuebles en pago de deuda, y el apoderado con poder especial concedido por el mismo sujeto que actuó como administrador de la sociedad cesionaria. En estos casos la reseña identificativa que realiza el notario, y el consecuente juicio de suficiencia, deben hacer expresa alusión a la autorización de la Junta General.

Resolución de 1-7-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro de Madrid, número 29

ACUERDOS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

No estando legitimadas las firmas del presidente y secretario de la Comunidad, la imposibilidad de obtener tal legitimación no impide la ejecución del acuerdo, dado que se puede testimoniar notarialmente del libro de actas de la Comunidad de propietarios, el acta de la reunión de aquella donde se tomó el citado acuerdo y además se certifica su existencia por los actuales presidente y secretario de la comunidad de propietarios en el acta protocolizadora. Lo que sí es necesario es que el acuerdo que autoriza la división de uno de los departamentos del edificio se haya adoptado por unanimidad o que, en su defecto, conste la pertinente notificación a los propietarios no asistentes ni representados y el transcurso del plazo para su oposición. Aunque entendamos que este caso es un supuesto de los denominados actos colectivos que no requieren el consentimiento

individualizado de cada titular, en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

Resolución de 2-7-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro de Cangas de Onís

INMATRICULACIÓN DE FINCAS SEGREGADAS DE OTRA NO INSCRITA. INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En caso de existir dudas fundadas sobre la identidad de la finca que se pretende inmatricular, lo procedente es acudir a lo establecido en los artículos 300 y 306 del Registro Hipotecario. Esta Dirección General ha venido admitiendo la inmatriculación de fincas formadas por segregación de fincas no inscritas, sin necesidad de previa inscripción de la finca mayor que sufre la segregación (finca matriz). En tal sentido, la Resolución de esta Dirección General, de 8 de septiembre de 2009, que en un caso como el que nos ocupa, entendió exigible la acreditación de la correspondiente licencia de segregación, pero admitiendo que la finca procedente de segregación es directamente inmatriculable, sin necesidad de previa inscripción de la finca matriz de la que procede.

Resolución de 3-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro de Almería, número 4

HIPOTECA: EJECUCIÓN Y ARRENDAMIENTOS INSCRITOS.

Existiendo un arrendamiento de local de negocio inscrito en el Registro a continuación de una hipoteca que ha sido objeto de ejecución, de conformidad con lo establecido en la LAU, dicho arrendamiento ha de ser cancelado como consecuencia de la purga que provoca la ejecución de la hipoteca anterior. Extinguido el arrendamiento se extinguen su consecuencias accesorias, como son los derechos de tanteo y retracto.

Resolución de 3-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro de Burjassot, número 2

TITULAR REGISTRAL: DUDAS DE IDENTIFICACIÓN.

No cualquier duda sobre la coincidencia entre los datos del título inscribible y los que aparecen consignados en el Registro respecto del titular de la finca puede fundamentar la negativa a inscribir. Por ello, en este caso, y habida cuenta

del resultado que evidencia el examen conjunto de la abundante prueba pública presentada, que comprende todos los títulos públicos notariales afectados, de obligada toma en consideración —junto con el contenido registral— al efectuar la calificación, la simple discordancia de dos dígitos en la consignación del DNI de la persona que figura como titular registral con carácter presuntivamente ganancial (con la otorgante doña M. N. C.), error que se pone de manifiesto y se rectifica en la última escritura autorizada, no constituye una circunstancia o indicio que ofrezca la más mínima relevancia obstativa de la falta de correspondencia identitaria entre el titular registral y el causante de la sucesión cuya partición se pretende inscribir. En definitiva, pues, el indicado error de dos dígitos del documento nacional de identidad en modo alguno impide desconocer la eficacia identificativa del resto de los datos suministrados respecto de dicha persona, los cuales no dejan ninguna duda racional de que el causante y el titular registral son el mismo sujeto.

Resolución de 3-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro de Madrid, número 35

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA Y MEDIOS.

Es requisito esencial de la calificación denegatoria de un documento presentado a inscripción el que se expliciten en la nota todos los razonamientos jurídicos que conducen a tal resolución. Es por ello que no cabe fundar la negativa a inscribir en una escueta referencia a una sentencia del Tribunal Supremo que se dice que anula un determinado Plan Urbanístico, cuando dicha sentencia no contiene en su fallo ninguna referencia a semejante anulación. Sin embargo no cabe acoger la alegación del recurrente respecto a que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación una sentencia judicial porque debe limitarse a lo que resulte del Registro y de los documentos presentados. Especialmente, este Centro Directivo ha venido señalando que el registrador no se puede limitar a los medios de calificación que consistan en los documentos presentados y en los asientos de la propia finca de que se trata, sino que, atendiendo a una interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro, debe acudir a otras fuentes oficiales de información, como son el Registro Mercantil, el Libro de Incapacitados según el Índice General Informatizado y otros Registros que no sean de carácter reservado y sean accesibles, por lo que con mayor razón ha de tener en cuenta las sentencias de los Tribunales de las que tenga conocimiento y guarden relación con el supuesto de hecho de que se trate.

Resolución de 3-7-2013
(BOE 2-8-2013)
Registro de Marbella, número 5

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA COMUNIDAD NO TIENE PERSONALIDAD JURÍDICA.

Dado que la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica, no es posible inscribir a su nombre un trastero que se le adjudica en un procedimiento

de ejecución. Sí que sería inscribible si la adjudicación se hubiera hecho a todos los propietarios del edificio en proporción a sus cuotas.

Resolución de 4-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro de Motilla del Palancar

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: ANULACIÓN DEL NEGOCIO POR EL QUE ADQUIRIÓ EL TITULAR REGISTRAL.

Como tiene declarado este Centro Directivo, el título inscribible ha de acreditar de modo directo e inmediato el derecho de quien haya de ostentar la titularidad registral, sin que sean suficientes referencias indirectas o mediatas al derecho cuya inscripción se postula. Con otras palabras: el título debe contener todos los requisitos sustantivos que acrediten la realidad y eficacia del negocio jurídico en cuya virtud se produce la mutación jurídico real cuya inscripción se pretende ya resulten exclusivamente del propio documento ya de este y otros complementarios. Desde el punto de vista del principio de tracto sucesivo, para inscribir la escritura por la que las partes reconocen la nulidad por falta de causa del negocio que dio lugar a la adquisición por el actual titular registral, solo se necesita el consentimiento del titular registral del dominio, y no el de los titulares de otros derechos o cargas inscritos sobre la finca. Ahora bien, la pretensión de que el negocio declarativo de nulidad se inscriba en perjuicio de los titulares posteriores sin que medie su consentimiento o resolución judicial firme es inadmisible. La expresión de la naturaleza causal del negocio del que resulta el acto inscribible es un requisito sin cuyo cumplimiento no se puede acceder a la pretensión de modificar el Registro (por todas, Resolución de 7 de mayo de 2013). Tratándose de un supuesto de negocio por el que se declara la nulidad de uno anterior su causa es precisamente la ausencia en dicho negocio anterior de una justa causa (vid. Resolución de 6 de julio de 2006) lo que conlleva, a su vez, la declaración de que no produjo efectos (art. 1303 del CC). De las circunstancias que concurren en este expediente resulta la debida constancia de la causa que justifica que la declaración de que el desplazamiento patrimonial que publica el Registro no ha existido en realidad por lo que no puede mantenerse la objeción del registrador procediendo la revocación del defecto. Cuestión distinta, como se analizó anteriormente, es si esa justa causa viene convenientemente incorporada al título presentado a inscripción. Como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 22 de noviembre de 2004), sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho, es lo cierto que la reforma hipotecaria de 1944 declaró la expulsión del Registro de tal figura, de manera que, aunque se tratara hipotéticamente de un derecho real, la clara dicción del artículo 5 de la Ley Hipotecaria supondría una excepción a los artículos 1 y 2.1.º de la misma Ley. El registrador debe rechazar la inscripción de los actos o negocios que incidan en la figura del pacto comisorio prohibido por nuestro Ordenamiento. Ahora bien, para que así sea es preciso que el rechazo del registrador esté debidamente justificado, debiendo motivarse adecuadamente el por qué en el caso concreto se afirma la existencia de un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, determinando qué circunstancias de los documentos presentados así lo justifican.

Resolución de 4-7-2013
(BOE 2-8-2013)
Registro de Tui

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: ASIENTO DE PRESENTACIÓN PENDIENTE.

Existiendo un asiento de presentación de un título contradictorio pendiente, no es necesario ni siquiera calificar el posteriormente presentado.

Resolución de 4-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro de Valencia, número 11

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

La instancia por la que se solicita la cancelación por caducidad de una hipoteca debe tener la firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador. No existe un plazo convencional de caducidad de la hipoteca pactado por los otorgantes de la escritura que dio lugar a la inscripción que hoy se pretende cancelar, por lo que no cabe aplicar el supuesto establecido en el artículo 82.2.º de la Ley Hipotecaria. Todos los argumentos y alegaciones hechas por el recurrente en su escrito de recurso, así como las sentencias de las Audiencias que menciona, están fundamentados en esta suposición. No es aplicable en el presente supuesto el apartado segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, alegado en el documento presentado a inscripción, porque dicho apartado se refiere a los supuestos en los que las partes han pactado un plazo de caducidad convencional del derecho objeto de inscripción, circunstancia que no concurre en el supuesto del expediente. Sentado esto, la única fecha a partir de la cual se debe contar la caducidad es la de 15 de julio de 2008, y la normativa aplicable a los efectos de esa cancelación es la del artículo 82.5 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1964 del Código Civil.

Resolución de 5-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Cullera

HIPOTECA: VENTA EXTRAJUDICIAL Y DOMICILIO PARA EL REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR.

Ciertamente la imposibilidad de llevar a cabo el requerimiento en el domicilio establecido al efecto por ausencia del deudor no implica necesariamente que deba darse por conclusa la actuación notarial y procederse al cierre del acta. De otro modo descansaría exclusivamente en su actitud el éxito o fracaso de una actuación prevista legalmente. De lo anterior no se sigue sin embargo, como pretende el recurrente, que toda ausencia del domicilio pactado y registrado permita la práctica del requerimiento en otro domicilio y con persona distinta del destinatario. A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial en el que es preciso agotar las posibilidades de notificación cuando existan dudas

de que el domicilio señalado coincida con el real (lo que conlleva la necesidad y conveniencia de practicarla en el que así se considere), este Centro Directivo ha señalado recientemente (Resolución del sistema notarial de 17 de septiembre de 2012), que no cabe extrapolar la carga que se impone al ejecutante y al tribunal en el procedimiento judicial en razón del principio de tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución. Como se ha hecho constar en las consideraciones iniciales de esta resolución, la venta extrajudicial supone el ejercicio de un derecho privado que se realiza ante notario por medio de trámites preestablecidos lo que justifica sobradamente la necesaria cautela en la apreciación de las medidas que pueden adoptarse cuando las previsiones reglamentarias no se cumplen. No existe, en el estrecho ámbito de actuación del notario, una obligación de agotar cualquier posibilidad de actuación pues el propio precepto reglamentario señala que para ese supuesto lo que procede es la finalización de su actividad y el cierre del acta. El razonamiento anterior no cierra la posibilidad de practicar la notificación fuera del domicilio pactado en caso de resultar infructuoso pero solo en términos tales que resulte compatible con las consideraciones anteriores. Siendo el objeto del requerimiento la notificación de la existencia de las actuaciones notariales y la intimación a realizar el pago, solo si queda acreditado bajo la fe del notario que el destinatario tiene cabal conocimiento de su contenido y de su fecha es admisible considerar practicada la diligencia y llevado a cabo el trámite en términos que no violenten sus derechos constitucionales.

Resolución de 5-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Denia, número 1

HIPOTECA: EJECUCIÓN CON SUBROGACIÓN PROCESAL DE UN NUEVO TITULAR DE LA HIPOTECA.

No está previsto en la legislación hipotecaria ningún asiento específico para recoger esta sustitución procesal como sustitutivo de la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor del que ejercita el mismo. Inscripción que resulta necesaria no por aplicación, en el supuesto de hecho planteado, de los artículos 1526 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria, ya que no nos encontramos ante un negocio singular de cesión de obligación garantizada con hipoteca, sino por aplicación de los artículos 16, 20, 38 y 130 de la Ley Hipotecaria, en que se proyectan los principios hipotecarios de tracto sucesivo, siquiera sea en su modalidad de abreviado y de legitimación. En cualquier caso, esa necesaria inscripción, en la forma determinada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien con anterioridad a la inscripción de la vicisitud procesal o simultáneamente a ésta, pero sin que la legitimación registral, derivada de la inscripción, pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento, legitimación que está sujeta a requisitos diferentes, y que es generadora de efectos también distintos (vid. art. 17 de la LEC *versus* art. 130 de la LH), distinción que justifica la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, recaída al interpretar el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, conforme a la cual en cuanto al ámbito de la calificación

registral de las actuaciones judiciales, se ha de distinguir con nitidez las cuestiones relativas a la personalidad de la parte actora y a la legitimación procesal, de un lado, que corresponde apreciar al juzgador, y de otro lado, el requisito del tracto sucesivo, que debe ser calificado por el registrador.

Resolución de 5-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Galapagar

ANOTACIÓN DE EMBARGO EN CASO DE SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA: INCIDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE USO.

La circunstancia de que el derecho de uso conste inscrito a nombre del demandado, no es obstáculo para la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre la cuota global que le corresponda en la liquidación de la sociedad de gananciales. Se considere el derecho de uso como una mera limitación de la facultad dispositiva, un verdadero derecho real o una *ius ad rem,* lo cierto es que registralmente constan cumplidos los principios de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la LH) y legitimación registral (cfr. art. 38.3 de la misma Ley), que permiten tomar la anotación de embargo solicitada. Será en el momento de la ejecución cuando habrá que determinarse si la ejecución conlleva la extinción del derecho de uso, o este subsiste como derecho independiente y anterior, que no ha sido objeto del embargo (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2004).

Resolución de 5-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Madridejos

URBANISMO: COMPETENCIA DEL ESTADO PARA DETERMINAR EL TÍTULO INSCRIBIBLE.

Corresponde al Estado la determinación de la forma y requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad los actos de naturaleza urbanística. Desde este punto de vista, no cabe duda de que aunque la legislación manchega exige escritura pública para que acceda al Registro de la Propiedad el proyecto de reparcelación, prevalece la legislación estatal que admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística por certificación administrativa, sin que exista ley estatal que lo exceptúe. La posibilidad de otorgamiento de escritura pública en la legislación estatal es una opción alternativa pero no excluyente de la certificación administrativa. En este sentido, no excluyente de la posibilidad de certificación administrativa por sí sola admitida en la legislación estatal competente, deben entenderse el artículo 95.2, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, y los artículos 33.2 y 58.1, Regla 5.ª, de su Reglamento.

Resolución de 6-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Sanlúcar la Mayor, número 1

FINCA REGISTRAL: MODIFICACIÓN DESCRIPTIVA EQUIVALENTE A UNA OBRA NUEVA.

La modificación de la descripción de una finca, que en el Registro solo figura con la exigua referencia a que se trata de una casa, consistente en expresar los metros construidos por planta, implica la necesidad de que se cumplan los mismos requisitos que la legislación urbanística prevé para las declaraciones de obra nueva.

Resolución de 6-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Valladolid, número 6

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

No cabe cancelar por caducidad una condición resolutoria para la que no se previó un plazo pactado de duración o vigencia. Tampoco cabe aplicar lo establecido en el artículo 82.7 de la Ley Hipotecaria si los hechos determinantes de la efectiva prescripción no resultan con nitidez del Registro.

Resolución de 8-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Ibi

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 8-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Mazarrón

SUSPENSIÓN DE PAGOS: EFECTOS DEL CONVENIO INSCRITO.

En el Registro aparece una inscripción de un convenio de suspensión de pagos de la sociedad titular de la finca, en cuya virtud se constituye una comisión de acreedores que controlará las operaciones de liquidación del patrimonio de la suspensa. Por ello se entiende que no es precisa la intervención de la citada comisión de acreedores para que pueda ser inscrita una sentencia firme dictada en procedimiento declarativo por la que se reconoce que la finca es propiedad de un tercero por prescripción.

Resolución de 8-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Navahermosa

SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADORES NO INSCRITOS. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA: CIERRE REGISTRAL.

No constando inscrito el cargo de administrador en el Registro Mercantil, no cabe acogerse a las presunciones derivadas de dicha publicidad registral. De ahí que en estos casos de falta de inscripción del nombramiento de administrador en el Registro Mercantil, la reseña identificativa del documento o documentos fehacientes de los que resulte la representación acreditada al notario autorizante de la escritura deba contener todas las circunstancias que legalmente sean procedentes para entender válidamente hecho el nombramiento de administrador por constar el acuerdo válido del órgano social competente para su nombramiento debidamente convocado, la aceptación de su nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (vid. arts. 12, 77 a 80, y 108, 109 y 111 del RRM y 222.8 de la LH y 110.1 de la Ley 24/2001); todo ello para que pueda entenderse desvirtuada la presunción de exactitud de los asientos del Registro Mercantil y que, en el presente caso, se hallan en contradicción con la representación alegada en la escritura calificada. La Ley 16/2012, de 27 de diciembre, añade, con efectos desde el 1 de enero de 2013, el párrafo 5.° al artículo 254 de Ley Hipotecaria. Artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria que el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra *b)* del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Resolución de 8-7-2013
(BOE 6-8-2013)
Registro de Villajoyosa, número 2

URBANISMO: RECTIFICACIÓN DE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

En el expediente que provoca la presente no consta que los titulares registrales hayan tenido oportunidad de conocer el procedimiento ni a través de la anotación preventiva de la demanda en el Registro, ni a través de un emplazamiento en el procedimiento administrativo ni judicial, por lo que no puede ahora pretenderse hacerse efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral. También será necesario el consentimiento expreso de los titulares de las fincas que se ordena agrupar formando una sola. No es sin embargo precisa la licencia de segregación porque según la normativa urbanística aplicable, cuando los actos especificados en el artículo 191.1 sean promovidos por los Ayuntamientos en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística, sin perjuicio de lo previsto en la legislación de régimen local.

Resolución de 9-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Alcoy

USO DE VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN AL CÓNYUGE TITULAR DEL DOMINIO.

La Dirección General confirma su tradicional criterio de que no es inscribible el derecho de uso atribuido al cónyuge que ya era titular dominical de la vivienda, en cuanto ha de considerarse facultad ínsita en su dominio.

Resolución de 9-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Liria

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: EFECTOS DE LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues como dice el registrador acertadamente, se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 9-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Marbella, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: BIENES INSCRITOS BAJO UN RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

La inscripción de la finca a favor de una persona casada «con sujeción a su régimen matrimonial», siendo este régimen, según el propio Registro, «el régimen legal holandés de comunidad matrimonial de bienes», otorga parte de la titularidad de la misma al cónyuge del titular registral o, en el caso de haber muerto, a sus herederos, por lo que sin una adecuada prueba del Derecho holandés aplicable (cfr. arts. 9.2 del CC, y 36 del RH) que atribuya las facultades de disposición y defensa procesal sobre tales bienes exclusivamente al cónyuge a cuyo nombre figuran, no puede cancelarse la inscripción que refleja aquella titularidad registral, con sujeción al citado régimen de comunidad, sin que el cónyuge del titular tenga en el procedimiento la intervención legalmente prevista a fin de dar cumplimiento a la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 9-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Novelda

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DESCRIPCIÓN DE LA FINCA EN EL TÍTULO PREVIO.

No solo es exigible que la descripción del inmueble en cuestión en la certificación catastral descriptiva y gráfica sea idéntica a la que se haga en el título inmatriculador, sino que también debe haber entre este y el título previo similitudes suficientes para que no haya dudas sobre la identidad de la finca cuyo acceso al Registro se pretende. Pero en este caso no existen diferencias en la descripción en términos tales que permitan albergar una duda razonable acerca de que se trate de la misma finca.

Resolución de 10-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Cieza, número 1

HIPOTECA: REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

Conforme a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria 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 Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. La adjudicación en procedimiento de ejecución directa contra bienes inmuebles es un supuesto equiparable a la compraventa voluntaria por lo que es de plena aplicación la previsión del artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre,

de Arrendamientos Urbanos. De este modo debe rechazarse la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente bien que se han llevado a cabo las notificaciones previstas, bien que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios. A tal efecto, este Centro tiene declarado que, dadas las particularidades de la transmisión, dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico.

Resolución de 10-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Ibiza, número 4

CONDICIÓN RESOLUTORIA: NOTIFICACIÓN AL ADQUIRENTE DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

El ejercicio de la condición resolutoria de un contrato de cesión de solar por obra futura supone el cumplimiento de una serie de requisitos que el registrador debe comprobar para admitir la pertinente reinscripción. Entre ellos destaca el que se haya realizado adecuadamente la notificación notarial o judicial al adquirente. Si se hace por conducto notarial es necesario atenerse a las normas del Reglamento Notarial para calificar la regularidad de la misma. Estas exigen, para que se tenga por notificada a una persona que no haya recogido la cédula, que se haya efectuado una doble actuación notarial que dé cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula, uno efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación haya de practicarse, y otro mediante su envío por correo certificado con acuse de recibo, o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega. Como ya tiene declarado este Centro Directivo, a la vista de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial, habría de concluirse que siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea para recibirla) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal), ha de tenerse por efectuada la notificación. Es decir, con carácter general basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo.

Resolución de 10-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro de Murcia, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: CASOS EN LOS QUE NO SE HA INTERRUMPIDO EL TRACTO.

No cabe acudir al expediente de dominio en los casos en que el que lo promueve ha adquirido directamente del titular registral y además no se da una dificultad extraordinaria para obtener la titulación necesaria para la inscripción.

Resolución de 11-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Granada, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS ANTERIORES.

La anotación preventiva del concurso no es constitutiva, pues produce sus efectos desde que se adopta en virtud de la correspondiente resolución judicial y el registrador, como ya ha declarado este Centro Directivo (véase por todas la Resolución de 12 de febrero de 2012) en ejercicio de sus funciones para calificar la congruencia de la resolución judicial con el procedimiento seguido, puede y debe acudir por iniciativa propia a consultar los asientos del Registro Mercantil relacionados con el documento presentado. En el presente caso, para comprobar la situación concursal y determinar cuál es la fecha de declaración del concurso. De conformidad con los preceptos de la Ley Concursal, entiende la Dirección General de los Registros y del Notariado que no es posible acceder a la cancelación ordenada por un auto del juez de lo Mercantil para la cancelación de un embargo a favor de la Agencia Tributaria anotado con anterioridad a la declaración de concurso, en tanto de dicha resolución judicial no resulta que tales bienes estén afectos a la actividad productiva del concursado, circunstancia que permitiría al juez ordenar la cancelación.

Resolución de 11-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de León, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

En el supuesto de hecho de este expediente, resulta que sobre la parcela cuya inmatriculación se solicita existe una edificación de 45 m², por lo que no coincide con la que se hace en el título inmatriculador (la escritura de donación), que describe la finca en cuestión a través de su situación, superficie y linderos, omitiendo toda referencia a la construcción. El concepto de finca ha dejado de ser exclusivamente perimetral en nuestra legislación del suelo [cfr. art. 17.1.*a)* del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Resolución de este Centro Directivo, de 5 de abril de 2002]. Pero nuestro ordenamiento jurídico exige que cualquiera que sea su configuración (finca perimetral, vuelo, subsuelo, edificación) coincidan en el momento de la inmatriculación Catastro y Registro de la Propiedad.

Resolución de 11-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Sabadell, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CARÁCTER UNITARIO. CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Iniciado un nuevo procedimiento, por haber caducado el asiento anterior, decaen los principios de unidad y globalidad de la calificación, y cobra absoluta

primacía el principio de legalidad y la correspondiente libertad e independencia de criterio en la calificación que corresponde al registrador, el cual podrá, por tanto, emitir una nueva calificación, que habrá de ser también global y unitaria, pero no estará vinculada a lo hecho con anterioridad, en un procedimiento distinto, pudiendo, si necesario fuere, señalar y argumentar nuevos defectos, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Esto, además, en lógica correspondencia con el derecho del interesado de reiterar la presentación de los mismos documentos con solicitud de nueva calificación. En un mandamiento judicial dictado en ejecución de sentencia por la que se declara resuelto un contrato de renta vitalicia en el que se había pactado e inscrito una condición resolutoria en garantía de los derechos de la cedente y demandante, y en cuyo mandamiento se ordena la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la condición resolutoria, es preciso a fin de proceder a tales cancelaciones dar a los titulares de tales asientos posteriores la posibilidad de intervenir en el procedimiento en que se ha dictado la sentencia.

Resolución de 11-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Tomelloso

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

En la base primera del cuaderno particional se recoge la cláusula testamentaria de designación solo para el caso de no existir acuerdo entre los interesados en la herencia, manifestando el albacea-contador haber sido notificado de su nombramiento y encargo, aceptándolo. Por lo tanto, y salvo impugnación por parte de alguno de los herederos, en este caso, por el único que no ha ratificado su actuación, debe considerarse que no ha habido acuerdo previo ya que este conocía las condiciones de su intervención. Además, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, entre las facultades del albacea-contador-partidor se entiende incluida la de interpretar el testamento como presupuesto del desempeño de las funciones que le corresponden, y tal interpretación tan solo podrá rechazarse en sede registral si resulta que claramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código Civil, al margen de la impugnación judicial de que en cualquier caso puede ser objeto. En cuanto a la necesidad de ratificación por parte de todos los herederos, es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que las particiones hechas por el contador-partidor, al reputarse como si fueran hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles sin necesidad de la concurrencia de los herederos y esa partición es válida en tanto no se impugne judicialmente. Mientras no se acredite la aceptación por alguno de los herederos, ningún inconveniente existe para que la inscripción se practique, en cuanto a este, con la advertencia de que no se ha acreditado aquella, extremo que podrá hacerse constar posteriormente en cualquier momento, y que estará implícito en cualquier acto voluntario que realice el titular del derecho inscrito como tal.

Resolución de 12-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Gandía, número 1

MENORES DE EDAD: RÉGIMEN ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES.

Aunque pueda ser establecido en Derecho común un régimen sucesorio *mortis causa* de atribución de bienes a favor de un heredero menor de edad, no legitimario, en el que los bienes legados o adjudicados —o en su caso donados—, se sometan a administración separada, con las debidas cautelas y garantías, no es posible cuando el menor es al mismo tiempo legitimario, como ocurre en este concreto supuesto, donde todavía no se han concretado los bienes que se le adjudican libres de cargas en pago de la legítima.

Resolución de 12-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Rosas, número 2

HERENCIA YACENTE: REQUISITOS DE SU LLAMAMIENTO PROCESAL.

La exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 15-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Granollers, número 3

HIPOTECA: NOVACIÓN UNA VEZ PRODUCIDO EL VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Partiendo de la tesis elaborada por la doctrina, y que ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 1987, se debe distinguir entre el «término de eficacia contractual» y el «término para el cumplimiento de las obligaciones», concluyendo que del primero se hace depender la eficacia del contrato, mientras que del segundo, que se encuentra dentro del mismo contrato, se hace depender la realización de la prestación debida. Es por ello que puede admitirse la novación de un préstamo hipotecario acordada después de que se haya producido su vencimiento anticipado. Pero si consta la nota marginal de expedición de certificación para el procedimiento de ejecución, será preciso su cancelación previa para poder inscribir la novación.

Resolución de 15-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Valladolid, número 5

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la clásica doctrina de que la mera alusión al uso, a que se dedica un departamento de la propiedad horizontal, no debe entenderse como restricción estatutaria para su posterior alteración. Sin embargo, sí que se reconoce como posible que los estatutos incluyan una cláusula que de manera explícita limiten tal posibilidad, en cuyo caso no cabría la inscripción del cambio de uso.

Resolución de 16-7-2013
(BOE 24-9-2013)
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.

Resolución de 22-7-2013.
(BOE 24-9-2013)
Registro de Segovia, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO PARA ELEVAR EL EXPEDIENTE A LA DGRN. ANOTACIÓN DE EMBARGO: EL PROCEDIMIENTO DEBE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

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 man-

tener su calificación. No puede anotarse en el Registro de la Propiedad medida cautelar de embargo preventivo a favor del Estado, ordenada por el Tribunal de Cuentas, en procedimiento de reintegro por alcance, sobre fincas inscritas a favor de una sociedad mercantil no demandada, distinta de la persona contra quien se sigue el procedimiento, con la simple constancia en el mandamiento —que no contiene expresamente afirmación alguna de levantamiento de velo societario— de que se trata de sociedades cuyas acciones han sido embargadas por haber sido heredadas por personas físicas que efectivamente sí han sido demandadas en tal concepto. El embargo será efectivo sobre las acciones de la sociedad mercantil titular del bien, pertenecientes a los demandados, pero no se podrá trabar embargo ni ser objeto de anotación preventiva sobre los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad, sin una previa decisión judicial de levantamiento del velo, justificada y tomada con emplazamiento y audiencia a la propia sociedad mercantil titular registral del bien, que se haya protegida por el principio de legitimación registral (cfr. art. 38 LH).

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Alicante, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS FISCALES. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Para el acceso a los Registros públicos, y en especial en este caso al Registro de la Propiedad, es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente el documento, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante bien lo sea también en soporte electrónico o papel, los siguientes extremos: que se ha producido la presentación del documento y su autoliquidación, bien lo haya sido esta última con ingreso o bien con simple alegación de exención o no sujeción. La calificación del acto como exento no dispensa de esta obligación de presentación al sujeto pasivo ni de la necesidad de la justificación de su cumplimiento por el interesado para poder practicarse la correspondiente inscripción. En este caso el título en el que se documenta el exceso de cabida está integrado por las dos actas y no solo por la denominada de conclusión del acta de notoriedad, por lo que debe entender que es un título complejo integrado por ambas. Mientras estén suficientemente razonadas las dudas del registrador respecto de la identidad de las fincas no es el marco del recurso contra su calificación el adecuado para dilucidarlas, sino la vía jurisdiccional, toda vez que constituyen una situación de hecho que no puede ser decidida en el seno del recurso gubernativo y que habrá de ser planteada por el interesado ante el juez de Primera Instancia del correspondiente partido judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, para que sea este quien determine si es o no inscribible el documento presentado.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Almuñécar

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDADES EN ANDALUCÍA.

La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma la doctrina sentada en anteriores resoluciones, en el sentido de que para la inscripción de obras por antigüedad basta acreditar conforme al artículo 20.4 de la LS que la misma se concluyó en un plazo anterior al previsto para la prescripción de la acción administrativa para la reposición de la legalidad urbanística. Tampoco cabe exigir la licencia de primera ocupación.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Madrid, número 43

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO.

Para anotar un embargo a favor de la Hacienda Pública, tratándose de un deudor en situación de concurso, es necesario que la diligencia de embargo sea anterior a la declaración de concurso, y que por resolución del juez del concurso se determine que se trata de bienes o derechos que no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Valencia, número 7

CONVENIO URBANÍSTICO: REVOCACIÓN UNILATERAL.

En el expediente que da lugar a la presente resulta que, como consecuencia de la existencia de determinado convenio, se llevó a cabo la inscripción de una cesión gratuita de bienes a favor de un Ayuntamiento, quien ostenta la titularidad registral. Como resulta del propio título presentado, dicha cesión se llevó a cabo en ejecución de las obligaciones derivadas de dicho convenio, por lo que no cabe de ningún modo aceptar la pretensión de modificación del Registro sin consentimiento del titular registral o en virtud de resolución judicial firme. Tampoco cabe plantear si dicha inscripción se llevó a cabo procedentemente ni si la nota marginal implica o no aceptación de la cesión, pues lo cierto es que la titularidad que la misma proclama se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales y no puede ser alterada si no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento y señalados en la nota de calificación.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Valladolid, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SENTENCIA QUE ANULA UNA ACTUACIÓN URBANÍSTICA.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada respecto de una sentencia contencioso-administrativa que anula una actuación urbanística cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. 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 de abril de 2013.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro de Vélez Málaga, número 1

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: CIRCUNSTANCIAS.

Los títulos inscribibles han de contener las circunstancias exigidas por la legislación aplicable (arts. 9, 1.ª y 2.ª, 21.1 y 254.2 de la LH, y 51, reglas 9.ª y 10.ª del RH).

Resolución de 28-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Luarca

SENTENCIA JUDICIAL: NECESIDAD DE FIRMEZA.

Para que una sentencia judicial pueda acceder al Registro y provocar un asiento definitivo de inscripción o cancelación, debe constar la firmeza de la misma.

Resolución de 28-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Monóvar

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

No puede accederse a la rectificación de la cabida de una finca sobre la base de una certificación catastral, si el registrador alega dudas sobre su identidad,

dado que la misma se formó por segregación en la que resultó perfectamente medida tanto en el título como en la licencia urbanística.

Resolución de 28-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Santander, número 4

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 28-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Valladolid, número 6

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN TELEMÁTICA. PLUSVALÍA: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES.

Con independencia de la doctrina consolidada de este Centro Directivo sobre las comunicaciones telemáticas entre notarios y registradores, la notificación telemática de las notas de calificación de los documentos presentados igualmente en forma telemática está resuelta con claridad en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, ya que en su artículo 27.5, que modifica los apartados primero y segundo del artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, al regular el envío telemático de las escrituras autorizadas por el notario, en su punto 2 establece que: «En tales casos, el registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles comunicará al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, por vía telemática y con firma electrónica reconocida del mismo, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda, con arreglo a los principios de la legislación registral». Por lo

que la notificación telemática es pertinente sin lugar a dudas. 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 30-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Burjassot

HIPOTECA: PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.

Como resulta del artículo 236.*c)* del Reglamento Hipotecario es trámite esencial el requerimiento de pago al deudor. Requerimiento sujeto a estrictos requisitos de persona y de lugar como resulta del propio artículo 236.*c)*. Si el requerimiento de pago no puede hacerse en los términos previstos en el repetido artículo, el notario debe dar por finalizada su actuación y conclusa el acta. No obstante, este Centro Directivo ha aceptado la validez del requerimiento de pago llevado a cabo fuera del lugar señalado en la inscripción de hipoteca en aquellos supuestos en los que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional referida a los requisitos de los actos de comunicación procesal (vid. «Vistos»), se entiende que el destinatario acepta ser requerido y tiene cabal conocimiento del contenido y fecha del requerimiento (Resolución de 17-9-2012). Por aplicación de la misma doctrina constitucional, fuera de los supuestos expresamente previstos, no cabe presumir que el requerimiento en persona de tercero haya llegado a conocimiento de la persona a quien va destinado. En cualquier caso es imprescindible que los derechos constitucionales del titular registral hayan sido convenientemente salvaguardados. Cuando no exista interés protegible no se puede rechazar la inscripción como ocurre en aquellos supuestos en que habiendo sobrante no es preciso depositarlo a favor de acreedores porque estos no existen o existiendo, son posteriores a la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se han personado en el procedimiento (Resoluciones de 12-4-2000, 20-2 y 23-9-2002). Si al actor se le entregan en pago de sus pretensiones cantidades no cubiertas con la hipoteca (por no constar registrada su cobertura o por exceder de la inscrita) el registrador debe rechazar la inscripción aun cuando no existan terceros pues el exceso es un sobrante que debe entregarse al dueño de la finca que no tenga la condición de deudor. De este modo el límite de cobertura hipotecaria opera como límite a las pretensiones del actor pero no siempre y en todo caso. Como recoge al artículo 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el deudor es el dueño de la finca ejecutada, satisfechos en su caso los acreedores

posteriores, el remanente no se entrega al deudor sino al actor, circunstancia que por tanto excepciona la regla del artículo 132 de la Ley Hipotecaria y del propio inciso inicial del artículo 692 de la Ley de procedimiento. De lo anterior se desprende la imposibilidad de aceptar la pretensión del recurrente de que se tengan en cuenta ahora, una vez finalizada el acta por adjudicación al acreedor, como cantidades reclamadas unas distintas de las que sirvieron en su día para iniciar el procedimiento que, una vez objeto de requerimiento y notificación, fijan su contenido y el de los derechos de terceros. Como vimos anteriormente en sede de requerimiento de pago, la notificación intempestiva sin retroacción de actuaciones, implica la vulneración de derechos esenciales de las partes puesto que les impide asumir en tiempo hábil la posición jurídica que el ordenamiento les reconoce. De la regulación normativa resulta con toda claridad cuáles son los conceptos que cabe incluir en la partida reservada para costas y gastos cuando la hipoteca se realiza por vía extrajudicial. Expresamente lo recoge el artículo 236.*k)*.3 del Reglamento Hipotecario: «3. El notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos». La claridad del precepto no deja lugar a dudas: solo son imputables a dicha partida los gastos devengados por honorarios del actuante y de aquellos derivados de sus actuaciones (publicación de edictos, gastos de correo...). Cualesquiera otros quedan fuera de la cobertura hipotecaria y por tanto no pueden detraerse del importe del remate o adjudicación fuera de los casos en que hayan recibido una cobertura específica e independiente. Finalmente es inadmisible la pretensión de que existiendo una carga anterior de cuyo importe se hace cargo la adjudicataria, procede su descuento del importe adjudicado.

Resolución de 30-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Granada, número 6

PROPIEDAD HORIZONTAL: RENUNCIA ABDICATIVA DEL TITULAR DE UN DEPARTAMENTO.

Ciertamente, como dice el Código Civil (art. 6.2) y repite el registrador, la renuncia no puede causar perjuicios a terceros. Pero aquí los demás propietarios (en las relaciones internas) no son terceros jurídicamente extraños, sino terceros jurídicamente interesados, con una posición más cercana a la de partes que a terceros en la medida que la renuncia en cuestión, en cuanto libera unilateralmente a uno de la relación jurídica plurilateral que ligaba a todos, tiene repercusiones jurídicas automáticas para los demás. Lo que, como vamos a ver, impone la necesidad, sino para la validez o eficacia sustantiva de la renuncia, desde luego para su inscripción, de acompañar al título la oportuna notificación a los demás propietarios, a efectos de que estos puedan impugnarla si la consideran realizada en su perjuicio. Ahora bien, dado que la renuncia de un propietario a su departamento implica que este pase a ser titularidad de los demás condueños en pro indiviso ordinario y en proporción a sus cuotas en la propiedad horizontal, parece necesario contar con el consentimiento explícito de estos.

Resolución de 30-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Monóvar

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. MONTES CATALOGADOS: LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

De acuerdo con la letra del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario, no puede servir de base para la rectificación de cabida una certificación catastral de la que resulta que la finca en Catastro no está a nombre ni del adquirente ni del transmitente. Teniendo en cuenta que el monte donde está enclavada la finca cuyo exceso se pretende inmatricular figura bajo el número 49 del Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Alicante de la Comunidad Valenciana, que es competente la Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalidad, como resulta de los informes incorporados al título y de la ausencia de acreditación de delegación de competencias y que no se trata de expediente de ocupación de terrenos que requiera conformidad del Ayuntamiento titular.

Resolución de 2-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Calpe

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA COMUNIDAD NO TIENE PERSONALIDAD JURÍDICA.

Dado que la Comunidad de Propietarios no tiene personalidad jurídica, no es posible inscribir a su nombre un trastero que se le adjudica en un procedimiento de ejecución. Sí que sería inscribible si la adjudicación se hubiera hecho a todos los propietarios del edificio en proporción a sus cuotas.

Resolución de 2-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Mojácar

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DOCUMENTOS NECESARIOS.

Es cierto que la labor del registrador en la búsqueda de la posible constancia previa de la finca que ahora se pretende inmatricular debe ser exhaustiva y este ha de extremar el rigor para evitar dobles inmatriculaciones, pero sin que de ello pueda colegirse una genérica obligación de los interesados de aportar en el procedimiento de inmatriculación cuanta documentación previa obre en su poder, pues la propia norma ha limitado tal exigencia al título previo al inmatriculador.

Resolución de 2-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Parla, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE ANOTACIONES DE EMBARGO.

Salvo las excepciones de los casos previstos en el artículo 55.1 de la Ley Concursal, corresponde al juez del concurso la competencia para ordenar la cancelación de las anotaciones de embargo que pesan sobre la finca titularidad del concursado. La naturaleza de los créditos anotados se entiende acreditada con la manifestación del administrador concursal en la escritura de venta de la finca, y con la ulterior aprobación judicial de la venta. Pero resulta necesario que del mandamiento judicial resulte que los acreedores titulares de las anotaciones que van a ser canceladas han sido oportunamente notificados al efecto.

Resolución de 5-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Madrid, número 15

OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Aunque la regla general es la de que de la cantidad a consignar en caso de ejercicio del derecho de opción es la de que cabe descontar de esa cantidad a consignar el importe de cargas anteriores que son asumidas por el optante, no cabe hacer tal detracción si se dan estas circunstancias: *a)* quien ejerce el derecho de opción de compra es causahabiente del titular de la opción, que compró en escritura estando ya anotado el embargo sobre la finca; *b)* el ejercicio de la opción se realiza igualmente con posterioridad a la anotación del embargo; *c)* la subrogación se produce en una obligación vencida, de la que no consta registralmente su ejecución, por cantidad superior a la responsabilidad hipotecaria por principal.

Resolución de 5-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Manilva

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA. PACTO COMISORIO PROHIBIDO.

Existiendo diferencias entre la descripción de la finca en el título previo y, la que de la misma figura en el título inmatriculador, en términos tales que permitan albergar una duda razonable acerca de que se trate de la misma finca, no puede entenderse cumplido el requisito establecido tanto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria como, posteriormente, en el artículo 298 de su Reglamento, de la necesaria acreditación fehaciente por el transmitente de su adquisición de la finca o derecho con anterioridad a la fecha del título inmatriculador. Todo ello al margen de la necesaria coincidencia con la descripción resultante de la certificación catastral. No hay pacto comisorio prohibido cuando al realizar una dación en pago de una deuda previa, el cedente se reserva el derecho de recompra durante un determinado plazo.

Resolución de 5-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro de Sevilla, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS. CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Las copias compulsadas, exclusivamente a los efectos del procedimiento de presentación que regula el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que no hay que olvidar ejecuta la propia administración receptora de forma que las copias cotejadas se dirigen directamente por esta al organismo destinatario, cumplen los requisitos del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. No es posible cancelar una condición resolutoria distinta de la que garantiza el precio aplazado, cuando no se ha señalado un plazo de ejercicio, sin que preste su consentimiento el favorecido por la resolución.

Resolución de 6-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Cerdañola del Vallés

REPRESENTACIÓN: RESEÑA DEL PODER.

Si de la reseña del poder que realiza el notario resulta que el mismo se halla inscrito en el Registro Mercantil, no puede el registrador desmentir tal afirmación, salvo que se apoye en una consulta específica de los asientos de tal Registro.

Resolución de 6-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Coria

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

No cabe practicar la inmatriculación de una finca en virtud de expediente de dominio, si del testimonio de la resolución judicial resultan dos descripciones diferentes de la finca, no coincidiendo con la que resulta de la certificación catastral y existiendo dudas por el registrador de que la parcela pueda formar parte de otra ya inscrita.

Resolución de 6-9-2013
(BOE 12-10-2013)
Registro de Getafe, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce para solicitar la rectificación de asientos ya practicados, los cuales están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 6-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Herrera del Duque

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Ciertamente, la falta de la titularidad registral a favor del causante, de los bienes sobre los que se solicita la inscripción, es un obstáculo determinante que impide la práctica de la anotación preventiva de Derecho hereditario recogida en el artículo 42.6 de la Ley Hipotecaria, así como las disposiciones del testamento que procedan en su caso. Es una manifestación del Principio de Tracto Sucesivo regulado en el artículo 20 de la misma Ley.

Resolución de 6-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Sahagún

BIENES PÚBLICOS: BIEN PATRIMONIAL AFECTO A UN SERVICIO O USO PÚBLICO.

A los efectos de su apreciación en la calificación registral, la vinculación material de un bien patrimonial a un servicio público o función pública con eficacia enervante de la disponibilidad o embargabilidad del bien, a que se refiere la doctrina del Tribunal Constitucional, debe resultar del Registro o de la titulación auténtica presentada por circunstancias jurídicas distintas de las meramente fácticas. En consecuencia, constando en la documentación presentada la vocación de demanialidad del bien adquirido por razón de su vinculación a un destino público predeterminado (constituir la sede de un centro social público), destino que determina su asimilación al régimen propio de los bienes patrimoniales materialmente afectos a un uso general o servicio público, se cumple el requisito exigido para que el bien tenga el carácter de indisponible (cfr. art. 30.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de aplicación general a las entidades integradas en la Administración local *ex* artículo 2 y D.F. 2.ª de la citada Ley), lo que impide la inscripción registral de la hipoteca constituida sobre el mismo (cfr. art. 106.2 de la LH), debiendo, en consecuencia, confirmarse la calificación registral recurrida.

Resolución de 9-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registros de Arenys de Mar

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: ENAJENACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. HIPOTECA DE PROPIETARIO: PROHIBICIÓN.

Para poder llevar a cabo la enajenación de unos bienes fideicomitidos es necesario cumplir estrictamente lo establecido por el testador. La inscripción de la hipoteca a favor de comprador, en garantía de las cantidades pagadas por el precio de la compraventa, impuesta sobre la propia finca comprada, generaría

una hipoteca de propietario proscrita en nuestro Derecho, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo.

Resolución de 9-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Barcelona, número 6

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTEGRIDAD DEL TÍTULO.

Para poder calificar un título, este ha de ser íntegro y auténtico, por lo que no cabe despachar un testimonio de resolución judicial al que le faltan algunas páginas.

Resoluciones de 10 y 19-9-2013
(BOE 14 y 22-10-2013)
Registro de Gijón, número 6, y Telde, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso gubernativo no es el cauce para solicitar la rectificación de asientos ya practicados, los cuales están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 11-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Madrid, número 29

HERENCIA: DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS SIN INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

En el sistema del Código Civil el llamamiento *ab intestato* no se produce para asegurar en toda sucesión un heredero, sino para evitar la vacancia de bienes cuando el testador, con independencia del título en que lo haga, no dispone de todos los bienes relictos. De entender que en todo caso en el cual los legados no agoten el total caudal relicto no cabe aplicar la norma del artículo 891, o si se exige una voluntad expresa del testador sobre la distribución de todo su patrimonio en legados, nunca podrá tenerse la certeza absoluta de que los legados ordenados abarquen efectivamente todos los bienes de la herencia, por lo que ante la incertidumbre sobre la posibilidad de que exista algún elemento patrimonial que no ha sido objeto de disposición sería imprescindible siempre abrir la sucesión intestada para que una vez llamados los herederos abintestato pueda realizarse la liquidación del patrimonio hereditario. Por ello debe admitirse la interpretación del artículo 891 del Código Civil según la cual en los casos en que el testador no hubiera dispuesto de algún bien de escaso valor en relación con el resto del caudal relicto debe también aplicarse dicha norma legal si —como ha apreciado la albacea en este caso— existe una voluntad del testador de que se distribuya su herencia de esa forma, sin necesidad de la apertura de la sucesión intestada.

Resolución de 11-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Mérida, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de la DGRN (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 13-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Torrejón de Ardoz, número 1

HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. HIPOTECA: CLÁUSULA SUELO.

La jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial, como pretende el recurrente. La nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Las cláusulas suelo, al referirse al objeto principal del contrato —aunque no elemento esencial— tiene que cumplir con las obligaciones de transparencia, pero no necesariamente tiene que figurar una cláusula techo como factor de equilibrio. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de la cláusula debatida, requisito esencial según el Tribunal Supremo para la licitud de la misma. Sobre tal extremo el registrador no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia.

Resoluciones de 18 y 19-9-2013
(BOE 12 y 22-10-2013)
Registros de Lepe y Solsona

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN AL TERCER POSEEDOR.

La notificación y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su dominio antes de que se expidiera la certificación de cargas es un requisito necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución de hipoteca.

Resolución de 18-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Madrid, número 17

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

En el supuesto de hecho de este expediente, no podrá por tanto cancelarse la anotación preventiva de demanda de nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca y de cesión del crédito, adoptada judicialmente como medida cautelar —y practicada antes de la escritura de venta extrajudicial—, por mucho que se haya extendido con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, por impedirlo la normativa propia aplicable a la realización de la hipoteca por medio de venta extrajudicial ante notario (cfr. art. 236.1 del RH), y sin que ello signifique ninguna tacha a la actuación notarial que ha sido la correcta al autorizar la escritura de adjudicación.

Resolución de 18-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro de Palencia, número 1

BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO.

Con carácter general, aunque cuando no figure inscrita en el Registro la afectación formal del bien, si su condición demanial resulta inequívocamente a través de la afectación presunta derivada de su destino de sede, y este se desprende de la documentación auténtica presenta para su calificación e inscripción, debe el registrador aplicar el régimen jurídico propio de los bienes demaniales y en consecuencia denegar la inscripción de cualquier hipoteca sobre los mismos (cfr. arts. 106 de la LH y 30.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). En el ámbito administrativo, frente a los entes territoriales que se caracterizan por la universalidad de sus fines, los no territoriales se limitan a gestionar un servicio concreto que le encomienda un ente territorial, al que necesariamente están afectos y que despliega sobre aquellos una potestad de tutela que, en el caso de los entes institucionales, se proyecta incluso sobre su organización y funcionamiento. En relación a los entes no territoriales, ha de partirse de su *summa divissio* entre corporaciones e instituciones. El dato

esencial que caracteriza a las primeras es que la Corporación es un conjunto de personas, que adoptan la condición de miembros a cuyos intereses sirven el ente, siendo la voluntad colectiva de los mismos la que, a través de un proceso representativo, integra la voluntad de aquel. Por el contrario en las Instituciones no existen propiamente miembros y los fines que están llamadas a cumplir son los definidos como tales por el fundador, siendo este en el caso de las instituciones públicas una Administración territorial. Por otra parte, en el caso de las Corporaciones rige la técnica de la «autoadministración». Por ello no puede afirmarse la existencia de un criterio legal de subsunción plena de las Corporaciones en el concepto estricto de Administración Pública, y por ello ni sus fondos integran el patrimonio público, ni sus cuotas son exacciones públicas sujetas a la legislación tributaria, ni sus empleados están sujetos al estatuto funcionarial, ni sus actos son actos administrativos salvo en el caso de los producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuidas o delegadas. Y por ello mismo sus bienes no son nunca demaniales. Aún entre los autores que admiten la posibilidad de que los entes no territoriales sean titulares de bienes de dominio público, hay consenso en entender que ello solo es predicable de los entes institucionales, nunca de las corporaciones. En consecuencia, puede una Cámara Agraria constituir hipoteca sobre un inmueble en el que está ubicada su sede.

Resolución de 19-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Narón

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA.

Este Centro Directivo ha manifestado que el registrador solo puede rechazar la anotación del embargo en aplicación de este precepto, cuando del Registro resultare el carácter de vivienda habitual del bien embargado y no se acreditare que el cónyuge del deudor tiene conocimiento adecuado de ello. Mas si tal carácter no resultare del Registro, no compete al registrador la defensa de los intereses que pudieran estar menoscabados en el procedimiento seguido (véase Resolución de 2-7-2011 y las demás citadas en los «Vistos»).

Resolución de 20-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Almendralejo

CONCURSO DE ACREEDORES: PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Si bien es cierto que, como reiteradamente ha declarado este Centro Directivo, es regla general que el registrador no puede tomar en consideración documentos presentados con posterioridad si con ello se desnaturaliza el principio de prioridad, esta doctrina no juega respecto de documentos que solo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento, como el concurso de acreedores, pues dichos documentos no entran en conflicto objetivo con documentos relativos al dominio o derechos reales, sino que, al contrario, posibilitan una calificación más adecuada a la legalidad, a la vista de la capacidad de los otorgantes.

Resolución de 20-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 5

PUBLICIDAD FORMAL: IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA POR CUYA CUENTA SE SOLICITA.

Las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos implican la necesidad de identificar a la persona por cuya cuenta se solicita la publicidad formal del Registro. A la misma conclusión debe llegarse de una interpretación adecuada del artículo 332 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 20-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Sanlúcar la Mayor, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: SUPUESTOS.

No cabe utilizar el expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, si quien lo insta ha adquirido directamente del titular registral.

Resolución de 23-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Álora

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ENAJENACIÓN POR PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DIRECTA. CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

Cuando la propia norma legal atribuye a la Administración Pública cierto margen de apreciación discrecional en la elección de uno u otro procedimiento, como ocurre en el supuesto previsto en el apartado *k)* del artículo 21 de la reiterada Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía de 1999 al definir el supuesto habilitante de la enajenación directa como aquel en que «por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble», y el ejercicio de esta competencia municipal instrumental de gestión patrimonial —vinculada a otras competencias finalistas como las relativas a la prestación de servicios sociales y a la vivienda, igualmente de titularidad municipal [cfr. arts. 25.2.*k)* y *j)* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y 9.2 y 3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía]—, se ha producido con el apoyo del correspondiente informe técnico de los servicios sociales municipales, favorable a la adjudicación directa de la vivienda a los ocupantes de la misma (ocupación que en este caso se remonta a un periodo de cuarenta años) por razón de la existencia de un riesgo de exclusión social respecto de los mismos, y por el precio que resulta de la tasación oficial que han realizado los propios servicios técnicos del propio Ayuntamiento, no cabe tachar de arbitrario el ejercicio de la potestad administrativa atribuida al ente local enajenante por la citada Ley de Bienes de las Entidades Locales de

Andalucía al apreciar la concurrencia de las razones excepcionales que habilitan el citado procedimiento de enajenación directa.

Resolución de 30-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Barcelona, número 6

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO EN CASO DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN DE SOCIEDADES.

Considerando que el párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece que en caso de juicio ejecutivo contra bienes inmuebles determinados se sobreseerá el procedimiento de apremio sobre los mismos en el instante que conste en autos que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo «a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro»; teniendo en cuenta que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario admite la anotación de embargo por deudas propias del demandado en que concurra heredero o legatario del titular registral con tal que se aporte el testamento o declaración de herederos y los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante; que se aprecia, necesariamente, identidad de razón de un lado entre la sucesión *mortis causa* de personas físicas y la transmisión en bloque de patrimonios de la absorción de sociedades y, de otro, entre el título sucesorio y sus complementarios y la inscripción en el Registro Mercantil; y dado que no son los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 166 de su Reglamento preceptos penales, excepcionales ni de ámbito temporal; la conclusión no puede ser otra sino aplicar estas dos normas a la sucesión universal causada por la absorción y entender que el embargo trabado contra la sociedad absorbente cuando consta justificada la absorción es suficiente para tomar anotación preventiva sobre la finca inscrita a favor de la sociedad absorbida, aunque dicha absorción no se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 30-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro de Olivenza

HERENCIA: PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR.

La cuestión que debe ser resuelta en el presente expediente es determinar si entre las facultades del albacea contador-partidor se encuentra la de concretar, junto con el cónyuge viudo, las viviendas y locales que han de ser entregados a la viuda en pago de sus gananciales y a los herederos del causante en la partición de la herencia, en ejecución del contrato de permuta de solar por obra futura formalizado por el causante en escritura pública. En el caso de este expediente, la permuta se configuró con una eficacia no meramente obligacional, configurando el derecho del cesionario —la contraprestación consistió en la transmisión de una cuota parte del edificio— como verdadero *ius ad rem,* por lo que la determinación concreta de los pisos está más cerca de los actos especificativos o instrumentales para la partición, que de los actos dispositivos extraños a las funciones de los albaceas. Y no cabe olvidar el carácter inventariable en una partición no solo

de bienes y derechos plenamente identificados y perfectos, sino también de los bienes y derechos pendientes de cumplimiento (vid. STS 13-5-1916).

Resolución de 1-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro de Berja

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: PROINDIVISOS EN ANDALUCÍA.

La Comunidad Autónoma andaluza tiene la competencia de determinar los supuestos de actos de naturaleza urbanística que están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, así como sus eventuales limitaciones y las sanciones administrativas que conlleva la realización de actos sin la licencia o sin respetar sus límites. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto jurídico tenga acceso al Registro, cuando la legislación autonómica aplicable la exija. Dada la naturaleza de la finca (bancal de mil setecientos metros cuadrados); las causas de la adjudicación indivisa (un legado testamentario); y la inexistencia de pactos, en el presente caso ha de considerarse que no existe indicio alguno revelador de una parcelación y con ello intención de asentamiento, a menos que pueda derivarse del título presentado. Todo ello sin perjuicio, como ya señalare la Resolución de este Centro Directivo, de 10 de octubre de 2005, 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», lo que no puede deducirse *per se* del supuesto planteado.

Resolución de 1-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro de Madrid, número 17

AFECCIONES URBANÍSTICAS: EFECTOS RESPECTO A ACREEDORES HIPOTECARIOS.

No habiéndose tomado la anotación preventiva de embargo en el procedimiento de apremio administrativo dentro del plazo de vigencia de la afección por gastos de urbanización, y transcurrido el plazo de siete años de caducidad que reglamenta el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es procedente la cancelación de la afección urbanística caducada, al inscribirse la venta extrajudicial de la hipoteca inscrita con anterioridad.

Resolución de 2-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro de Alicante, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESARIA INSCRIPCIÓN DE TÍTULOS PREVIOS.

En la escritura calificada, objeto del presente recurso, no solo se pretende inscribir una segregación de finca —para lo cual sería suficiente—, sino que en

la descripción del resto se hace constar que en ella se encuentra construida la casa sobre la que se ejercitó el derecho de superficie, con referencia a la escritura previa a que se refiere la nota de calificación. Además se declara la obra nueva que también se declaró en el título previo, y que no se pudo inscribir por defectos que no fueron recurridos. Incluso en la escritura de segregación que motiva este expediente se acompaña declaración de innecesariedad de parcelación, pero nada se hace referencia a las licencias de edificación.

Resolución de 2-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro de Madrid, número 53

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. Lo que sí resulta imprescindible es que en el mandamiento se identifique con claridad (con alusión a importes, notario autorizante, fecha, o al número de inscripción concreta) cuál es la hipoteca que se ejecuta, en el caso de existir varias sobre la finca.

Registro Mercantil

por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 2-7-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número XIV

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO.

Reitera el contenido de las Resoluciones de 5 y 16-3-2013. Tras la STS de 18-7-2013, ha quedado modificada la doctrina. Se está ante una sociedad

profesional siempre que en su objeto se incluyan actividades que constituyan el objeto de una profesión titulada de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación de la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente en los estatutos (no en el otorgamiento). O que se trata de una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación. No basta con decir que esas actividades se realizarán por medio de los correspondientes profesionales. En este caso, el objeto incluía actividades relacionadas con la odontología.

Resolución de 3-7-2013
(BOE 1-8-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

CALIFICACIÓN. PRIORIDAD.

En el Registro Mercantil el principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que un Registro de Bienes y debe interpretarse restrictivamente. El registrador en su calificación debe tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados sino también los auténticos y relacionados con estos aunque se hayan presentado después.

Procede por ello en este caso rechazar la inscripción de un aumento de capital cuando se ha practicado anotación de medidas cautelares consistentes en que el socio demandado se abstenga de efectuar operaciones que puedan modificar la distribución del capital social.

Resolución de 4-7-2013
(BOE 5-8-2013)
Registro Mercantil de Alicante, número II

PUBLICIDAD.

Queda bajo la responsabilidad del registrador mercantil la atención de las consultas relativas a la publicidad de datos personales. Están protegidos no solo los relativos a la vida privada de la persona, sino todos aquellos que identifiquen o permitan su identificación, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole. Solo pueden ser objeto de publicidad formal para finalidades propias de la institución registral. Por ello es necesario expresar la causa y finalidad de la consulta.

Pueden expedirse notas simples informativas de carácter literal, pero ello no implica que deban contener el historial completo del folio, dada la necesaria purga de datos personales.

El registrador está legitimado para adoptar las medidas de identificación del solicitante de la publicidad que considere oportunas, pues debe archivar las solicitudes, pero dichas medidas no pueden limitarse a la comparecencia física o legitimación notarial de la firma, sino que debe comprender cualquier otro sistema que cumpla dicha finalidad, ya sea por medios físicos o telemáticos.

Resolución de 10-7-2013
(BOE 8-8-2013)
Registro Mercantil de Navarra

ADMINISTRADOR. PERSONA JURÍDICA. ACUERDOS SOCIALES. CONVALIDACIÓN.

Cuando la persona jurídica nombrada administrador es una sociedad de capital, la designación de la persona física que debe representarla en el ejercicio de las funciones propias del cargo corresponde a su órgano de representación.

La identidad del representante designado debe inscribirse al mismo tiempo que el nombramiento de la persona jurídica administradora. Si el designado pertenece a su órgano de administración basta con presentar certificación correspondiente al acuerdo expedida por dicho órgano; en otro caso, la designación debe figurar en escritura de poder.

En este caso el acuerdo lo adopta la junta general pero la Dirección General admite el recurso al ser el propio administrador único de la sociedad administrador la que eleva a público el acuerdo, que además puede designarse a sí mismo. El acuerdo social eventualmente nulo por haber sido adoptado por órgano incompetente debe reputarse subsanado, *ex* artículo 207.2 LSC, cuando se elimina la causa de la eventual impugnación.

Resolución de 11-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro Mercantil de Madrid

JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

Reitera la doctrina de la Resolución de 28-1-2013.

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. El artículo 171 LSC tiene carácter excepcional solo para el supuesto contemplado. En el caso de que el órgano de administración no pueda adoptar el acuerdo relativo al ejercicio de la facultad de convocar, habrá que acudir a la vía de la convocatoria judicial.

Resolución de 19-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro Mercantil de Segovia

APORTACIONES NO DINERARIAS. DESCRIPCIÓN. ASIGNACIÓN DE PARTICIPACIONES.

La descripción de los bienes aportados debe permitir la identificación e individualización suficientes de los mismos, en interés, no solo de los socios,

sino también de los acreedores y otros terceros. Tratándose de aportación de acciones de sociedades cotizadas, es suficiente la referencia al número de acciones, dada su completa fungibilidad. La inclusión de referencias técnicas individualizadoras de este tipo de acciones no añadiría ninguna garantía más ni a socios ni a terceros.

En cuanto a las participaciones atribuidas, la razón de tal exigencia ha de buscarse en el régimen de responsabilidad por la realidad y valoración de los bienes aportados que establece el artículo 73 LSC. La determinación de qué participaciones son las asumidas mediante el desembolso de cada una de esas aportaciones no dinerarias permite identificar en el futuro a uno de los sujetos legalmente responsables de la realidad y valor de tal aportación.

Resolución de 22-7-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro Mercantil de Sevilla

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN. ADMINISTRADOR. CESE Y NOMBRAMIENTO. JUNTA UNIVERSAL. ORDEN DEL DÍA.

Esta resolución tiene relación con otra de 21-1-2013, relativa a la misma sociedad.

En la certificación del acta —o en la escritura o en el acta notarial— deben constar los elementos esenciales para apreciar la regularidad de la convocatoria (entre otros nombre y cargo de los convocantes) o, en su caso, las circunstancias necesarias para su apreciación como junta universal. No puede considerarse universal la junta a la que asisten todos los socios si no consta de forma expresa la aceptación unánime del orden del día.

El cese y nombramiento de los administradores puede ser acordado en la junta general aunque no conste en el orden del día.

Resolución de 5-8-2013
(BOE 24-9-2013)
Registro Mercantil de Madrid

ACTA NOTARIAL. CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA. DOMICILIO. CERTIFICACIÓN DE TRASLADO.

El órgano de administración puede reconocer como socio a quien se lo acredite a su satisfacción aunque no conste en el Libro Registro.

El registrador ha de estar a la declaración del presidente de estar válidamente constituida la junta, salvo que de los hechos resulte patente la falta de legalidad y acierto en su declaración, como cuando existen juntas contradictorias (Resolución de 20-12-2012), dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29-10-1999) o dos Libros de Registro diferentes (Resolución de 13-2-1998). En otro caso, el procedimiento registral es ajeno a la resolución de contiendas judiciales sobre la condición de socio.

La certificación de traslado debe reproducir las cuentas de los últimos cinco ejercicios en los términos que resulten del Registro. Pero si se ha hecho constar en el registro de origen la no aprobación de las cuentas y por tanto enervado

el cierre registral, debe practicarse la inscripción solicitada en el Registro de destino.

Resolución de 28-8-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro Mercantil de Sevilla

JUNTA. CONVOCATORIA. COMPETENCIA. ADMINISTRADORES. SUSPENSIÓN.

Debe constar en la certificación o en la escritura o en el acta notarial, los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria de la junta o las circunstancias necesarias para su consideración como universal.

En caso de constar anotada la medida cautelar de suspensión del acuerdo de separación de administradores y nombramiento de unos nuevos, ni unos ni otros pueden convocar la junta.

Resolución de 5-9-2013
(BOE 4-10-2013)
Registro Mercantil de Castellón

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 6-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro Mercantil de Valencia, número III

ESTATUTOS. JUNTA. LUGAR DE CELEBRACIÓN.

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.

Resolución de 17-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro Mercantil de Navarra

RECURSO. SUBSANACIÓN.

La subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación ni impide a cualquiera de los legitimados, incluso el que subsanó, la interposición del recurso, ni implica desistimiento de la instancia, ni decaimiento de su objeto en caso de que la subsanación haya tenido lugar tras la interposición del recurso. Por ello procede la inscripción.

Resolución de 18-9-2013
(BOE 14-10-2013)
Registro Mercantil de Málaga

JUNTA. CONVOCATORIA. COMPETENCIA. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

En caso de dos administradores mancomunados solo cabe la convocatoria por uno solo de ellos en los supuestos del artículo 171 LSC y para la exclusiva designación de administrador en lugar del cesado o fallecido.

Resolución de 23-9-2013
(BOE 22-10-2013)
Registro Mercantil de Arrecife

ESTATUTOS. ADMINISTRADORES. CONSEJO. NÚMERO.

No cabe la inscripción de acuerdos contrarios a los estatutos sin la previa inscripción de su modificación. Si se ha optado en los estatutos por un número concreto de miembros del consejo (no mínimo y máximo), la junta no puede nombrar número distinto.

En este caso los estatutos fijan en seis el número de consejeros; hay tres vacantes; en la junta se nombran dos por el sistema proporcional; y se deja para otro momento el nombramiento del sexto. La junta debe nombrar los tres consejeros para cubrir las vacantes simultáneamente, sin perjuicio de que, conforme al artículo 141 RRM, se pueda practicar la inscripción sucesiva de los designados a medida que vayan aceptando.

Resolución de 1-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro Mercantil de Madrid

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. COMPETENCIA. CONVOCATORIA. FORMA.

La ley atribuye la competencia para convocar la junta al órgano de administración en su conjunto, no *uti singuli* a cada uno de los administradores y deben ejercitarla de conformidad con la modalidad del órgano de administración adoptado por la compañía. Por ello, en caso de Consejo, es este quien debe adoptar la decisión de efectuar la convocatoria; no es válida la efectuada tan solo por el presidente.

Cuando los estatutos concretan una forma de convocatoria —telegrama o burofax con acuse de recibo— el órgano de administración no puede utilizar otro —carta certificada con acuse de recibo, con o sin conducto notarial—. No solo es imperativa la utilización del servicio postal, sino también las características del envío, más rápido en los primeros.

Los estatutos tienen carácter imperativo y vinculan a los órganos sociales, a los socios e incluso a terceros.

Resolución de 2-10-2013
(BOE 28-10-2013)
Registro Mercantil de Cantabria

ACCIONES/PARTICIPACIONES. ADQUISICIÓN DE LAS PROPIAS. ACUERDOS SOCIALES. NULIDAD. CANCELACIÓN DE ASIENTOS.

La LSC establece un régimen jurídico diferente para las SSLL y las SSAA, reservando la sanción de nulidad para las adquisiciones originarias por SL y para las derivativas fuera de los casos previstos (art. 140 LSC) y remitiéndose al artículo 139 para las anónimas (art. 147).

La categoría civil de la nulidad y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata en el ámbito mercantil y más específicamente en el de sociedades, en el que se tienen en cuenta otros principios susceptibles de protección. La posición de los terceros debe ser respetada para no hacer ilusoria la protección que el ordenamiento proclama (art. 20 CCo.).

La declaración de nulidad del acuerdo de aumento que hace la sociedad emisora y que se traduce en la rebaja de la cifra de capital hasta ahora publicado, conlleva la amortización de las participaciones emitidas y la restitución de la aportación que en su día hizo el socio suscriptor. Ello reconduce a los mecanismos de protección de terceros acreedores que establecen los artículos 331-333 LSC, relativos a la reducción de capital por restitución de aportaciones. El título cuya inscripción se pretende deberá contemplar cuál de esos mecanismos se ha utilizado: responsabilidad solidaria de la sociedad y el socio; constitución de reserva indisponible; o respeto al derecho de oposición de acreedores en los supuestos en que los estatutos así lo contemplen.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución 1800/2013, 27-7-2013
(DOGC 20-8-2013)
Registro de Montblanc

MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN SEPARADA: CANCELACIÓN.

Tratándose de un censo que no aparece inscrito, sino solamente mencionado en una inscripción, lo que procede es cancelar dicha mención por los procedimientos previstos al efecto en la Ley Hipotecaria.

Resolución 1801/2013, 29-7-2013
(DOGC 20-8-2013)
Registro de Palafruguell

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: A FAVOR DE LOS ACREEDORES DE UN LEGITIMARIO.

Tratando el presente supuesto del posible acceso registral de un embargo del derecho a la legítima sobre los bienes del causante por deudas del legitimario, y estando regulado este derecho por la legislación civil catalana, es evidente la competencia de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas para resolver este recurso, de acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Ley 5/2009, del 28 de abril, ratificándolo así los Autos del Tribunal Constitucional 105/2010, de 29 de junio, y 177/2012, de 2 de octubre. El legitimario, como tal, ostenta un simple derecho de crédito y no constando tampoco que sobre las fincas titularidad de su causante le corresponda algún derecho, ni que la heredera haya optado por la satisfacción de la legítima en bienes de la herencia, no se puede inscribir ningún derecho del legitimario en el Registro de la Propiedad. En consecuencia y no habiendo accedido al Registro el derecho a la legítima, tampoco se puede extender anotación preventiva de embargo sobre el mismo ni sobre los bienes hereditarios.

Resolución de 1802/2013, 30-7-2013
(DOGC 20-8-2013)
Registro de Sant Boi de Llobregat

FIDEICOMISOS CONDICIONALES: EFECTOS.

Cuando se trata de un fideicomiso sujeto a condición, de acuerdo con lo establecido en la Compilación, los fiduciarios pueden gravar y disponer de los bienes, pero quedando sujetos esos actos a la condición resolutoria de que el llamamiento del fideicomisario llegue a buen término. Pero los fideicomisarios no pueden tomar la posesión de los bienes por sí mismos, sino que han de reclamar la entrega a los fiduciarios o a los adquirentes.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA CURATELA Y EL DISCAPACITADO DESDE EL PRISMA DEL «PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD». *ESTUDIO JURISPRUDENCIAL* *

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: INCAPACITACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006.—II. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON FALTA DE CAPACIDAD.—III. SISTEMAS DE PROTECCIÓN: REINTERPRETACIÓN DE LA CURATELA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN.—IV. PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: INCAPACITACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

Al hilo de una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre un supuesto de incapacitación parcial[1], hemos considerado conveniente

* 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, en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

[1] STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de junio de 2013, recurso: 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 421/2013. Número de recurso: 1220/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 92052/2013. Las sentencias de instancia estimaron la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y declararon la incapacidad del demandado para regir

detenernos brevísimamente en alguna de las cuestiones que en la misma se plantean recogiendo la consolidada jurisprudencia del Alto Tribunal.

Partimos del hecho sabido de que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un *criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales* que comporta.

El artículo 10 CE se basa en el reconocimiento de la *dignidad de la persona* donde se establece que la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento[2].

Por otro lado, el *principio de igualdad* consagrado en el artículo 14 CE, podría verse vulnerado al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes de las que se gobiernan por sí mismas. Por ello hay que partir de que al enfermo psíquico se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por ello, el Código Civil establece la adopción de medidas específicas para la protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. Pero dicha insuficiencia mental que *justifica un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada,* y, que a su vez, deroga el principio de igualdad, tiene que analizarse en relación con el exclusivo interés de la persona, que en base a dicha cualidad sigue teniendo *capacidad jurídica* y *sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección*.

Por último, el artículo 49 CE insiste en que al ser la persona el valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional se obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección de las personas incapacitadas.

---

jurídicamente tanto su persona como su patrimonio, nombrándole un tutor legal. El TS estima los recursos de casación formulados por ambas partes y declara que el demandado es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, designando un curador para complementar su capacidad.

[2] La STC, Sala Segunda, 174/2002, de 9 de octubre de 2002, recurso: 1401/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de sentencia: 174/2002. Número de recurso: 1401/2000. LA LEY 7855/2002. Vulneración del derecho a un proceso con garantías por falta de citación del padre en un juicio sobre incapacitación. Legitimación activa de quien no es titular del derecho fundamental supuestamente lesionado pero se halla respecto a él en determinada situación que le hace acreedor de un «interés legítimo» para solicitar su tutela.

Sentencia que dice que: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que *el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC) se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al artículo 24.2 CE».

Protección ante el sufrimiento de una serie de limitaciones en su integración social tanto en el campo del Derecho Civil como en el ámbito del bienestar social[3].

A su vez tenemos que tener presente la normativa que rige esta situación en el Código Civil dentro del marco constitucional de protección de las personas con falta de capacidad y bajo el prisma de la Convención de Nueva York, de 2006, que en su artículo 12 se refiere *al igual reconocimiento como persona ante la ley*[4].

---

[3] Como pone de relieve, entre otras: la STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (rec. 3551/1995. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Número de recurso: 3551/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12048/1999) relativa a *la fijación del ámbito de la incapacitación parcial en el aspecto patrimonial* que declaró que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial».

En el mismo sentido la STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2004 (rec. 584/2000. Ponente: Pedro González Poveda. Número de sentencia: 781/2004. Número de recurso: 584/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1752/2004) referida a la «incapacitación de un tetrapléjico que a pesar de conservar sus facultades intelectivas, no puede comunicarse libremente con el mundo exterior» y entiende que «además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el artículo 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia «impida a la persona gobernarse por sí misma».

El autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). «Atendidas las circunstancias fácticas expuestas ha de concluirse que el recurrente, debido a la enfermedad o deficiencia física que padece acreditada sin ningún asomo de duda en cuanto a su entidad y carácter permanente e irreversible, no se halla en situación de gobernarse por sí mismo. No obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes. Esa forma de comunicación no es espontánea, no se produce a su instancia sino de terceras personas, por lo que carece el recurrente de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto de su persona como respecto de la administración de sus bienes».

[4] Y que concreta: «*1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

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

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

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten

Reglas o criterios que fueron establecidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de abril de 2009, como veremos en el apartado siguiente[5].

Primero debemos detenernos en qué entendemos por discapacitado. Se incluyen dentro de este colectivo las personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1-2 CNY). La legislación española actual[6], dentro del marco constitucional indicado anteriormente, tiene como finalidad *promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales* de las mismas.

Una cuestión a tener en cuenta es que *la cualidad de personas dependientes* es muy variada, pues van desde:

- Aquellas que *sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas*, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad (el supuesto de un discapacitado que no tiene necesidad de ningún complemento de capacidad).
- A aquellos incapaces que pueden *precisar diferentes sistemas de protección* porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada y requiere un complemento por su falta de las facultades de entender y querer.

II. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON FALTA DE CAPACIDAD

Como ya hemos dicho, la STS de Pleno, de 9 de abril de 2009, fijó las reglas interpretativas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo

---

los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

[5] STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2009, recurso: 1259/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 282/2009. Número de recurso: 1259/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 49525/2009.

[6] Nos referimos además de la normativa del Código Civil a:

- La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad;
- la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, y
- la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

establecido en el Código Civil, doctrina que ha sido posteriormente seguida por la STS de 11 de octubre de 2012[7].

En ellas se señala que las causas de incapacidad están concebidas en nuestro Derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, no existe una lista (como ocurría antes) sino que el artículo 200 establece que «*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

El artículo 322 del Código Civil establece una *presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media.*

Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala, pues «para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico... lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el *trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma*»[8].

Para que funcionen los *sistemas de protección* se requiere que concurran algunos requisitos:

- la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico,
- y su carácter permanente, es decir, que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad.

Para lo que hay que tener en cuenta:

---

[7] STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de octubre de 2012, recurso: 262/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 617/2012. Número de recurso: 262/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158043/2012. Reinterpretación de la curatela a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[8] Jurisprudencia nacida de las SSTS de la Sala Primera de lo Civil de 19 de mayo de 1998 (rec. 1369/1995). Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Número de sentencia: 461/1998. Número de recurso: 1369/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5426/1998; de 26 de julio de 1999 (rec. 206/1995). Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Número de recurso: 206/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1009/2000. Declaración de incapacidad de maniaco-depresivo con fases críticas no continuadas; de 20 de noviembre de 2002 (rec. 3854/1999). Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. Número de sentencia: 1082/2002. Número de recurso: 3854/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1026/2003.

En esta última, aunque en la demanda se pedía la incapacitación total, se interesaba que «se constituyera el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado», guarda que comprende también a la curatela declarada por el Tribunal, por lo que no es posible entender que la decisión judicial se apartase de lo interesado en la demanda.

Vid. también la STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de octubre de 2008, recurso: 771/2004. Ponente: Clemente Auger Liñán. Número de sentencia: 974/2008. Número de recurso: 771/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 152109/2008. En esta sentencia se solicita la declaración de incapacidad parcial de la hija, para los actos de disposición y gravamen de los bienes que integran su patrimonio, por padecer un trastorno bipolar. Se desestima por el TS ya que la enfermedad *se manifiesta de forma cíclica, no de forma continuada*. Las alteraciones mentales que padece la demandada, pese a tener el carácter de persistentes, *no repercuten en su capacidad de obrar, ostentando entendimiento y voluntad suficiente para gobernar su persona*. Aceptación por la paciente de su enfermedad, con evidente voluntad colaboradora.

- su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y
- la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia.

La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular.

La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, adaptadas a cada concreta situación:

a) la incapacitación;
b) la curatela, y
c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

Cuestión distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. Y esta fue el punto central de la reforma del Código Civil por la Ley del 83[9]. Desde entonces la jurisprudencia y la doctrina entiende que la incapacitación *es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección*.

Pero además, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un *nuevo sistema de protección*, *sin incapacitación,* para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho Civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33 por 100 y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (art. 2.2).

La declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en el artículo 199 del Código Civil, mediante un procedimiento que asegure el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación y son las garantías esenciales del proceso de incapacitación.

La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.

---

[9] La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, introdujo un *sistema proteccionista*, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida.

El TS indica que esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención de Nueva York, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone que:

1.º El incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. El incapacitado es una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Se trata de un sistema de protección de la persona afectada[10].

---

[10] La propia STS, de 29 de abril de 2009, nos indica cuál es la situación en los países de nuestro entorno cultural, firmantes de la Convención de 2006 y que siguen los mismos argumentos propuestos por el TS:

El *Código Civil de Québec*, cuyo artículo 285 dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse («prendre soin de lui-même») es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes, o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

El *Codice civile italiano*, a partir de su reforma de 9 de enero de 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada «amministrazione di sostengo» (art. 404 Codice civile) y la incapacitación (art. 414 y sigs.). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

El *Code civil francés* establece en el artículo 491 un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de «sauvegarde de justice». Prevé también la tutela (art. 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la ley número 68-5 de 3 de enero de 1968.

El *BGB* reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 establece que «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental, no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad». Y el § 1902 BGB establece: «representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él».

Todos estos ordenamientos establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle de una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y coinciden, aunque con nombres diversos, con los tres grados de protección previstos en el Código Civil español.

III. SISTEMAS DE PROTECCIÓN: REINTERPRETACIÓN DE LA CURATELA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN

La curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, es un modelo de apoyo y de asistencia que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad. Todo lo cual debe abordarse bajo el principio del superior interés de la persona con discapacidad.

La concreción de un *sistema de curatela* no permite mantener el mismo *status* del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Se recurre a la curatela a fin de crear un apoyo personalizado y efectivo en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a fin de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen[11].

---

[11] La figura de la curatela se aplica a aquellos supuestos que se consideran necesitados de una menor protección, pues es la institución de guarda legal que tiene por objeto la intervención del curador en aquellos actos que señala la ley o la sentencia de incapacitación.

Se *caracteriza* por ser un órgano de actuación no habitual, puesto que la intervención del curador sólo tiene lugar en determinados actos de especial trascendencia para la persona o bienes de la persona que queda sometida a ella. La persona sometida a curatela no es un incapaz, sino que sólo tiene limitada (más o menos) su capacidad de obrar. Por ello, en aquellos actos que no pueda realizar por sí solo, será necesaria la asistencia de un órgano que complemente su falta de capacidad. En la curatela la persona actúa siempre por sí, y el curador nunca le representa, sino que se limita a completar su capacidad.

En nuestro Derecho están sometidos a curatela (arts. 286 y 287 CC):

a) Los menores emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
b) Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.
c) Los declarados pródigos.
d) Los incapacitados cuando la sentencia así lo hubiese establecido.

De ahí se deducen las *tres clases de curatela* existentes en nuestro Derecho:

- Curatela de emancipados y habilitados de edad: actúa como sustitutiva de la patria potestad sobre tales menores, como lo demuestra que la función del curador es la misma que la de los padres si los mismos viviesen (art. 288). En consecuencia, el curador sólo intervendrá en los actos a los que se refieren los artículos 323 y 323 del Código Civil.
- Curatela de los pródigos: el pródigo tiene limitada su capacidad de obrar exclusivamente en el ámbito patrimonial, el curador intervendrá sólo en los casos que determine la sentencia de incapacitación (arts. 289 y 298).
- Curatela de los incapacitados: la reforma de 1983 concede amplios poderes al juez para que, atendiendo al grado de autogobierno de la persona, fije las medidas de protección que considere más adecuadas (arts. 210 y 215). Para los que se encuentren en situaciones de menor gravedad, la solución apropiada será la curatela. Será necesaria la intervención del curador en los casos que expresamente establezca la sentencia de incapacitación (o la resolución judicial que la modifique); y si ésta no lo hubiese establecido, será necesaria en los mismos casos en que los tutores precisan de la autorización judicial (art. 290).

El régimen aplicable a los curadores en cuanto a *nombramiento, causas de inhabilidad, excusa o remoción, prohibiciones, retribución, indemnizaciones y fiscalización* de la autoridad judicial ha de ser el mismo que el de los tutores, dada la remisión del artículo 191 del

En el caso de autos de la STS, de 24 de junio de 2013[12], la sentencia precisa que el curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto[13].

Código Civil. En cuanto a su *extinción* ha de atenderse a cada supuesto: así, la de menores emancipados y habilitados de edad se extingue al alcanzar la mayoría de edad, y la de los incapacitados y pródigos, al dictarse la sentencia por la que se declare la plena capacidad de estas personas.

[12] El demandado padece una esquizofrenia paranoide diagnosticada en la Unidad de Salud Mental del Hospital Comarcal Valedora; no tiene conciencia de su enfermedad ni tiene adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico, no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero. Hechos que resultan de la valoración de la prueba y conducen a estimar la *necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona,* que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se *aplique la curatela* y no la tutela.

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa,* completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

[13] No queda afectado el *derecho de sufragio* del que se le priva sin justificación alguna por la Audiencia. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1.*b)* y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el juez, que conoce del proceso, a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado.

IV. PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El punto de partida para adoptar un sistema de protección como remedio para las personas con discapacidad reside, como hemos dicho, en su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, si le permiten hacer una vida independiente, si puede cuidar de su salud, de su economía y si es consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando su capacidad en cada caso.

Todo lo cual debe ser acreditado mediante los pertinentes informes de los especialistas a fin de evitar la imposición de cualquier sistema de protección de grado superior al que la persona con discapacidad padece. Ya que ello equivaldría a una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

Esta expresión del interés superior del discapacitado es una directriz básica que debe inspirar el Derecho moderno de los discapacitados. Como *principio general* debe informar nuestro ordenamiento jurídico con amplitud y energía en muchas normas concretas.

Así pues, el interés del discapacitado, además de principio general de Derecho privado, constituye *per se* un principio constitucional (derivado del art. 10 CE), en relación con el artículo 14 CE y uno de los principios rectores amparados por nuestra Constitución, el artículo 49. La norma suprema le otorga la superioridad normativa formal que ella misma implica y a su vez conlleva que es una garantía para los ciudadanos y, sobre todo, vincula a los poderes públicos[14].

---

[14] El TC en sentencia de 9 de octubre de 2002, *estima la vulneración del derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse realizado irregularmente el trámite de audiencia de los parientes más próximos en el proceso de incapacitación seguido contra el hijo del demandante del amparo, al haberse omitido su audiencia como padre del presunto incapaz.*

Este Tribunal ha declarado que sólo están legitimados activamente para interponer el recurso de amparo quienes sean titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado por el acto o resolución de los poderes públicos objeto de impugnación, no reduce dicha legitimación exclusivamente a los titulares del derecho fundamental infringido, reconociendo también la legitimación a quien, no siendo el titular del derecho fundamental presuntamente lesionado, se halla respecto del mismo en una determinada situación jurídico-material que le confiere un «interés legítimo» para solicitar la tutela de este Tribunal que es lo que ocurre en el supuesto de hecho, esto es, *la denuncia por el recurrente de la lesión de un derecho fundamental ajeno: la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que le correspondía a su hijo, en cuanto que era la persona frente a la que se pretendía la declaración de incapacitación.* Por eso ocurre cuando se trata de una persona que, aun no siendo parte necesaria en un proceso judicial, *debió recibir la oportunidad de intervenir en él, por ostentar un derecho o interés legítimo que podría resultar afectado por la resolución que se dictase.*

En su *cualidad de progenitor, y dada la situación de minusvalía mental del hijo, y con independencia de que legalmente pudiera o no corresponderle la patria potestad, resulta evidente que el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo y que, por su situación de minusvalía, éste se halla inhabilitado para hacer valer, y entre ellos, el de formular el presente recurso de amparo si consideraba que su hijo había sufrido lesión en sus derechos fundamentales.*

Se estima la queja de amparo ya que resulta evidente que la exigencia que entonces establecía el artículo 208 del Código Civil y que ahora se regula en el artículo 759 LEC

El interés del discapacitado actúa como instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretende proteger, proporciona criterios de interpretación y además, deviene norma supletoria de aplicación cuando proceda, a falta de otra norma especial.

Constituye un *concepto jurídico indeterminado* que tiene como ventaja ponderar el interés del discapacitado teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto, así como su propia individualidad y adoptar la solución que le sea más beneficiosa (no solo en el grado de incapacitación, y en la medida de protección a adoptar, sino también en cualquier medida que debe adoptar el tutor, curador o defensor judicial)[15].

---

de dar audiencia a los «parientes más próximos del presunto incapaz», imponía la citación del ahora recurrente a fin de que pudiera ser oído por el Juzgado, lo que no sólo constituye un derecho del ahora recurrente, en su condición de progenitor del presunto incapaz, sino una garantía esencial de éste que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa. En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el letrado designado por el mismo incapaz, la audiencia de los parientes más próximos —-en nuestro caso, del padre— constituye *per se* una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, *en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado* (arts. 210 CC y 760 LEC).

En el presente caso la sentencia recurrida, tras declarar la incapacitación del hijo del recurrente en amparo, en atención a la vecindad civil catalana del incapacitado, con fundamento en el artículo 161 del Código de Familia, acordó la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, fundando esta decisión en «ser ella quien se ha hecho cargo del cuidado y atención del incapaz». Este supuesto, obviando la potestad que igualmente le correspondía al padre. El simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera *conferida la guarda y custodia del hijo no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha en que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que «ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten»*.

[15] STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2004, recurso: 394/2001. Ponente: Francisco Marín Castán. Número de sentencia: 681/2004. Número de recurso: 394/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1762/2004. No está legitimada para promover la declaración de incapacidad una sobrina carnal de la persona a la que se pretende incapacitar. La legitimación activa se limita a los sujetos expresamente determinados por la ley. Oposición a la acción de incapacitación de quien sí estaba legitimado para promoverla. Anulación de la resolución que declaraba la incapacitación absoluta.

STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2004, recurso: 4247/1999. Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Número de sentencia: 716/2004. Número de recurso: 4247/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13495/2004. Se impone siempre el examen personal del presunto incapaz por el juez de primera instancia, pero al juez de apelación sólo si se ha formado una opinión distinta incrementando o disminuyendo la gradación fijada por aquel juez. Se declara la incapacidad total de persona que tiene fases de mayor y menor intensidad en su enfermedad mental con posibilidad de modificar el alcance de la incapacitación en caso de curación.

No obstante tiene como inconveniente el sometimiento de la resolución del problema planteado, o de la medida a adoptar, a criterios subjetivos de los responsables de su interpretación y aplicación[16].

El contenido esencial del interés del discapacitado consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad[17]; y salvaguardando los bienes jurídicos de la

---

[16] STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de septiembre de 2011, recurso: 1491/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 625/2011. Número de recurso: 1491/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 182904/2011. Legitimación de los tutores para ejercitar la acción de divorcio en representación de la esposa incapacitada. ...«los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código Civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

1.ª Debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 216.1 del Código Civil, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial». Por ello, el artículo 271 del Código Civil exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2.ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000.

3.ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias».

STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de julio de 2010, recurso: 1871/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 447/2010. Número de recurso: 1871/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 157550/2010. Nulidad del contrato de opción de compra y venta de acciones cuya titularidad correspondía a los incapacitados, celebrado por el tutor sin haber obtenido autorización judicial. No es posible obligar al tutor a pedir una autorización *a posteriori* para convalidar un contrato nulo, ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses de los sometidos a tutela, no acceda a ella.

[17] STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de junio de 2004, recurso: 2898/1999. Ponente: Jesús Corbal Fernández. Número de sentencia: 646/2004. Número de recurso: 2898/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1761/2004. Exigencias para la restricción y control de la capacidad de las personas físicas. Apreciación de una situación de incapacidad limitada, no absoluta, siendo suficiente el régimen protector de la curatela. «Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad, en armonía con

personalidad, a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que él actúe por sí mismo cuando tenga capacidad suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la tutela, cotutela y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona.

En definitiva, el interés superior del discapacitado se refiere al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus tutores, curadores o administraciones públicas (es decir todo el sistema tuitivo). Este principio se perfila como una ventaja efectiva para el discapacitado unida a la elusión de un perjuicio o desventaja para él que afecta tanto a los bienes materiales y patrimoniales, como a los espirituales o ideales (todos aquellos derechos subjetivos que la persona considera valiosos)[18].

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Sala Segunda, 174/2002, de 9 de octubre de 2002, recurso: 1401/2000. Ponente: Tomás Vives Antón. Número de sentencia: 174/2002. Número de recurso: 1401/2000. LA LEY 7855/2002.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de junio de 2013, recurso: 1220/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 421/2013. Número de recurso: 1220/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 92052/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de octubre de 2012, recurso: 262/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Número de sentencia: 617/2012. Número de recurso: 262/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158043/2012. Reinterpretación de la curatela a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

---

el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido en la determinación del ámbito de la restricción».

[18] STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 17 de julio de 2012, recurso: 1362/2011. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 504/2012. Número de recurso: 1362/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 134901/2012. Donde se evalúa la tutela parcial limitada a la disposición de bienes, donde el nombramiento de tutor efectuado por el interesado en previsión de su posible incapacitación puede no ser aceptado por el juez cuando se demuestra que puede ser perjudicial para los *intereses de la persona incapacitada. El Fundamento Jurídico 5.º dice que «el propio artículo 234.2 del Código Civil establece que excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere»*. También en el artículo 222-9 CCC se da preferencia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio artículo 222-9.2 CCC se permite al juez prescindir de esta persona, según las circunstancias del caso, si se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al efectuar dicha delación voluntaria, o bien si se efectuó en el curso del año anterior a la declaración de incapacidad y en este caso, el artículo 222-10 CCC establece que la designación del tutor corresponde al juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado y ello siempre que sea conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada (art. 222-10.3 CCC).

De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la declaración voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el artículo 234.1 del Código Civil debe efectuarse en resolución motivada.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de septiembre de 2011, recurso: 1491/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 625/2011. Número de recurso: 1491/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 182904/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de julio de 2010, recurso: 1871/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 447/2010. Número de recurso: 1871/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 157550/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2009, recurso: 1259/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 282/2009. Número de recurso: 1259/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 49525/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de octubre de 2008, recurso: 771/2004. Ponente: Clemente Auger Liñán. Número de sentencia: 974/2008. Número de recurso: 771/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 152109/2008.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2004 (rec. 584/2000). Ponente: Pedro González Poveda. Número de sentencia: 781/2004. Número de recurso: 584/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1752/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2004, recurso: 4247/1999. Ponente: Antonio Romero Lorenzo. Número de sentencia: 716/2004. Número de recurso: 4247/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13495/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de julio de 2004, recurso: 394/2001. Ponente: Francisco Marín Castán. Número de sentencia: 681/2004. Número de recurso: 394/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1762/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de junio de 2004, recurso: 2898/1999. Ponente: Jesús Corbal Fernández. Número de sentencia: 646/2004. Número de recurso: 2898/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1761/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (rec. 3551/1995). Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Número de recurso: 3551/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 12048/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de mayo de 1998, recurso: 1369/1995. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Número de sentencia: 461/1998. Número de recurso: 1369/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5426/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de julio de 1999, recurso: 206/1995. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros. Número de recurso: 206/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1009/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de noviembre de 2002, recurso: 3854/1999. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. Número de sentencia: 1082/2002. Número de recurso: 3854/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1026/2003.

VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.
- Constitución Española (arts. 10, 14, 49).
- Código Civil (art. 200, 322…).
- La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad.
- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad.
- La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

RESUMEN

INCAPACITACIÓN PARCIAL. SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA

La curatela, reinterpretada a la luz de la Convención de Nueva York, es un modelo de apoyo y de asistencia. El principio del superior interés de la persona con discapacidad, principio general de nuestro ordenamiento, insiste en que el sujeto continúa manteniendo su personalidad pero requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen.

ABSTRACT

PARTIAL INCAPACITATION. THE WARD'S HIGHER INTEREST

Guardianship, reinterpreted in the light of the New York Convention, is one model for providing support and assistance. The rule of the higher interest of the person with disabilities, which is a general rule of our legislation, insists that the ward must continue to maintain his or her personality but requires someone to supplement his or her capacity. This supplementary person is there precisely to protect the ward's personality under the same conditions as other people, so as to enable the ward to exercise his or her capacity to act in different situations, always in the shortest possible time, by means of regular controls.

1.2. Familia

LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, REQUISITOS Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. ELEMENTOS PERSONALES. 2. ELEMENTOS REALES. 3. ELEMENTOS FORMALES.—IV. EL RÉGIMEN DE SANEAMIENTO EN LAS DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO.—V. LA INEFICACIA DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la generalidad de nuestro Derecho histórico se ofrece una amplia variedad de figuras de atribuciones gratuitas de larga tradición y que se efectúan a favor de los contrayentes con ocasión del matrimonio. Así en el Derecho romano contemplaba un tipo de liberalidad específico del matrimonio denominada *donatio ante nuptias*, que en el Derecho justinianeo se conoce como *donatio propter nuptias*, que contrapuesta a la dote —que ordinariamente era una aportación de la mujer—, suponía la entrega de determinados bienes hecha por el marido a la esposa con el fin de asegurarle un patrimonio con el que subvenir las necesidades derivadas de la permanencia de aquél, esto es, garantizar a la esposa un patrimonio vidual, caso de premoriencia del varón. Por su parte, el Derecho postclásico dispuso de normas tendentes a regular las denominadas *sponsalitae largitatis*, consistente en los usuales presentes o regalos de boda que tienen con ocasión de los esponsales. La única preocupación reflejada en los textos fue la de evitar que dichas liberalidades rozasen la prohibición de las donaciones entre cónyuges[1]. Asimismo, se regulan las *arrhae sponsalitiae* que intervienen con ocasión de los esponsales.

Posteriormente, en el Derecho germánico se desarrolla la práctica de las donaciones nupciales vinculadas a la concepción del matrimonio como contrato. Hay quien consideraba la dote visigótica como una mezcla de dote *ex marito* germánica y de la *donatio ante nuptias* romana[2].

En España, tanto en el Derecho visigodo como en los posteriores textos jurídicos leoneses y castellanos (Fueros locales y municipales, Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real), y luego en las Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación, y aun en el siglo XV en aquellos pueblos donde conservó su autoridad el Fuero

[1] FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Comares, Granada 2006, pág. 7.

[2] FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 33.

Juzgo, se regulan las atribuciones efectuadas a los contrayentes en consideración a su futuro matrimonio[3].

Sobre tales bases históricas, en el ámbito del Derecho común se conocen estas donaciones con el nombre genérico de arras que «*eran los bienes que el esposo entregaba o prometía a su futura mujer con ocasión del matrimonio en consideración a sus circunstancias personales, como su virginidad y honestidad*»[4]. Estas quedaban sometidas a una tasa máxima para evitar prodigalidades excesivas por parte del esposo.

Junto a las arras, las donaciones esponsalicias eran, igualmente, atribuciones que los esposos realizaban entre sí. Atendiendo a lo señalado en las Partidas (Ley 3.ª, Título 11, Partida 4.ª) se definían como «*el presente o regalo que, antes de la celebración del matrimonio, se hacían por el esposo a la esposa, y alguna vez al contrario y que solía consistir en joyas y vestidos preciosos*»[5]. Con el objeto de evitar excesos en la cuantía de las donaciones, se dispuso en las Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, Título III, Libro X de la Novísima Recopilación, que el esposo no podía dar a la esposa por vía de donación en vestido, joyas, etc., más de lo que supusiera la octava parte de la dote aportada por la mujer. Sin embargo, en las donaciones, que hiciera la esposa, no se les imponía tasa alguna[6].

Respecto de las atribuciones que terceras personas podían realizar a favor de los esposos —principalmente los padres—, estaba la dote y la donación *propter nuptias,* que el Derecho romano admitió como liberalidad otorgada a la mujer en compensación y garantía de su dote y que algunos de los textos de nuestro derecho histórico confundió con las arras (Ley 1.1, Título XI, Partida 4.ª).

Todas las donaciones matrimoniales descritas tienden a simplificarse y a unificarse con la codificación. El primer paso para ello tuvo lugar con el Proyecto de Código Civil de 1836 que, solo se ocupaba de regular las arras y las donaciones esponsalicias, sin hacer mención al resto de las donaciones —especialmente, *propter nuptias*— que hasta entonces se habían hecho en consideración al mismo. En el Proyecto de Código Civil de 1851 se unifican todas las donaciones descritas bajo la denominación «donaciones matrimoniales». Así se regulan en el capítulo II, Título VI, Libro III que aparece dividido en tres secciones.

Los criterios regulatorios fijados en el Proyecto de 1851 son asumidos prácticamente en su integridad por el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, básicamente los contenidos en la Sección primera, si bien con una menor extensión y con formulaciones más conocidas que luego se incorporan al Código Civil en su redacción originaria. Así dedica el capítulo II, Título I del Libro IV «De las donaciones por razón del matrimonio» en dos secciones a la materia: la primera «Disposiciones generales» de (arts. 1344 a 1351); y la

---

[3] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», en *Tratado de Derecho de Familia,* vol. III. *Los regímenes económicos matrimoniales,* directores: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 569.

[4] Collantes de Terán de la Hera, M.ª J., *El régimen económico del matrimonio en el derecho territorial castellano,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 319-320; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 67.

[5] Escriche, J., *voz* «Donación esponsalicia», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* T. I, 2.ª ed., Madrid, 1838, pág. 832.

[6] Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 70-71; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 570.

segunda bajo la rúbrica «De las donaciones entre esposos por razón del matrimonio» (arts. 1352 a 1356)[7].

Sobre tal regulación, el Código Civil en su versión originaria dedica el Capítulo II, Título III, Libro IV de los artículos 1327 a 1335 a las donaciones por razón del matrimonio —un total de nueve preceptos frente a los veinte del Proyecto de 1851—. Tal regulación ha sido modificada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que da nueva redacción a los artículos 1315 a 1444. Así el nuevo Título III del Libro IV pasa a titularse «Del régimen económico-matrimonial», y se distribuye en seis capítulos, siendo el capítulo III el que con el mismo título «Donaciones por razón del matrimonio» regula la materia, variando la numeración de los artículos con la supresión de uno. En concreto, se dedica ahora a ésta los artículos 1336 a 1343[8].

Con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, introdujo en la regulación un cambio terminológico en el régimen de capacidad para realizar donaciones por razón del matrimonio con la sustitución del término «menor» en el artículo 1338 por el de «menor no emancipado».

Ahora bien, esta labor de unificación y simplificación del régimen de derecho común en esta materia, contrasta con el mantenimiento en algunas legislaciones forales de una gran diversidad de liberalidades hechas con ocasión del matrimonio y durante la vida del mismo que se conservan con sus características y estructura peculiar, tal y como las configuraba el derecho histórico[9].

---

[7] Señala Sirvent García, J., *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 16, que «una diferencia destacable entre el Proyecto y el Anteproyecto es la relativa a la influencia de la nulidad matrimonial en las donaciones por razón de matrimonio. En el Proyecto, si los dos cónyuges actuaron de mala fe, según la sentencia que declare la nulidad, queda sin efecto la donación; mientras que en el Anteproyecto, si los dos cónyuges actuaron de mala fe, existiendo hijos, la donación recaerá sobre ellos; sólo si no los hay, revierte lo donado al donante. Además en el Anteproyecto, si la donación se ha hecho conjuntamente a ambos cónyuges, no tienen hijos y sólo uno de ellos es de mala fe, al donante revierte la mitad de lo donado».

[8] Las diferencias con respecto a la regulación anterior del Código Civil pueden sintetizarse: 1. Desaparece la exigencia de que estas donaciones no precisaban de aceptación como disponía el antiguo artículo 1330; 2. Se sustituye lo establecido en el antiguo artículo 1398, posibilitando ahora en el artículo 1339 que la donación hecha conjuntamente a los esposos pertenezca a ambos en pro indiviso, salvo que el donante disponga otra cosa; 3. La responsabilidad del donante por evicción o por vicios ocultos solo tendrá lugar en caso de mala fe (art. 1340); 4. Desaparece en el artículo 1331 el límite decimal de las donaciones entre desposados, así como la norma prohibitiva del artículo 1334. Ahora los futuros esposos pueden donarse bienes presentes e, igualmente, podrán donarse antes del matrimonio, en capitulaciones matrimoniales bienes futuros con los límites ya existentes de la sucesión testada (art. 1341), sin que aparezca limitación alguna en cuanto a las donaciones entre cónyuges constante matrimonio; 5. Se establece que las donaciones pueden quedar sin efecto, si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año desde que se hizo la donación (art. 1342); y 6. Sólo serán revocables por las causas comunes, excepto por la supervivencia o superveniencia de hijos, distinguiéndose entre las donaciones otorgadas por terceros o por los propios contrayentes para reclamar su revocación por ingratitud e incumplimiento de cargas (art. 1343). Vid., Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 100-101.

[9] La Ley 1/1973, de 1 de marzo, por el que se aprueba la Compilación del Derecho Civil foral de Galicia, regula en el Título XII la dote y las arras. Así la dote se regula en el Capítulo I en las Leyes 119 a 124, y se define como los bienes que en tal concepto la mujer aporta

Pues bien, en la regulación actual del Código Civil, el artículo 1337 señala que las donaciones por razón del matrimonio se rigen por las reglas generales del resto de las donaciones en tanto no se opongan a lo expresamente regulado en los artículos 1336 a 1343[10]. Este precepto determina que son aplicables las

---

formalmente al matrimonio, antes o después de la celebración. En cuanto a su régimen, se rige por lo establecido o pactado y, en su defecto, por las reglas de la Ley 120, conforme a las que la mujer conserva la propiedad de los bienes, salvo los consistentes en dinero o cosas consumibles y el marido tiene la administración. La disposición de los bienes dotales corresponde al marido por sí, siempre que haya adquirido la propiedad y consista en dinero o se hubiere asegurado la restitución de los bienes dotales o el marido hubiera sido relevado de la obligación de asegurar. En otro caso, sólo podrá disponer con el consentimiento de la mujer. Por otra parte, el marido debe asegurar la restitución de la dote conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria; y, en los supuestos de nulidad, separación o disolución del matrimonio, la dote se restituirá a la mujer y a los herederos. Fallecida la mujer quedara a salvo el derecho de usufructo de fidelidad que pudiera corresponder al marido conforme a las disposiciones de la Compilación. En cuanto a las arras se regulan en las Leyes 125 a 127 que se definen como «*la donación que el esposo hace a la esposa antes o después del matrimonio, en contraprestación a la dote*». No pueden exceder de la octava parte de la dote, y la esposa no adquirirá la propiedad de las arras que excedan de la octava parte de la dote efectivamente entregada. Salvo pacto en contrario, la administración de las arras no corresponde al marido. En todo caso, las arras no responden de las deudas del marido, teniendo la mujer crédito preferente en caso de concurso, quiebra o ejecución de bienes. Se puede disponer de las mismas *inter vivos* como *mortis causa,* aunque la mujer falleciere sin hijos y sobreviviere el marido.

Asimismo, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, en su artículo 201 se refiere a las instituciones familiares consuetudinarias, señalando que «cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como "dote", "firma de dote", "hermandad llana", "agermanamiento" o "casamiento al más viviente", "casamiento en casa", "acogimiento o casamiento a sobre bienes", "consorcio universal o juntas dos casas", y "dación personal", se estará a lo pactado y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales».

En cuanto al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears dispone en el artículo 66.5 en cuanto al derecho aplicable a las islas de Ibiza y Formentera que, cuando las estipulaciones («espolits») se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de «escreix», acogimiento en una cuarta parte de los «milloraments», donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre.

Finalmente, en la regulación del Código de Familia catalán desaparecieron instituciones tradicionales como las dotes, las tenutas, los aixovars y los cabaltges, los esponsalicios o escreivos, los tantumdem, los pactos de igualdad de bienes y ganancias y los demás derechos similares constituidos y, en su caso que, se constituyan; si bien, conforme a la Disposición Transitoria 2.ª se regían por las disposiciones que le son aplicables hasta hoy y contenidas en la Compilación de Derecho Civil catalán. Esta misma transitoriedad se mantiene en la Disposición Transitoria 2.ª 3 de la Ley 23/2010, de 29 de julio —vigente desde el 1 de enero de 2011—, si bien omite la posibilidad de constituirlas en lo sucesivo.

[10] El artículo 31.2 de la Ley 10/2007, de régimen económico-matrimonial valenciano, dispone que, «*las donaciones por razón del matrimonio se regirán por las reglas de las donaciones, excepto lo que dispongan los artículos siguientes*» (arts. 32 a 36). Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, en su Disposición Final tercera modifica el libro quinto del Código Civil de Cataluña estableciendo en su artículo 531.9.4 que «las donaciones por razón del matrimonio y entre cónyuges y las donaciones por causa de muerte se rigen, respectivamente, por las disposiciones del libro segundo y del libro cuarto». El Libro segundo es el referido

reglas de las donaciones ordinarias (arts. 618 a 656), siempre que no se opongan a las reglas específicas de la materia, pues éstas tienen preferencia, sin que ello signifique que aquellas normas generales sean derecho de carácter supletorio o subsidiario, pues constituyen el régimen jurídico de las donaciones[11]. En todo caso, la especialidad de las donaciones *propter nuptias* respecto a las reglas ordinarias alcanza a la capacidad de las partes, caducidad de las donaciones, régimen de responsabilidad del donante por evicción y vicios en la cosa donada, donación de bienes futuros con efectos *mortis causa,* y causas de revocación, aunque ha perdido alguna de las normas que antaño se habían dictado como integrantes de ese régimen especial —por citar algunas la no exigencia de aceptación (art. 1330), o la supresión de la responsabilidad del donante por las cargas que pesaran sobre la cosa donada (art. 1332)—; y, finalmente, atendiendo al contenido del citado artículo 1337, a las donaciones por razón del matrimonio le son aplicables con carácter subsidiario las reglas generales de las obligaciones y contratos.

De cualquier forma, las reglas especiales de las donaciones por razón del matrimonio desplazan la aplicación de las ordinarias de las donaciones y, justifican la existencia de esta categoría autónoma dentro del género de donaciones, cuyo fundamento se halla como señala Díez-Picazo, «por una parte, en que se trata de favorecer estas donaciones, privándolas de trabas y de dificultades; y por otro, en cambio se trata de impedir un empobrecimiento excesivo del donante y de vincular estrechamente la efectividad de la donación en el matrimonio proyectado, de manera que uno y otro han de funcionar conjuntamente»[12]. Asimismo, para Moralejo Imbernón las especialidades del régimen contenido en los artículos 1336 y siguientes que quedan subsistentes en el Código Civil, se sustentan en dos pilares básicos: «el primero, es que se trata de donaciones que se realizan en atención a un matrimonio y esta finalidad justifica, de un lado, la subordinación de la eficacia de las mismas a que éste llegue a celebrarse (art. 1342); así como el establecimiento, por otro, de un régimen que facilita su otorgamiento (art. 1338) y garantiza de mejor manera su estabilidad (art. 1343, en contra de lo que es habitual en las donaciones. Este régimen más benigno halla su razón última de ser en el principio *favor matrimonii*; y el segundo tiene que ver con el alcance de las donaciones, pues se conserva la figura sucesoria de la atribución matrimonial con efectos *mortis causa,* dirigida a asegurar la supervivencia económica de la viuda o el viudo en línea con la más pura tradición del Derecho romano (art. 1342)»[13].

Ahora bien, aunque tradicionalmente se estudian a propósito del régimen económico matrimonial que, como precisa Cobacho Gómez puede ser por varias razones «en primer lugar, porque el Código Civil las incluye en el Capítulo II del Título III, dedicado al régimen económico-matrimonial, del Libro IV. Otra razón

---

a las personas y familia, y contiene una escasa regulación de la materia, distinguiendo las donaciones hechas en capitulaciones (art. 231-25) o fuera de capitulaciones (art. 231-27 a 231-29).

[11] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1337 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1572; Lasarte Álvarez, C., *Principios de Derecho Civil,* T. VI. *Derecho de Familia*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012, pág. 165.

[12] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1570.

[13] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1337 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 9471.

probablemente sea el que estas donaciones se hacen en capitulaciones matrimoniales. Por último, porque ha sido tradicional que se mantenga que con ellas se inicia el patrimonio conyugal o la base económica de la familia»[14], lo cierto es que no siempre estas donaciones inician el patrimonio conyugal y contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, además de que no siempre se incluyen en las capitulaciones matrimoniales.

En todo caso, la función económica y social de estas donaciones en palabras de DÍEZ-PICAZO puede ser muy diversa. Así, puede significar una participación de las personas más allegadas a los contrayentes, o del entero grupo social, en la formación del capital necesario para el normal desarrollo de la familia que se funda. Puede ser también una manera de agasajar o de festejar a los nuevos esposos. Finalmente, puede ser lo que la técnica moderna denomina «liberalidades de uso»[15]. En todo caso, aunque no suele ser lo habitual —pues, los ascendientes, padres, prefieren optar por la cesión del uso—, que tales donaciones consistan en la transmisión de bienes inmuebles de gran valor —lo que constituirá la vivienda habitual—; no obstante, quizá ahora sean estas donaciones más frecuentes, al resultar favorecidas por las ventajas fiscales —exenciones— que para tales operaciones a título gratuito han previsto algunas Comunidades Autónomas.

En este contexto, las donaciones por razón del matrimonio han de celebrarse antes de la celebración del mismo, a favor de uno o ambos cónyuges, y pueden ser hechas por cualquier persona —terceros y cónyuges— en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. Asimismo, suprimida la prohibición de poder transmitirse bienes y derechos los cónyuges entre sí por cualquier tipo de contrato tras la reforma de la citada Ley 11/1983, se posibilita que los cónyuges puedan donarse bienes entre sí (art. 1323 del CC); e, igualmente, pueden los terceros donar a los cónyuges bienes constante matrimonio, que tendrá carácter ganancial, si éste es el régimen económico del matrimonio, siempre que el donante o testador no hubieran dispuesto lo contrario y no hubieran hecho designación de partes (art. 1353 del CC)[16]. En todo caso, debe acreditarse que la donación se hace a ambos cónyuges conjuntamente y precisa de su aceptación, pues, de lo contrario la regla general es que los bienes adquiridos por los cónyuges a título gratuito —de forma separada— durante la sociedad de gananciales son privativos (art. 1346.2 del CC).

---

[14] COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 615.

[15] DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1570. Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, «Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 164, señala que, «en la mayor parte de las sociedades constituye una práctica habitual e inveteradamente seguida, facilitar y festejar la celebración del matrimonio, entregando diversos regalos y obsequios a los futuros cónyuges por parte de amigos y parientes, así como también entre los propios esposos. Los regalos de ceremonia familiar, conocida con el nombre de pedida, o los regalos de boda gestionados hoy comúnmente a través del mecanismo de las listas de boda, siguen plenamente vigentes en la sociedad actual», y concluye el autor que «cada vez es más raro, sin embargo, encontrarse con supuestos en los que tales regalos consistan en la transmisión de bienes inmuebles de gran valor, aunque algunos afortunados siguen todavía hoy que, con ocasión del matrimonio, sus ascendientes los provean de la vivienda habitual».

[16] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3561); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 2 de junio de 2009 *(JUR* 2009/302441); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 4 de marzo de 2013 *(JUR* 2013/126153).

Sobre tales bases, por razones de espacio el presente estudio sólo se va a centrar en el análisis de las donaciones por razón del matrimonio tal como se regulan en nuestro Código Civil y en las diversas legislaciones forales que, disponen de una normativa propia sobre la materia.

II. CONCEPTO, REQUISITOS Y NATURALEZA JURÍDICA

Una definición legal de las donaciones por razón del matrimonio la ofrece el artículo 1336 del Código Civil como «*las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los esposos*»[17]. Reproduce en sustancia el contenido del derogado artículo 1327, si bien a diferencia de éste, se añade en el actual la referencia a «cualquier persona» como posible donante, posibilidad, no obstante, admitida por la doctrina generalizada[18].

Debe advertirse que aunque la letra del citado precepto se refiere a «esposos», en realidad se trata de futuros esposos, pues, es imprescindible que la donación se haga con anterioridad a la celebración del matrimonio.

Ahora bien, para obtener un concepto más exacto de este tipo de donaciones, hay que relacionar este artículo 1336 con el artículo 618 que define la donación como «*el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otro que la acepta*», máxime si tenemos presente que en el régimen vigente es necesario también la aceptación de las donaciones por razón del matrimonio para su validez, suprimiendo con ello el criterio contrario adoptado en el anterior artículo 1330. Así para Fernández-Sancho son «todos aquellos actos de liberalidad por los que una persona, antes de la celebración del matrimonio y en consideración a éste dispone gratuitamente de una cosa a favor de uno o de los dos futuros cónyuges, que la aceptan»[19]. O´Callaghan las define como «actos de liberalidad, antes del matrimonio y en consideración a éste, a favor de uno o de los dos futuros cónyuges. Es decir, son donaciones *inter vivos* comunes, con algunos caracteres especiales y ciertos efectos peculiares»[20]. Por su parte, Cobacho Gómez siguiendo la definición de Scaevola las define como «todos aquellos actos de liberalidad por los cuales una persona antes de contraerse el vínculo y,

---

[17] El artículo 31.1 de la Ley 10/2007, de régimen económico-matrimonial valenciano las conceptúa como «*las hechas por uno de los contrayentes o de los cónyuges a favor del otro en consideración al matrimonio que se va a celebrar o se ha celebrado y aquellas que otorguen otras personas con la misma consideración, o para ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio. Igualmente, los cónyuges podrán realizar donaciones entre sí por razón del vínculo que existía entre ellos hasta ese momento, después de la separación o disolución del matrimonio*». Asimismo, el artículo 175 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, las define como «*las que por causa del matrimonio cualquier persona haga a favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración*».

[18] Manresa y Navarro, J. M., *Comentario al Código Civil español,* T. IX, Reus, Madrid, 1904, págs. 224-225; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 101.

[19] Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 102.

[20] O'Callaghan, X., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 1435.

en consideración a éste, dispone gratuitamente de una cosa a favor de uno o de los dos futuros esposos»[21].

Estamos, pues, ante donaciones *inter vivos*, con la naturaleza jurídica de éstas, pero subordinadas a la celebración del matrimonio, y por estar presididas por un trato de favor, se les aplica una serie de reglas especiales.

Ahora bien, de la definición legal del artículo 1336 que tienen un carácter eminentemente descriptivo[22], resultan, asimismo, los presupuestos o requisitos necesarios para que tenga lugar una donación por razón del matrimonio[23]. Así en primer lugar, es necesario que se trate de una atribución patrimonial a título lucrativo y con ánimo de liberalidad —se trate de donaciones en sentido estricto o de actos a título gratuito cuya causa es la liberalidad del bienhechor—, cualquiera que sea la finalidad por la que se hagan[24]. En todo caso, el Código Civil las denomina reiteradamente como donaciones, siendo éstas tanto un acto dispositivo de bienes y derechos e inmediatamente traslativo como también un acto de carácter obligatorio. Por tanto, resulta posible un pacto en el que el donatario no adquiera la propiedad de lo donado hasta que se verifique la *traditio*. Se trata de auténticas donaciones *inter vivos*, salvo la eficacia *mortis causa* que contempla el artículo 1342.2 del Código Civil, por tanto comparten la naturaleza jurídica de éstas y nacen de un negocio de carácter contractual[25]. En segundo lugar, la antenupcialidad (elemento temporal), esto es, deben realizarse con anterioridad a la celebración del matrimonio por los futuros esposos o por un tercero, y a favor de uno o de los dos futuros esposos[26]. Ahora bien, este requisito temporal hay que considerarlo referido a la perfección del contrato de donación, no a su

---

[21] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 616; para Martín León, A., *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 32-33, la donación nupcial «será el acto dispositivo del donante, aceptado por el donatario, en el que, además, concurran los requisitos que establece el artículo 1336». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 1960 *(RJ* 1960/2106).

[22] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 616.

[23] Así los califican Castán Tobeñas, J. M.ª, *Derecho Civil español, común y foral,* T. V, vol. I, edición revisada por García Cantero y Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1987, pág. 574; Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español,* vol. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 261; de caracteres, los denomina Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1571; de rasgos, Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil,* T. IV, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 122; y de condiciones, Manresa y Navarro, J. M., «Comentario al Código Civil español», T. IX, *op. cit.,* pág. 223.

[24] Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Código Civil comentado,* vol. III, directores: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 921.

[25] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* director: Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1471.

[26] Moreno-Torres Herrera, M. L., «Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1996, págs. 864-865, critica la restricción del concepto legal de las donaciones por razón del matrimonio a las anteriores al mismo, ya que «desaparecida la antigua prohibición de donaciones entre esposos, no se ven inconvenientes para admitir que, después de la boda, se hagan donaciones en atención al matrimonio que, en consecuencia, deberían de quedar sujetas a la misma disciplina que aquellas otras que, efectuadas, igualmente en consideración al matrimonio, presentan como única diferencia el momento de celebración».

ejecución o efectividad que tiene lugar en un momento posterior[27]. De forma que, la aceptación de la donación por parte del donatario ha de ser anterior a la celebración del matrimonio; de ahí que, las donaciones otorgadas después de tal celebración, aunque sea en consideración al matrimonio y para favorecer la economía conyugal, quedan sometidas a las reglas generales de la donación, artículos 618 y siguientes del Código Civil. Estas donaciones pueden realizarse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, de suerte que, en el primer caso, señala la doctrina que, estamos ante una presunción *iuris tantum* favorable al carácter *propter nuptias*, que no concurre, sin embargo, en el segundo supuesto[28]. Por otra parte, si quedan fuera de las capitulaciones son un negocio que obliga únicamente a los sujetos del mismo. Y si se incluyen en las capitulaciones, precisa Díez-Picazo que, aunque no puede pensarse *stricto sensu* en vínculos de reciprocidad o de carácter sinalagmático, no obstante hay que considerar que el resto del entramado de los capítulos las condiciona de alguna manera»[29]. En tercer lugar, debe realizarse en consideración al matrimonio proyectado (elemento intencional o móvil del donante)[30], es decir, la celebración de éste ha de ser el motivo que mueve al donante a otorgar la liberalidad, motivo causalizado que «le sirve de soporte y de apoyo, de manera que en el caso de que el matrimonio proyectado no se celebrase, la donación no tendría sentido, ni razón de ser para continuar siendo efectiva»[31]. En todo caso, se discute si la unión proyectada actúa como base del negocio, causa de aquélla en sentido técnico o como motivo causalizado o factor determinante o impulsivo de la liberalidad[32].

Por su parte, este requisito de la antenupcialidad no se establece en la Ley 113 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra que dispone que: «*las donaciones* propter nuptias *pueden hacerse antes o después de celebrado el matrimonio*»; ni en el artículo 31.1 de la Ley 10/2007, de régimen económico-matrimonial valenciano; ni, asimismo, en el artículo 175 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 30 de enero de 2004 *(RJ* 2004/438); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de septiembre de 2004 *(JUR* 2005/8966); y de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/113349).

[27] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 616.

[28] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9468; Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 48.

[29] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 1571-1572.

[30] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 4 de mayo de 2001 *(JUR* 2001/217058); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2004/290428). Sin embargo, el artículo 31.1 de la Ley 10/2007, de régimen económico-matrimonial valenciano señala que, son donaciones por razón del matrimonio tanto «*las hechas por uno de los contrayentes o de los cónyuges a favor del otro o realizadas por otras personas en consideración al matrimonio que se va a celebrar*», como, asimismo, «*las que se hagan en tal consideración cuando ya se ha celebrado el matrimonio*».

[31] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1571; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 617.

[32] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 29; Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1571; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 270; Lacruz Berdejo, J. L., *et al., Elementos de Derecho Civil,* T. IV. *Familia,* cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 148,

Lo cierto es que, coincidimos con MORALEJO IMBERNÓN en considerar que la causa de estas donaciones es el *animus donandi* o de liberalidad que tiene el donante, no interfiriendo para ello los motivos causalizados por los que se hagan[33]; y, asimismo, que el donante efectúe la liberalidad en consideración a un proyecto de matrimonio o matrimonio futuro, y que el donatario tenga intención de contraer matrimonio (la existencia del proyecto de matrimonio). Lo que conlleva el correspondiente elemento probatorio, que se facilita en el caso que exista ya una promesa de matrimonio (esponsales), capitulaciones matrimoniales o se haya iniciado el correspondiente expediente matrimonial[34]. De todas formas, el futuro matrimonio puede celebrarse en forma civil o en forma religiosa legalmente prevista, conforme lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Código Civil, y los acuerdos celebrados por el Estado con las diferentes confesiones religiosas. Por tanto, resulta necesario que, al futuro matrimonio se le reconozcan plenos efectos civiles[35]. Y, en cuarto lugar, ha de hacerse la donación a favor de uno o de los dos esposos, por lo que en esta clase de donaciones han de ser donatarios necesariamente los cónyuges, ya sea uno de ellos o ambos conjuntamente, pues, la atribución se realiza en consideración a su proyecto matrimonial[36]. Si bien, el donante puede ser «cualquier persona» dice el artículo 1336, así los propios cónyuges (realiza uno la donación en beneficio del otro, unilateral o recíprocamente) o cualquier otra persona (un tercero). Cuando la donación es conjunta la propiedad del bien se adquiere en *pro indiviso* ordinario por partes iguales, salvo que el donante disponga otra cosa (art. 1339). De todas formas, una vez contraído el matrimonio, cualquier transmisión patrimonial a título lucrativo que reciban los cónyuges, tendrá carácter ganancial, si éste fuera el régimen económico del matrimonio (art. 1353 del CC). En este sentido, se afirma que, la razón de ser

---

entiende que la perspectiva del futuro matrimonio actúa como motivo determinante en el donante, y a la inversa, que la perspectiva de la donación influye en el donatario a quien facilita el sostenimiento de las cargas familiares. Por su parte, para DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, T. I, *Derecho de familia,* undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 146, el proyectado matrimonio es el factor determinante e impulsivo de la liberalidad.

[33] MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9468.

[34] MARTÍN LEÓN, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 45; LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 922, si bien, respecto de las donaciones contenidas en capitulaciones matrimoniales que, para una parte de la doctrina han de estimarse hechas en consideración al matrimonio, señala la autora que no existe norma en este sentido, y no habiéndose empleado fórmula expresa atributiva de este carácter, cabe probar lo contrario. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 19 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/275877); por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.ª, de 29 de junio de 1996 *(AC* 1996/1225), señala que no se ha aportado prueba que la donación se efectuara en consideración al matrimonio. Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 6 de julio de 1999 *(AC* 1992/7523); y de 4 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/145743), donde se indica que, en todo caso, la presunción favorece la onerosidad de todo negocio.

[35] SIRVENT GARCÍA, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 30.

[36] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 23 de septiembre de 1992 *(AC* 1992/1318); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 5 de mayo de 1999 *(AC* 1999/7674).

del artículo 1339 es básicamente marcar las diferencias con este otro precepto de la sociedad de gananciales[37].

Atendiendo a estos requisitos o presupuestos son donaciones por razón del matrimonio las realizadas entre los futuros cónyuges y aquellas otras terceras personas a favor de ambos futuros esposos o de uno solo de ellos antes del matrimonio. Son, asimismo, donaciones de este tipo las que «realizan los miembros de familias y las personas allegadas, mediante atribuciones de capital para el sostenimiento de la economía conyugal y los meros regalos o donaciones de uso»[38]; y, los presentes o regalos de boda —conocidos como liberalidades de uso—, ya provengan de un esposo a otro o de terceras personas a cualquiera de estos, al presumirse que la circunstancia de realizarse la liberalidad antes del matrimonio, contiene la intención del donante de hacerla en atención a éste, de no concurrir otro dato que permita sostener lo contrario[39]; siendo en consecuencia el móvil del donante el factor determinante para concretar el concepto por el que se hace la donación —correspondiendo al uso o costumbre (donaciones con ocasión del matrimonio), o, precisamente, donaciones por razón del matrimonio—[40]. De todas formas, a la donación usual de escasa cuantía —liberalidades de uso— se refiere el artículo 1041 del Código Civil al eximir de colación a los «regalos de costumbre» y, el artículo 1378 del citado cuerpo legal en relación con el consentimiento de los actos gratuitos de ambos cónyuges en la administración de la sociedad de gananciales. No obstante, algunos autores consideran que deben regirse por normas sociales, o, en su caso, por la normativa general de los artículos 618 y siguientes del Código Civil, cuando no se realizan en estricta consideración al matrimonio proyectado, sino atendiendo genéricamente a la eventual existencia de la boda, y, también cuando tienen escasa cuantía, o no sirven para cumplir con la finalidad de contribuir a las cargas conyugales o al uso común de los futuros esposos[41]. Sobre tales bases, dado el carácter cumulativo de los requisitos expuestos como deriva del artículo 1336 y reconoce la doctrina[42], si falta cualquiera de ellos, la liberalidad efectuada carecerá de la naturaleza propia de las donaciones por razón del matrimonio, y, por tanto quedará excluida de la normativa especial y sometidas a las reglas generales del Código Civil así entre otras, no son donaciones por razón del matrimonio, las donaciones efectuadas con posterioridad a la celebración del matrimonio, las realizadas a favor de los futuros esposos antes del matrimonio, pero sin consideración al mismo, y las otorgadas a favor de personas distintas de los esposos, aun cuando tengan su razón, causa o motivo especial en la misma unión. Entre las donaciones de este último tipo destacan

---

[37] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 264-265.

[38] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1571; O'Callaghan, X., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1435; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 265; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», T. IV, «Familia», *op. cit.,* pág. 148.

[39] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 575. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de septiembre de 2004 *(JUR* 2005/8966).

[40] Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 105-106.

[41] Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 106-107.

[42] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 575; Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* págs. 31 y 43.

las realizadas a favor de padres o parientes, y las efectuadas a favor de los hijos que puedan nacer del futuro matrimonio (*concepturus* —art. 627 del CC—), que para la doctrina dominante no pueden considerarse donaciones por razón del matrimonio, aunque sí admiten su validez como donación ordinaria[43]; si bien, no faltan quienes admiten su consideración como tales donaciones por razón del matrimonio[44]; y, asimismo, no existe ningún inconveniente en que tengan tal naturaleza la donación hecha a uno de los esposos sujeta a condición suspensiva o resolutoria de tener hijos, o las que establezcan una cláusula de reversión a favor de hijos a nacer de tal matrimonio en virtud del artículo 641.2 del Código Civil[45]. Por último, para De los Mozos aunque respondan a una causa *donandi*, no son tampoco donaciones por razón del matrimonio los negocios simulados (o disimulados), negocios mixtos *cum donatione*, negocios gratuitos (comodato) o con causa remuneratoria[46].

En cuanto a la naturaleza de estas donaciones por razón del matrimonio, son varias las teorías que han sido expuestas en el seno de la doctrina. Así se parte de la consideración del matrimonio como *condictio facti*, y, en consecuencia, la calificación de aquéllas como condicionales, por lo que se subordina su eficacia a un acontecimiento futuro e incierto como es el proyectado matrimonio; condición que, además viene exigida por la ley. De forma que, durante la pendencia de la condición, la expectativa del donatario se protegerá aplicando los artículos 1113 y siguientes del Código Civil[47]. En todo caso, mientras que para algunos autores el proyectado matrimonio tiene la naturaleza de condición suspensiva, subordinando y aplazando los efectos a la celebración del matrimonio[48]; para otros, la no realización del matrimonio constituye una condición resolutoria de tales donaciones[49]. Ahora bien, tal concepción doctrinal ha sido objeto de críticas, sobre la base que la exigencia del matrimonio no constituye una condición en sentido técnico, pues, no depende de la voluntad de los interesados, sino que forma parte de la esencia del negocio, ni, además, tal concepción encuentra acomodo en el régimen propio de las donaciones por razón del matrimonio, máxime si la no celebración del matrimonio supone la cesación automática de la donación (art. 1342), y, sin perjuicio de la posible revocabilidad de las mismas por la concurrencia de las

---

[43] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 30; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 575.

[44] Manresa y Navarro, J. M., «Comentario al Código Civil español», T. IX, *op. cit.,* pág. 224.

[45] Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio, *op. cit.,* pág. 58; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 923.

[46] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 266.

[47] Roca Sastre Muncunill, L., «Donaciones esponsalicias y donaciones entre cónyuges en Derecho común y Derecho catalán», en *Estudios de Derecho Privado,* dirigidos por Martínez-Radio, T. II, Madrid, 1965, pág. 368.

[48] Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil,* T. V, vol. I, *Derecho de Familia,* 2.ª ed., Madrid, 1898, pág. 807.

[49] De Buen, D., *Derecho Civil español común,* Reus, Madrid, 1922, pág. 658; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 123; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1581, hablan de condición resolutoria negativa *si nuptiae non sequuntur.*

causas contenidas en el artículo 1343[50]. Frente a esta teoría condicional, están los que consideran estas donaciones como negocios sujetos a la *condictio iuris* de la realización del matrimonio proyectado[51]. E, igualmente, dentro de la misma existe división entre los que estiman que representan un requisito de eficacia impuesto por la ley, y, por tanto, que de no concurrir, determina su ineficacia[52]; y los que defienden su consideración como elemento esencial o constitutivo del negocio[53]. Junto a tales corrientes doctrinales, se parte de la naturaleza causal de las donaciones por razón del matrimonio, esto es, el matrimonio proyectado como causa de la liberalidad en sentido técnico —causa *donandi*— y su no celebración como falta de dicha causa[54]. A tal fin se destaca que la elevación del motivo —la celebración del matrimonio— a causa, es realizada por la propia ley, no por las partes[55]. Si bien, no faltan quienes consideran que, el matrimonio proyectado no sustituye a la causa *donandi* prevista en el artículo 1274 del Código Civil sino que la cualifica. De forma que la celebración del futuro matrimonio representaría un motivo causalizado de estas donaciones, íntimamente vinculado al fundamento y razón ser de esta liberalidad que, de no tener lugar, la donación no tendría sentido e, impediría que la donación fuera eficaz[56].

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que la celebración del matrimonio no constituye causa *donandi*, sino el móvil —motivo impulsor del *animus donandi*— que mueve al cónyuge y a un tercero a realizar la donación, cualquiera que sea el fin por el que se haga —simples regalos, o para proporcionar una base patrimonial al matrimonio—. Además en caso de que el matrimonio no se celebre queda sin efecto la donación, no la nulidad de la misma por falta de causa. Al igual que, las anteriores posiciones no está exenta también de crítica. Así Martín León señala al respecto que, esta teoría es un tanto contradictoria, pues, toma la causa en un sentido subjetivo, como motivo determinante que da origen a la donación, más así concebido nunca puede faltar; y, además, en la

---

[50] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 576.

[51] Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil español,* T. II, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pág. 382; para Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 90, la celebración del matrimonio es el motivo que impulsa a donar y, a la vez, *conditio iuris* para la eficacia de la donación.

[52] Castán Tobeñas, J. M.ª, *Derecho Civil español, común y foral,* T. V, vol. I, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1960, págs. 390-391.

[53] Santos Briz, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica,* T. V, *Derecho de Familia,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 142.

[54] Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho Civil español,* vol. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 263-264.

[55] De la Cámara Álvarez, M., «En torno al concepto de causa en los contratos», en *Estudios de Derecho Civil,* Madrid, 1985, págs. 542-543.

[56] Lacruz Berdejo, J. L., «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios Jurídicos varios,* T. II, Madrid, 1962, pág. 158; Lacruz Berdejo, J. L., y Albaladejo García, M., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía,* Bosch, Barcelona, 1963, pág. 316; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 148, señala que, el futuro matrimonio actúa como motivo determinante en el donante, y a la inversa, que la perspectiva de la donación influye en el donatario, a quien facilita el sostenimiento de las cargas familiares; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 615 y 617; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 272; Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1571.

donación nupcial la causa está referida al futuro, mientras que la causa, como elemento de todo negocio, debe ser un elemento presente, actual[57].

Ahora bien, no faltan en la delimitación de la naturaleza de estas donaciones por razón del matrimonio otras posturas que se apartan de estas teorías dominantes. Así, BONET RAMÓN sostiene que es la nota de accesoriedad lo que explica la subordinación de los efectos de estas donaciones a la celebración del matrimonio; si el matrimonio no llega a celebrarse, quedarían sin efecto; si habiéndose celebrado es declarado nulo, se llega a la misma solución, salvo la reserva hecha a favor del matrimonio putativo respecto de los hijos y cónyuge de buena fe[58]. Por su parte, para VALLET la celebración del matrimonio sería, además de concausa impulsiva y determinante del *animus donandi*, condición suspensiva y plazo inicial de la donación[59].

III. RÉGIMEN JURÍDICO

1. ELEMENTOS PERSONALES

El artículo 1336 del Código Civil afirma que el donante puede ser «cualquier persona», por lo que faculta a los terceros y a los propios cónyuges para realizar donaciones por razón de matrimonio, y, por otra, en cuanto al donatario sólo puede corresponder tal condición a cualquiera de los futuros cónyuges o a los dos conjuntamente.

Así, tomando en consideración ambas partes de la donación, en cuanto al *donante*, tratándose de tercero se rige por las reglas generales de la donación ordinaria (art. 624 del CC). En cambio, si quien asume esa posición es cualquiera de los futuros cónyuges, el artículo 1338 altera esa regla de capacidad general del donante. De modo que puede realizarlas, tal como dispone, el menor no emancipado que puede contraer matrimonio, esto es, siempre que pueda casarse con arreglo a la ley, lo cual es posible, si es mayor de catorce años y ha obtenido dispensa judicial del impedimento de edad (art. 48.2 del CC). En este caso, puede el menor no emancipado realizar donaciones por razón del matrimonio con la autorización de sus padres —requiriéndose la autorización de ambos progenitores— o del tutor, si el menor está sometido a tutela[60]. Estos no actúan como representantes legales con una actuación de tipo sustitutivo, sino asistiendo al menor que dona[61]. Asimismo, este complemento de capacidad ha de referirse a

---

[57] MARTÍN LEÓN, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 86; para MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1336 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 9468, la causa de las donaciones es el *animus donandi* o de liberalidad que tiene el donante, en el que no interfieren los motivos causalizados de querer facilitar la celebración de un matrimonio, agasajar o festejar, o por último, cumplir con los usos que impone la sociedad cuando dos personas se casan.

[58] BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho Civil,* T. IV, Madrid, 1960, págs. 214-215.

[59] VALLET DE GOYTISOLO, J., «Donación, condición y conversión jurídico-material», en *Anuario de Derecho Civil,* 1952, pág. 1249.

[60] Si bien, para COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 619, tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó el Código Civil en materia de tutela, podrá añadirse el término curador.

[61] MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 9473; LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 927.

cada concreta donación que el menor haga por razón del matrimonio[62]. Si bien, el artículo 1338 no ha precisado el momento —previo, simultáneo, posterior— en que ha de tener lugar la prestación de tal asentimiento —autorización— por parte de los padres y el tutor; si bien, acertadamente, no falta quien entiende que, lo más adecuado es que tenga lugar en el momento de realización de la donación que, es precisamente el requerido en el artículo 1329 para que el menor no emancipado que con arreglo a la ley pueda casarse, otorgue capitulaciones matrimoniales[63].

La necesidad que impone el precepto, de contar con la autorización de sus padres o del tutor, determina que la falta de la misma, supone la anulabilidad de la donación, lo que es la opinión mayoritaria en la doctrina, a nuestro juicio acertadamente; siendo la misma sanción que procede para el caso de infracción del artículo 1329 del Código Civil[64]. Anulación de la donación que habrá de hacerse a instancia de las personas cuyo consentimiento se haya omitido antes de que el menor contraiga matrimonio, o por éste, una vez contraído, dado que el matrimonio da lugar a la emancipación (art. 316 del CC)[65]; si bien, la consideración de esta ineficacia, no falta quien considera que, debe proceder la nulidad de la donación por afectar no sólo a la capacidad sino al poder de disposición[66].

Por su parte, si se trata de menor emancipado, tienen capacidad autónoma de disponer, por lo que están facultados para realizar donaciones a un tercero, en atención a su ulterior matrimonio, o bien como futuro contrayente al otro, para lo cual precisará de la autorización o asistencia de sus padres o curador (antes de celebrar matrimonio), o de su cónyuge, si es mayor de edad, si el objeto de la donación recae sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objeto de extraordinario valor, de acuerdo con lo establecido en los artículos 323 y 324 del Código Civil.

Por lo que pueden hacer donaciones, en general, los mayores de edad (art. 322), los menores emancipados con las limitaciones que derivan de los artículos 323 y 324 del Código Civil, y, los menores no emancipados en los términos que, dispone el artículo 1338 del citado cuerpo legal.

Ahora bien, cabe plantear, ante el silencio de la norma respecto a tal cuestión, si la regulación permisiva del artículo 1338 debe hacerse extensiva a los incapacitados judicialmente, quedando sometida a esta regla y no a la general

---

[62] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1573.

[63] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1473.

[64] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 620; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1582; Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 155-156; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 579; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 34; Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1473; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 927.

[65] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9473.

[66] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 276; Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1573, precisa por su parte que, las donaciones *propter nuptias* hechas por un menor de edad, mayor de catorce años, que no hubiera todavía obtenido la dispensa para casarse son nulas y solo quedan convalidadas si la dispensa se obtiene.

del artículo 624. La doctrina aparece dividida, para una parte, se debe aplicar también a los incapacitados la facultad que otorga el citado artículo 1338, pues resulta evidente el paralelismo entre el régimen previsto para otorgar capitulaciones matrimoniales en el artículo 1329 y el correspondiente a las donaciones por razón del matrimonio; de ahí que lo lógico es que, los mismos argumentos del artículo 1330 determinen la aplicabilidad del mencionado artículo 1338 analógicamente a este supuesto[67]; por el contrario, otra parte de la doctrina, entiende no aplicable la regla contenida en tal precepto a los incapacitados, pues, la alteración de las normas generales de capacidad resulta limitada exclusivamente a los menores no emancipados y el ámbito de actuación de los incapacitados viene determinado por la propia sentencia de incapacitación que, determina la extensión y límites de ésta[68].

Como todas las donaciones por razón del matrimonio, asimismo, determina el artículo 1338 que pueden hacerse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. Si la donación se contiene en capitulaciones matrimoniales basta con que los padres o el tutor hayan consentido su otorgamiento conforme al artículo 1329, esto es, la aprobación general del contenido de las capitulaciones matrimoniales, sin ser necesario un consentimiento expreso y específico para la donación[69]. Ahora bien, si en las capitulaciones otorgadas se limitan a pactar el régimen de separación de bienes o participación, aunque el concurso de los padres, tutor o curador no es necesario para las capitulaciones, si lo será para la donación que se incluya en las mismas, por disposición expresa del artículo 1338[70]. Si la donación no se realiza en capitulaciones matrimoniales los donantes futuros esposos necesitan de la autorización de padres, tutor o curador.

Respecto al *donatario*, en orden a la capacidad para aceptar donaciones, el artículo 1338 con independencia que el donante sea un tercero o el futuro cónyuge, respecto a los menores remite a lo dispuesto en el Título II del Libro III del Código, por tanto a las reglas generales de la donación ordinaria, en concreto al artículo 625 que dispone que, podrán aceptarlas «*todos los que no están especialmente incapacitados por ley para ello*»; y al artículo 626 que señala que «*las personas que no pueden contratar no pueden aceptar donaciones condicionales sin la intervención de sus legítimos representantes*». Por lo que a partir de tal remisión, la capacidad exigida a los menores no emancipados es la natural de entender y querer en cada caso concreto[71], por lo que están facultados para aceptar por sí

---

[67] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 276; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 620; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1582; Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9473.

[68] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 580; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 927.

[69] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 619; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 580; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 34.

[70] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 619-620; Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1473; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 927.

[71] Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 928; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op.*

mismos donaciones puras, mientras que tratándose de onerosas y condicionales, se exige la intervención de sus legítimos representantes, que, para algunos supone un simple complemento de capacidad[72]; mientras que para otros supone una auténtica actuación sustitutiva, pues se trata de menores no emancipados[73]. Respecto a las donaciones sometidas a término reciben el tratamiento de las donaciones puras y simples[74].

En cuanto a los mayores de edad y menores emancipados conforme a las reglas generales (arts. 322 y 323) pueden aceptar todo tipo de donaciones por razón del matrimonio; y respecto a los incapacitados judicialmente habrá que estar a la sentencia de incapacitación que, determina la extensión y límites de ésta (art. 760 de la LEC)[75].

2. Elementos reales

El artículo 1341 del Código Civil posibilita la donación de bienes presentes y de bienes futuros. Respecto de los primeros, el apartado primero del citado precepto admite las donaciones por razón del matrimonio de tales bienes de un futuro esposo a otro; e, igualmente, a pesar del silencio legal es claro que también terceros podrán donar a los futuros esposos bienes presentes. Se entiende por bienes presentes los que existen en el patrimonio del donante en el momento en que se efectúa la donación y estén disponibles, según deriva de la norma general contenida en el artículo 635 del Código Civil *a sensu contrario*.

En el actual régimen de las donaciones prenupciales ya no rige el límite de la décima parte, denominado tasa de las donaciones previsto en el antiguo artículo 1331, sino que rigen los límites que con carácter general se disponen en los artículos 634 y 636 del Código Civil —por la remisión general del art. 1337 del CC—, que obligan respectivamente al donante a reservarse en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; de forma que, en lo que se traspase ese límite la donación será nula[76]; y a no dar más de lo que puede dar por testamento, respecto al principio de

---

cit., pág. 34. La Resolución de la DGRN, de 3 de marzo de 1989 *(RJ* 1989/2380) presume esa capacidad natural de entender y de querer a los dieciséis años.

[72] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 619; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 581; Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 168; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1582.

[73] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9474.

[74] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 275; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 619; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1582.

[75] Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1338 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 928-929.

[76] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 37. Vid., asimismo, la Ley 115-10 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima, reduciéndose la donación por inoficiosa en caso que sobrepase ese límite[77].

Por otra parte, se discute en la doctrina la aplicabilidad del artículo 1044 del Código Civil a estas donaciones. Mientras que para algunos, resulta procedente con independencia de quien haya efectuado la liberalidad[78]; otros, de forma más lógica, entienden que solo puede operar en la donación que realizan terceros, más en concreto padres a favor de sus hijos, pues, se trata de una norma referida a la colación o a la reducción por inoficiosidad a partir del exceso del 10 por 100 de la cantidad disponible por testamento[79]; y, posiblemente también en algunos casos entre ascendientes y descendientes de grado ulterior cuando exista entre ellos el derecho de legítima[80]. En todo caso, más que un límite, se considera constituye una ventaja o beneficio para los cónyuges[81].

Ahora bien, respecto de la titularidad de los bienes donados, dispone el artículo 1339, siendo donados conjuntamente a los esposos pertenece a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa[82]; norma que reitera lo establecido con carácter general por el artículo 637.1 del Código Civil. Si bien, este artículo 1339 no ha estado exento de crítica por la doctrina al considerarlo innecesario, pues, sanciona una regla ya establecida con carácter general en el mencionado artículo 637[83]; sin que falten quienes consideran que se trata de una norma contraria al artículo 1353 del Código Civil

---

[77] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 625; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 286.

[78] Clemente Meoro, M. A., *Derecho de Familia,* coordinador: Vicente Luis Montés Penadés y Encarna Roca Trías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 209.

[79] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1576, quien precisa, como entendía García Goyena al interpretar el precepto análogo que era el 1440 del Proyecto de 1851; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 287; Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9483; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 583; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1584; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 38.

[80] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1576. Sin embargo, De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 287, señala que esto no tendría más fundamento que entre abuelos y nietos funciona la regla de la colación, lo que es un planteamiento absurdo, porque el artículo 1044 nada tiene que ver con la colación y en lo que viene a coincidir la mejor doctrina.

[81] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 287; Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9483; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 197.

[82] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de septiembre de 2004 *(JUR* 2005/8966); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/113349); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 16 de febrero de 2011 *(JUR* 2001/145169). En este sentido, el artículo 178.2 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia; y el artículo 33.2 y 3 de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial valenciano disponiendo este último número que «*se presumirá que las donaciones por razón del matrimonio hechas por los progenitores a favor de un hijo o hija común han sido otorgadas por partes iguales por los dos, excepto que en el momento del otorgamiento se haya hecho expresa designación de partes*».

[83] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 583.

y solo desde la confrontación tiene sentido, pues, no añade nada a la dinámica general de adquisición de la propiedad[84]; lo que no tiene mucho sentido y justificación, pues operan tales preceptos en ámbitos distintos; el artículo 1339 en atención a un matrimonio que se va a celebrar; de suerte que, cuando se contraiga, la liberalidad seguirá conservando su naturaleza privativa; y el artículo 1353 cuando ambos cónyuges están casados bajo el régimen de gananciales, siendo los bienes donados gananciales, siempre que haya sido aceptada la liberalidad por ambos cónyuges y el donante o testador no hubieran dispuesto lo contrario[85].

En todo caso, el artículo 1339 no hace sino aplicar la regla contenida en la norma general del artículo 637; de manera que ante la inexistencia de matrimonio supone que los bienes donados pertenecen con carácter privativo a ambos futuros cónyuges, surgiendo una comunidad de bienes ordinaria en *pro indiviso* y por partes iguales regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La donación se entiende efectuada a ambos, cada uno por mitad. La posterior celebración del matrimonio, como hemos señalado, no afectará a la calificación jurídica de lo donado.

En caso de no aceptación de la donación por parte de uno de los futuros esposos, discute la doctrina si procede el acrecimiento a favor del otro, teniendo en cuenta que el artículo 637.II reconoce el acrecimiento en las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer; frente a la regla contraria del apartado primero del citado artículo que establece que hecha la donación a varias personas conjuntamente «*no opera el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa*». En este punto, la doctrina aparece dividida, un sector considera que no existe acrecimiento, pues la excepción sancionada en el apartado segundo del artículo 637 se refiere a la donación conjunta hecha a «marido y mujer» y los futuros esposos aún no lo son; por lo que la falta de aceptación supondrá el nacimiento de una comunidad *pro indiviso* entre aceptante y donante, y la aplicación del apartado 1 del artículo 637, salvo que el donante disponga otra cosa[86]; mientras que para otro sector, opera el derecho de acrecer y se aplica el artículo 637.2 pese a la literalidad de la norma, entre otros motivos por la identidad de carácter histórico, finalista entre la liberalidad efectuada conjuntamente a marido y mujer y la hecha a los futuros contrayentes que, tienen proyectado convertirse en esposos; asimismo, porque concurren en los futuros contrayentes las mismas razones que justifican la excepción del artículo 637.II, máxime cuando se trata de una donación que se hace en relación al matrimonio, que se va a celebrar y que quedaría ineficaz en el caso de que no llegase a contraer; y, además, porque hay una tendencia a la imprecisión terminológica por parte de nuestro legislador que, se proyecta en el artículo 1336, y ahora en el 1339 que habla de esposos, cuando aún no lo son[87]. En cuanto a la renuncia, no obstante,

---

[84] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9475; para Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 930, tiene una vocación aclaratoria y diferenciadora del artículo 1353.

[85] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 583.

[86] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 621; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1583; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 931.

[87] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 279; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 40; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en

entiende mayoritariamente la doctrina que, se produce el acrecimiento, al estar la donación ya perfeccionada[88].

Por su parte, el inciso final del artículo 1339 se refiere de manera expresa a la posibilidad de que el donante disponga otra cosa. Se admite la autonomía de la voluntad tanto en la desigualdad en las cuotas como en el establecimiento de reglas específicas para el funcionamiento de la comunidad que surge[89]; por lo que el donante podrá establecer un régimen distinto respecto de la pertenencia de los bienes donados a los donatarios *en pro indiviso* y por partes iguales, estipulando que las partes o cuotas que los donatarios tengan en la donación sean desiguales; o variar el estatuto jurídico por el que se ha de regir la comunidad siempre y cuando respete las normas imperativas que se contienen en los artículos 392 y siguientes del Código Civil y no desnaturalice su carácter de comunidad (por ejemplo, imponer condiciones específicas para la enajenación; o un plazo para la indivisión). Lo que no podrá hacer en ningún caso el donante es ordenar para los concretos bienes donados un sistema económico conyugal distinto del que regirá entre los esposos, aunque sí podrá establecer que lo donado se integre en la sociedad de gananciales, si ésta llega a existir[90].

En todo caso, aunque nada se dice en el artículo 1339 hay que entender que, si la donación se realiza individualmente a uno de los futuros esposos, el bien pertenecerá exclusivamente al donatario, y una vez contraído el matrimonio en caso de régimen de gananciales, el bien tendrá carácter privativo (art. 1346.1).

Ahora bien, en este contexto, también pueden ser objeto de donaciones por razón del matrimonio los bienes futuros que, los cónyuges pueden donarse recíprocamente, tal como dispone el artículo 1341.2 que señala al respecto que, estos «*pueden donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada*»[91]. Sobre tal base legal para que sea efectiva esta donación, además de la necesidad de concluirse antes de celebrarse el matrimonio —nota

---

el Código Civil», *op. cit.,* pág. 237; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1474; MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9476; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1437; ALBALADEJO GARCÍA, M., *La donación,* Fundación Registral, Centro de estudios, Madrid, 2006, pág. 590. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 5 de mayo de 1999 *(AC* 1999/7674). El artículo 531-21 del Código Civil catalán opta por el acrecimiento para las donaciones hechas a favor de varias personas.

[88] COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 621; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 279.

[89] DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1574; MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9476.

[90] DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1574; COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 622; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1583; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Comentario al artículo 1339 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 1473-1474.

[91] Esta donación ya se preveía en el Proyecto de Código Civil de 1851 (arts. 1253 a 1255) y en la versión originaria del Código Civil en el inciso final del artículo 1331 que disponía: «*respecto de los bienes futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión intestada*». Vid., asimismo, las Leyes 112 y 115.2 y 4 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra; el artículo 8 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears; artículo 33 de la Ley 10/2007 de Régimen económico-matrimonial valenciano, y artículo 176 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

común a cualquier liberalidad otorgada en atención a éste—, resulta necesario que se concurran también los siguientes requisitos[92]: 1. Se trata de una facultad que se atribuye solo a los futuros cónyuges. Ante el silencio del Código Civil sobre la base del artículo 1338 también debe atribuirse esta facultad al menor de edad no emancipado, aunque algún autor considera preferible exigir plena capacidad de obrar al donante[93]. En todo caso, no existe discordancia con la capacidad para testar que el artículo 663 otorga a los mayores de catorce años[94]; 2. Ha de hacerse en capitulaciones matrimoniales, que conforme al artículo 1327 requieren para su eficacia escritura pública. Si bien, como todas las donaciones han de ser aceptadas por el donatario para su perfección; 3. La donación debe tener por objeto bienes futuros, esto es, lo que se encuentren en el patrimonio del donante al tiempo de su fallecimiento con independencia de haber estado o no con anterioridad formando parte de aquél[95]; 4. Resulta operativa y, por ende, eficaz «sólo para el caso de muerte» del donante que, asimismo, ha de sobrevivir al donatario; y 5. Respecto a su cuantía es necesario que se observen las disposiciones referentes a la sucesión testada, esto es, el respeto a las legítimas como también establece el artículo 636 del Código Civil como limitación genérica para toda donación; siendo variable pues depende de si a la muerte del donante hay o no herederos forzosos y, asimismo, el respeto o vulneración de sus legítimas se comprueba en la apertura de su sucesión[96]. De forma que, en caso de colisión de esta donación con los derechos legitimarios ha de procederse a su reducción como tal donación que es. Lo que significa que previamente se deberá instar la reducción de las disposiciones testamentarias, si las hubiere a través de las acciones de suplemento de la legítima, y la reducción de legados. Posteriormente, de existir otras donaciones, la reducción se hará aplicando la regla que fija el Código Civil comenzando por la de fecha más reciente —entendiendo que la fecha de las donaciones de bienes futuros por razón del matrimonio es la del contrato de donación—; y si las donaciones son de la misma fecha, la reducción se hará a prorrata aplicando analógicamente el artículo 820.2[97].

Por otra parte, este artículo 1341.2 representa una aparente excepción al artículo 635 del Código Civil que prohíbe la donación de bienes futuros. Pues, mientras en las donaciones por razón del matrimonio el donante no dispone en el momento presente de ningún bien, en el citado artículo 635, en cambio, se parte

---

[92] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* págs. 588-589 y 592.

[93] Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 379.

[94] Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 938.

[95] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1476; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 593; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 938; Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 381; Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9483.

[96] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 626.

[97] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 61-62.

de la eficacia inmediatamente traslativa de la donación[98]. En todo caso, consagra una hipótesis que puede quedar englobada en la norma del artículo 620[99].

De todas formas, se ha generado cierto debate en nuestra doctrina en torno a la calificación que merece la donación por razón del matrimonio de bienes futuros. Así, para algunos autores, han considerado que se trata de una donación *mortis causa,* que solo produce sus efectos desde la muerte del donante y que, por tanto, es revocable[100]; para otros, es una donación *inter vivos* irrevocable, pero limitada a los bienes que pertenezcan al donante al tiempo de su muerte, pudiendo éste disponer por cualquier título de los bienes, que vaya adquiriendo después de la donación[101]; y, finalmente, la posición mayoritaria considera que estamos ante una donación *mortis causa* que representa un verdadero pacto sucesorio e irrevocable. Si bien, puede ser impugnado por inoficioso por los eventuales legitimarios; y, asimismo, como tal pacto sucesorio exige la supervivencia del donante al donatario[102].

En todo caso, nos parece más acertada esta última posición, pues no cabe duda que estamos ante un pacto sucesorio adquisitivo para el donatario respecto de los bienes que a su muerte deje el donante que puede ser una cosa determi-

---

[98] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 49; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 626.

[99] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1577.

[100] Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho Civil español,* T. IV, Cuesta, Valladolid, 1925, pág. 359; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil,* T. V, vol. 1, *Derecho de Familia,* 2.ª ed., Madrid, 1898, pág. 808.

[101] Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil español,* T. IX, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1969, págs. 277-278; Puig Peña, F., *Tratado de Derecho Civil español,* T. II, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, págs. 392-393; del mismo autor, «La donación matrimonial de bienes futuros», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas,* T. IV, Pamplona, 1969, págs. 577-578, quien definía esta donación matrimonial de bienes futuros como aquella figura jurídica en virtud de la cual uno de los desposados concede al otro, en el contrato matrimonial, el derecho de hacer suyos todos los bienes (o la parte de ellos que se establezca) que, al momento de la muerte de aquél, se hallen en su matrimonio desde la donación»; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 202.

[102] Vallet de Goytisolo, J., «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* Madrid, 1950, págs. 774-776; Lacruz Berdejo, J. L., y Albaladejo García, M., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía,* Bosch, Barcelona, 1963, pág. 323; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 627; Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1578; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 290; Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1476; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1604; O'Callaghan Muñoz, X., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1439; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 150, lo asimila a los legados, o en su caso, a la institución de heredero, pero irrevocable; Albaladejo García, M., «La donación», *op. cit.,* pág. 592, igualmente, señala que, constituye un verdadero contrato de institución de heredero o de legado; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 53, quien precisa que, las partes en la donación de bienes futuros vienen a disciplinar en cierto modo la sucesión del donante, lo que supone una excepción a lo dispuesto en el artículo 1271.2 en el que se niega la posibilidad de celebrar otros contratos sobre la herencia futura que no sean los que tienen por objeto practicar entre vivos la división de un caudal. En contra, Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 592.

nada o una cuota sobre la totalidad de los bienes; si bien, por su especialidad, estas donaciones resultan revocables por las causas legalmente establecidas en el artículo 1343 del Código Civil, pues la imposibilidad de revocación depende solo de la voluntad del causante.

Ahora bien, frente al criterio de considerarla como donación *mortis causa* revocable y su equiparación con la contemplada por el artículo 620 con la que comparte notas comunes como la necesidad de sobrevivir el donatario al donante, la libre disponibilidad de éste de los bienes objeto de liberalidad durante su vida; la eficacia de la donación y la transmisibilidad de los bienes al donatario a la muerte del donante; y de forma parecida remite a las normas reguladoras de la sucesión testada, existen también sustanciales diferencias entre una y otra donación[103]: 1. Las donaciones ordinarias *mortis causa* han de hacerse en testamento y, consecuentemente, se rigen por las normas generales relativas al mismo; mientras que estas donaciones por razón del matrimonio de bienes futuros optan por la forma capitular; 2. La revocabilidad es carácter esencial (art. 737) en la donación ordinaria *mortis causa* y depende de la voluntad del donante, mientras que en las donaciones por razón del matrimonio de bienes futuros son irrevocables en principio, salvo por las causas del artículo 1343; y 3. La exigencia de forma capitular en estas últimas determina su carácter bilateral, en cuanto precisa de aceptación; frente al carácter unilateral de las donaciones ordinarias *mortis causa*.

En este contexto, a diferencia de las donaciones ordinarias o las donaciones de bienes presentes otorgadas por razón del matrimonio, donde una vez aceptadas el momento de perfección coincide con el de su efectividad; en estas donaciones, es obvio que no existe tal coincidencia, pues, con la aceptación se perfecciona la donación, pero no llegan a producir efecto traslativo de la cosa donada al donatario hasta el momento del fallecimiento del donante-causante. De ahí que se plantee si en vida del donante, éste sigue conservando la titularidad de los bienes, y por ende, su poder de disposición, no obstante, la donación realizada. La doctrina de forma mayoritaria admite que la facultad dispositiva del donante alcanza a actos dispositivos a título oneroso[104]; sin embargo, existen discrepancias para las disposiciones a título gratuito, pues, algunos autores optan por negarla, pues de admitirla, haría ilusoria la liberalidad[105]; o, incluso, van más allá y exigen el consentimiento del donatario para que pueda tales actos dispositivos puedan tener lugar[106].

Si bien, no faltan quienes, a nuestro entender de forma más acertada, distinguen en función de que se done una cosa determinada o la totalidad de los bienes que el donante tenga al fallecer. En el primer caso, se considera que el donante

---

[103] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.*, pág. 590; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 937.

[104] Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 9484; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 939; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.*, pág. 595, tanto a título gratuito como oneroso. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1986 *(RJ* 1986/936); y de 13 de junio de 1994 *(RJ* 1994/6507).

[105] Puig Peña, F., «Tratado de Derecho Civil español», *op. cit.*, págs. 594-595; Valverde y Valverde, C., «Tratado de Derecho Civil español», *op. cit.*, pág. 358.

[106] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1477.

no pueda disponer de ningún modo de la cosa donada, ya que de no ser así, se frustraría el derecho del donatario sobre la cosa. Además la efectiva transmisión de la propiedad de lo donado se verifica como en los legados, *ipso iure* desde la muerte del donante, lo que supone que el donatario deviene automáticamente propietario con la delación de la herencia del donante, y desde entonces con el derecho a exigir la entrega de la cosa; y, para el segundo supuesto, como se instituye heredero al donatario al donarse la totalidad de los bienes que el donante tenga el fallecer, y como el objeto de esta donación son los bienes que tenga el donante a su muerte, se puede señalar que, hasta ese momento no se verifica ninguna transmisión patrimonial al donatario, por lo que el donante puede disponer de los bienes tanto a título oneroso como gratuito[107].

En cualquier caso, si en los términos vistos, el valor de estas donaciones no puede superar una cantidad que perjudique los derechos de eventuales legitimarios (art. 636); no les resultan, sin embargo, aplicable el límite del artículo 634, pues, el donante no pierde la propiedad de lo donado, ni, por ende, la facultad de disponer a título oneroso ni gratuito.

3. Elementos formales

Ante la ausencia de norma específica en cuanto a la forma de las donaciones por razón de matrimonio, habrá de estarse a la aplicación de las normas generales previstas para las donaciones ordinarias conforme a la remisión del artículo 1337, resultando, pues, aplicables los artículos 632 y 633, según que los bienes donados sean muebles e inmuebles[108]. De modo que se opta por la forma verbal con entrega simultánea de la cosa donada en caso de bienes muebles, y de faltar dicha entrega, se impone, para que surta efecto la liberalidad, la forma escrita y que así conste también la aceptación; mientras que para la donación de bienes inmuebles, el artículo 633 exige escritura pública y respecto de la aceptación precisa que podrá hacerse en la misma escritura pública de formalización de aquélla o en otra separada que, deberá hacerse en vida del donante para surtir efectos y notificarse a éste en forma auténtica[109].

Ahora bien, conforme el artículo 1338, estas donaciones por razón de matrimonio sean realizadas por uno de los contrayentes o por tercero, pueden hacerse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas[110]. Por lo que, en caso de existir tales donaciones pueden instrumentarse en escritura pública de capitulaciones

---

[107] Sirvent García, J., Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil, *op. cit.*, págs. 56-57; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1341 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 939, si bien matiza que, para las disposiciones a título singular no debe excepcionarse la regla general de disposición a título gratuito y oneroso, especialmente, si se tiene en cuenta la norma del artículo 869.2 respecto de la revocabilidad del legado por disposición de la cosa por el ordenante.

[108] El artículo 34 de la Ley 10/2007 del Régimen económico-matrimonial valenciano señala que, podrán hacerse en carta de nupcias o en escritura separada de donación. Si tuvieran por objeto bienes inmuebles, habrán de hacerse necesariamente en escritura pública. Cuando se trate de bienes de otra naturaleza se respetarán los usos y costumbres del lugar; y, el artículo 177 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, dispone que las donaciones por razón del matrimonio podrán someterse a condición.

[109] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 1991 *(RJ* 1991/6061).

[110] Vid., asimismo, los artículos 231-14, 231-25 y 231-27 a 231-29 del Código Civil catalán.

matrimoniales —aunque no deben formar parte necesariamente de ellas— o en cualquier escritura *ad hoc*[111]. En todo caso, si se hacen en capitulaciones que, lógicamente habrán de ser realizadas antes del matrimonio, requerirán su forma específica, esto es, escritura pública (art. 1327). Si se hacen fuera de ellas, se observarán las reglas de forma descritas en líneas precedentes para las donaciones ordinarias según la naturaleza mueble o inmueble de los bienes donados.

Tras la reforma operada por Ley 11/1981 —que deroga el art. 1330 que eximía de la necesidad de aceptación en las donaciones por razón del matrimonio— se exige para la validez de todas las donaciones, incluidas, por tanto, éstas, la aceptación del donatario, aplicando para ello las reglas generales de la donación (art. 618)[112]. Si bien, algunos autores consideran que la celebración del matrimonio —si la liberalidad tiene por objeto una cosa mueble— debe considerarse como aceptación tácita o presunta para su validez, aunque ni se entregue la cosa al donatario, ni aquélla figure por escrito; lo que acertadamente, resulta rechazada por otros, pues, no existe fundamento legal para considerar que la celebración del matrimonio constituya por sí un acto claro e inequívoco del que se desprenda la voluntad de aceptar, que determine la no aplicación de las normas generales de la donación en esta materia[113]. Por último, recordemos que en el caso de donaciones de bienes futuros por razón de matrimonio el artículo exige que se otorguen en capitulaciones matrimoniales, debiendo manifestar el donatario también en éstas su voluntad de aceptar la donación, sin necesidad de que reitere tal aceptación, cuando aquéllas surtan efectos a la muerte del donante.

IV. EL RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO EN LAS DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO

El artículo 1340, cuyo precedente inmediato es el antiguo artículo 1397, obliga al donante al saneamiento por evicción o vicios ocultos de la cosa donada si aquél hubiere actuado de mala fe, por lo que viene a establecer un régimen menos riguroso que el previsto en el derogado artículo 1332 que, imponía al donante la obligación de liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesasen sobre ellos, con excepción de los censos y las servidumbres, a menos que en capitulaciones matrimoniales o en los contratos se dispusiera lo contrario. Ahora bien, el artículo 638 en materia de donaciones ordinarias dispone que, el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuera onerosa en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen. De nuevo una regla específica para las donaciones por razón del matrimonio frente a las donaciones ordinarias en las que, se prohíbe el saneamiento por evicción, salvo si éstas son onerosas.

Además de la responsabilidad especial del donante de bienes por razón de matrimonio en el caso de evicción o vicios ocultos, la obligación de responder

---

[111] Lasarte Álvarez, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 166.

[112] La Ley 114 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señala que requieren las donaciones *propter nuptias* la aceptación del donatario en la misma escritura o en otra separada. Y, asimismo, se indica que la aceptación debe hacerse en vida del donante o después de su fallecimiento. También el artículo 178.3 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, exige que, en todo caso, la liberalidad sea aceptada por ambos cónyuges.

[113] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.*, pág. 597.

existirá, igualmente, en el caso de promesa de bienes por razón del matrimonio, si bien, aquí no hay verdadera evicción para el acreedor de la promesa pues, antes de su cumplimiento —transmisión de la cosa donada— será demandado el promitente por el tercero que se cree con derecho a la cosa, que prometió a otro donar[114]. No obstante, hay que tener en cuenta que en tal caso el éxito de la pretensión del demandante provocará el incumplimiento de la promesa; incumplimiento que puede dar lugar a una indemnización de daños al beneficiario de la promesa, pues, impedirá cumplir al promitente[115]. Por otro lado, resultará imposible hablar de vicios ocultos, puesto que el adquirente no ha podido conocer estos aún[116]. De forma que, estaremos ante un incumplimiento defectuoso en cuanto que el objeto convenido con la promesa lo recibe el promisario con la disminución de su valor consecuencia de los vicios ocultos[117].

Por tanto, en las donaciones por razón del matrimonio opera la atribución de responsabilidad por saneamiento cuando el donante actúa de mala fe —sustituyendo al elemento del fraude del derogado art. 1397— y que, para la mayoría de la doctrina tiene lugar cuando el donante conocía la causa de la evicción o de los vicios ocultos y no dio cuenta o advirtió de tal circunstancia al donatario, sin que aquél haya de tener una especial intención de dañar[118]; si bien algunos autores subordinan también al hecho de haberse formalizado el matrimonio sobre la base económica que había de proporcionar la liberalidad para la formación del patrimonio conyugal[119], o exigen, además la conciencia en el donante de los daños, que de su propia conducta pueden derivarse para el donatario[120].

---

[114] Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1583.

[115] Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 147. Por su parte, precisan Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1575, y Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 623-624 que, «no puede producirse nunca el saneamiento por evicción en el caso de una promesa pendiente de cumplimiento. La única posibilidad de aplicación que cabe imaginar de una norma de este corte, requiere que el sujeto pasivo de evicción vencido en juicio sea el propio promitente, pero en tal caso no hay verdadera evicción para el beneficiario de la promesa, ya que lo único que se produce es un fenómeno de imposibilidad de cumplimiento, que debe encontrar su regulación de acuerdo con los principios generales del Derecho de obligaciones, y, en especial, con las normas aplicables según la naturaleza onerosa o gratuita del negocio». Asimismo, para Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1475, la responsabilidad por vicios ocultos tiene una explicación más difícil, así solo pensando en que la elección de la misma con mala fe es el fundamento de su responsabilidad, se dota de algún sentido comprensible a la norma.

[116] Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 935.

[117] Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 234.

[118] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1575; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* págs. 42-43: O'Callaghan Muñoz, X., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1438; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1583; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 223.

[119] Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 147.

[120] Martín León, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 219. Para Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 624, también se interpreta el término mala fe como una actuación llevada a

Ahora bien, esta actuación de mala fe ha de imponerse a cualquier donante, sea un tercero o uno de los cónyuges, y respecto de cualquier liberalidad, al margen de la importancia que ha tenido para la formación del patrimonio conyugal[121]. Sin embargo, no faltan quienes restringen su aplicación a aquellas donaciones o promesas que han sido determinantes para la propia celebración del matrimonio por su carácter básico para la formación del patrimonio conyugal[122].

Por otra parte, el artículo 1340 no alude a la posible onerosidad de las donaciones, que si contempla la norma general del artículo 638 respecto de las ordinarias, por lo que habrá de entenderse que el donante en una donación prenupcial responde frente a cualquier donación sea o no onerosa siempre que haya actuado de mala fe[123]. Efectivamente, si la donación es sin carga y el donante actúa de mala fe, está obligado a sanear por evicción o vicios ocultos como en los contratos onerosos. Ahora bien, si la donación es con carga y el valor del gravamen sobrepasa el enriquecimiento que de lo donado recibe efectivamente el donatario, el donante está obligado a sanear en todos los casos, incluso aunque haya obrado de buena fe, como en la donación ordinaria modal (art. 638). Pero si el enriquecimiento recibido por el donatario es mayor que el valor del gravamen, el donante solo queda obligado a sanear, si ha obrado de mala fe, a diferencia de la donación modal ordinaria, que no queda obligado al saneamiento[124].

Por lo demás, resulta difícil ante el carácter gratuito de la donación, trasladar a las donaciones antenupciales, la normativa del saneamiento porque se ha construido sobre la base de un contrato oneroso como es la compraventa, que obliga al vendedor a resarcir al comprador de una serie de conceptos que, difícilmente encajan con una transmisión de carácter gratuito (art. 1478). En todo caso, parece que no existe inconveniente en aplicar algunos preceptos como el que establece la necesidad de sentencia firme por la que se condene al donante a la pérdida de la cosa (arts. 1475.1 y 1480), o el que exige la notificación al vendedor, en nuestro caso donante, de la demanda de evicción (art. 1482)[125]. De forma que, sobre tales bases el saneamiento en las donaciones prenupciales supone el deber de indemnizar de los perjuicios causados cuando el donante hubiera actuado de mala fe. Por lo que para que tenga lugar esta responsabilidad para algunos se exige que de la frustración de la donación, o del incumplimiento de la promesa, se derive un daño para el adquirente de los bienes o acreedor de la promesa. Esto ocurre cuando la liberalidad ha influido en la celebración del matrimonio, tendiendo la donación o promesa carácter básico para la formación del patrimonio conyugal con el que afrontar las cargas familiares[126], sin que sea

---

cabo con engaño o dolo e incluso culpa en sus modalidades más graves porque ésta excluye la buena fe.

[121] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.*, pág. 586; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 224.

[122] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1575; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1583.

[123] En esta línea, Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 936; Martínez de Aguirre Aldaz, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.*, pág. 218.

[124] Albaladejo García, M., «La donación», *op. cit.*, pág. 594.

[125] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 44.

[126] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1575, quien precisa que «la responsabilidad nace del carácter básico que la donación o la promesa

necesario que el donatario pruebe que el donante, al ocultar el defecto, trató de impulsarle al matrimonio[127]. Sin embargo, para otros, acertadamente opera siempre que se causen daños al donatario con independencia del carácter básico de la donación o de las promesas incumplidas para la formación del patrimonio, habiéndose discutido si se trata de una responsabilidad precontractual o extracontractual, pero en cualquier caso sin relación alguna —pese a la literalidad del art. 1340— con el saneamiento de la compraventa[128]. En cuanto a los daños indemnizables, DÍEZ-PICAZO señala que, dada la redacción de la ley es «el interés contractual positivo»[129].

IV. LA INEFICACIA DE LAS DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO

El artículo 1342 declara la ineficacia de las donaciones por razón del matrimonio efectuadas en capitulaciones o fuera de ellas para el caso de no celebración del matrimonio en el plazo de un año, pues, la liberalidad se realiza precisamente en atención a él (art. 1336)[130]. Desde un punto de vista objetivo, se considera que el matrimonio ha quedado frustrado si no se celebra en el plazo indicado de un año, contado a partir del momento en el que se realizó la donación —esto es, de perfección de la donación con la aceptación del donatario—[131]. Ahora bien, en la dependencia existente entre las donaciones por razón del matrimonio y el matrimonio *ad hoc*, la doctrina ha discutido acerca de la función que desempeña la celebración del matrimonio. Para una parte, opera como condición suspensiva, haciendo depender la donación de la existencia del matrimonio; para otra parte, estamos ante una condición resolutoria, siendo la donación inicialmente válida y la falta de celebración del matrimonio produce necesariamente la pérdida de

---

hubieran tenido para la formación del patrimonio conyugal, como fundamento de la economía de la pareja, porque así si puede haber daño y es víctima de fraude y de mala fe el que se casa con la perspectiva de unos bienes, que le permitan afrontar las cargas familiares, y después ve frustrada la donación o la promesa»; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 147; SIRVENT GARCÍA, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 44; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1475-1576.

[127] COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 623-624.

[128] FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.*, pág. 224; MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 9480-9481; LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 935, habla de responsabilidad contractual, si el objeto defectuoso ha causado daños.

[129] DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1575. Asimismo, COBACHO GÓMEZ, J. A., «Comentario al artículo 1340 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 624.

[130] Sin embargo, para DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 294, no es un problema de eficacia, pues, no se produce la transmisión de la propiedad de la cosa donada hasta que no se celebra el matrimonio.

En la línea del Código Civil, el artículo 179 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia. Por su parte, la Ley 117 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señala que «*las donaciones* propter nuptias *quedarán ineficaces si el matrimonio no llegara a celebrarse o desde que fuera declarado nulo*».

[131] El donatario adquiere los bienes donados antes de celebrarse el matrimonio.

derechos adquiridos[132]; y, finalmente, no falta quienes considerando que, igualmente, la donación es inicialmente válida, la celebración de aquél opera como una verdadera *conditio iuris*[133]; o simplemente consideran que el matrimonio proyectado actúa como causa subjetiva de la donación o móvil causalizado de la misma[134] o estamos ante un supuesto de nulidad por falta de causa.

Por otra parte, también se discute el tipo de ineficacia que determina la falta de celebración del matrimonio. Se trata de una ineficacia sobrevenida que para algunos opera de forma automática, atendida la dicción del artículo 1342, «quedarán sin efecto» y su no consideración como causa de revocación[135]; de forma que, produciéndose *ipso iure* la resolución de la donación, el donatario deberá devolver lo donado, salvo que no hubiese tenido lugar la entrega material de la cosa donada; y de tratarse de una donación promisoria, desaparece el derecho a reclamar lo prometido[136]; mientras que para otros estamos ante una ineficacia provocada, que requiere la reclamación del donante[137].

Lo cierto es que estamos ante un supuesto de ineficacia sobrevenida de la donación en la medida que el negocio por el que ésta se constituye, ha quedado sometido a una condición resolutoria con efecto *ex nun*c y, asimismo, esta ineficacia opera de forma automática, por lo que el donante no tiene que ejercitar ninguna acción para que cesen los efectos, a diferencia de lo que ocurre con la

---

[132] Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1584; Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1477; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 148; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 150; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 943, señala que el móvil del matrimonio ha sido elevado a condición resolutoria negativa. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de julio de 2001 *(JUR* 2001/287542).

[133] Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 602; Lasarte Álvarez, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 168; O'Callaghan, J., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1439, habla de *conditio iuris* resolutoria. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 23 de abril de 2004 *(JUR* 2004/158035).

[134] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 68. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2005 *(RJ* 2005/10185); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 9 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/275877).

[135] Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1584; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 943; Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 148; Moralejo Imbernón, N., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 9487. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 31 de julio de 2002 *(AC* 2002/1295), habla de ineficacia por ministerio de la ley.

[136] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1477. Vid., en cuanto a la restitución de lo entregado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 31 de julio de 2002 *(AC* 2002/1295), que acude a la doctrina del enriquecimiento injusto para acceder a la restitución de lo recibido.

[137] Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1579, sin embargo, en este estudio opta por esta postura; Lasarte Álvarez, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 168; Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 628; Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 69. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 28 de mayo de 1999 *(AC* 1999/5570).

revocación, pues, la resolución opera automáticamente; todo ello, sin perjuicio que aquél, en su caso, tenga que ejercitar una acción encaminada a exigir la restitución de los bienes donados en poder del donatario.

El plazo de un año es un plazo de caducidad[138]; si bien al tratarse el artículo 1342 de una norma dispositiva, este plazo legal puede prorrogarlo el donante, si quiere o establecer otro distinto, mayor o menor que el legal, dado que nada impide al donante establecer una condición resolutoria o término resolutorio[139]. No obstante, la donación puede entenderse resuelta antes de dicho plazo si es seguro que el matrimonio no tendrá lugar, como sucede en caso de fallecimiento de uno de los futuros esposos[140] o si uno de ellos contrae matrimonio con un tercero o tiene lugar otra circunstancia que haga imposible el matrimonio.

En todo caso, se considera que, en las donaciones son realizadas de un cónyuge a otro, siendo el donante quien posteriormente rechaza sin causa el proyecto matrimonial, no resultan ineficaces, y, el donatario, en consecuencia, conserva lo donado por aplicación analógica de los artículos 1119, 1306.2 y 1343.3 del Código Civil[141]. Asimismo, puede el donante, si lo estima oportuno mantener la donación, pero como ordinaria.

En cuanto a la revocación de las donaciones por razón del matrimonio como supuesto también de ineficacia de las mismas, el artículo 1343.1 admite como causas de revocación de estas donaciones algunas propias de las donaciones ordinarias, así por ingratitud en los casos del artículo 648; o por incumplimiento de cargas (art. 647), pues, queda excluida de forma expresa para las donaciones por razón del matrimonio la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos[142].

---

[138] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 628; De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 293.

[139] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 628; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 944.

[140] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 5 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006/150717).

[141] Cobacho Gómez, J. A., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 629; Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1342 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 1584-1585; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 603.

[142] Por su parte, la Ley 118 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra dispone como causas de revocación: 1. Las causas pactadas. 2. Por el incumplimiento de cargas impuestas al donatario que sean esenciales; el artículo 180 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia señala como causas: 1. Por incumplimiento de alguna de las cargas impuestas, siempre que el donante se reserve la facultad de revocarlas. 2. En las realizadas por tercero, por la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, si los mismos bienes donados estuvieran en poder de los cónyuges. 3. En las realizadas entre esposos cuando el donatario cometiera algún delito contra la persona del donante, sus ascendientes o descendientes; el artículo 35 de la Ley 10/2007 del Régimen económico-matrimonial valenciano establece que, además, de la aplicación de las normas generales sobre las causas de revocación de las donaciones, las donaciones por razón del matrimonio podrán ser revocadas, además, por las siguientes: 1. Si el matrimonio no se celebra, sea cual sea su causa, en el término de un año desde el otorgamiento de la donación. 2. Las donaciones modales y condicionales serán revocables, además de por las causas señaladas en el apartado anterior, por el incumplimiento del modo o de la condición o por su cumplimiento si esta es resolutoria. 3. Si el matrimonio se declara nulo o se disuelve o los cónyuges se separan de hecho o judicialmente. Y, finalmente, el artículo 231-25 señala que las donaciones otorgadas en capítulos matrimoniales únicamente son revocables por incumplimiento de cargas; y el artículo 231-29 respecto a las donaciones fuera de capítulos son revocables: 1. Por la falta de celebración del matrimonio en el plazo de un año desde la donación. 2. Declaración

Ahora bien, como la donación se realiza en consideración a un matrimonio proyectado, se establecen, asimismo, causas específicas de revocación de estas donaciones, diferenciándose entre donaciones realizadas por los esposos o donaciones realizadas por terceros (art. 1343.2 y 3). Respecto a las donaciones hechas por terceros, se considera como incumplimiento de cargas, además de las de que pudiera el donante haber subordinado la donación, que son las que éste libremente dispone que, en todo caso, han de respetar los límites generales (no oponerse a la ley, la moral y el orden público), y no ser contrarias a los fines o intereses del matrimonio, el Código Civil se refiere a otras dos circunstancias a las que da tal valor. Así se considera incumplimiento de cargas: 1. La anulación del matrimonio por cualquier causa y con independencia de la buena o mala fe del donatario; 2. La separación o el divorcio, si la causa de la ruptura es imputable al donatario. No es preciso que la imputación sea una declaración de culpabilidad, que no hace la sentencia, sino que basta que haga una atribución objetiva de autor de la causa del divorcio[143]. Lo cierto es que con la actual reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, se han suprimido las causas de separación o divorcio[144], por lo que resulta indebido recurrir a la idea de «cónyuge responsable» o «circunstancias imputables a uno de los cónyuges», y, por tanto, carece de sentido esta causa de revocación, entendiéndose por ello tácitamente derogado este artículo 1343 en relación con esta causa[145], o, simplemente, considerar que, suprimido cualquier atisbo de culpa, la donación se revoca siempre que tenga lugar una separación o divorcio[146].

Para las donaciones entre cónyuges, establece el artículo 1343.3 que, además de las específicas impuesta por el donante, se considera incumplimiento de cargas también la nulidad del matrimonio, pero en este caso, si existe mala fe en el donatario, es decir que, el matrimonio se celebrarse por su malicia bajo causa de nulidad; lo que en cierto modo supone una excepción a la regulación del matrimonio putativo contenida en el artículo 79 del Código Civil[147]. De forma que, si el donatario contrae el matrimonio de buena fe, subsiste la donación a pesar de la nulidad. Por el contrario, se consideran causas de ingratitud la separación o el divorcio por causa imputable en sentencia al donatario que, debemos aducir

---

de nulidad del matrimonio, si el donatario es de mala fe y el donantes es su cónyuge. 3. Incumplimiento de cargas y 4. Ingratitud del donatario.

[143] O'Callaghan, J., «Comentario al artículo 1343 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1440.

[144] La separación judicial y el divorcio tras la actual reforma puede decretarse, a petición de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro, o de uno solo de ellos, sin necesidad de alegar causa alguna que lo justifique (arts. 81 y 86 del CC). En los dos primeros casos ha de acompañarse a la demanda propuesta de convenio regulador, mientras que en el tercero ha de acompañarse a la demanda *«propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio»*. Para poder interponer la demanda de separación o de divorcio es preciso que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo en el supuesto de que la demanda sea formulada por uno de los cónyuges y sea víctima de violencia de género (art. 85 CC).

[145] Sánchez-Calero Arribas, B., «Comentario al artículo 1343 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1479; Luque Jiménez, M.ª del C., «Comentario al artículo 1343 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 948; Fernández-Sancho Tahoces, A., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 292.

[146] Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 148; Guilarte Martín-Calero, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 614.

[147] Sirvent García, J., «Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil», *op. cit.,* pág. 75.

respecto de esta causa, las mismas razones de improcedencia de la misma tras la citada reforma[148]; y, asimismo, se estima ingratitud las causas de desheredación del artículo 855 del Código Civil —algunos de ellos ya incluidos en el art. 648—[149].

VI. BIBLIOGRAFÍA

COBACHO GÓMEZ, J. A.: «Comentario a los artículos 1336 a 1343 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* T. II, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario a los artículos 1336 a 1343 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Granada, 2006.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Las donaciones por razón del matrimonio», en *Tratado de Derecho de Familia,* vol. III, *Los regímenes económico-matrimoniales,* directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011.

LUQUE JIMÉNEZ, M.ª del C.: «Comentario a los artículos 1336 a 1343 del Código Civil», en *Código Civil comentado,* vol. III, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Aranzadi, Navarra, 2002.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario a los artículos 1336 a 1343 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* T. VII, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

---

[148] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993/8611) señala que no existe posibilidad de revocación por no existir en la sentencia esa declaración de imputabilidad. Al igual que ocurre —habría que añadir— cuando la separación o divorcio son de mutuo acuerdo, que tampoco procede tal revocación; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 21 de marzo de 2000 *(AC* 2000/1118).

[149] Trasladando lo dispuesto en el artículo 855 del Código Civil para la desheredación a las donaciones por razón del matrimonio, pueden señalarse como causas específicas de revocación por ingratitud las siguientes: «1. Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. 2. Las causas que dan lugar a la privación de la patria potestad. 3. Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge. 4. Haber atentado contra la vida del cónyuge donante, si no hubiera mediado reconciliación». En consecuencia, si el donatario incumple gravemente los deberes conyugales, el donante podrá pedir la revocación de la donación por ingratitud, pero no porque le sea imputable causa de separación, puesto que, éstas ya no existen, sino por la remisión del artículo 1343 al 855. Vid., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Las donaciones por razón del matrimonio», *op. cit.,* pág. 613; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Comentario al artículo 1343 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 1479.

En cuanto a los efectos restitutorios de lo donado, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 3.ª, de 29 de junio de 1996 *(AC* 1996/1225); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 2 de abril de 2001 *(JUR* 2001/171267); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.ª, de 28 de noviembre de 2006 *(JUR* 2007/124819); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 30 de julio de 2009 *(JUR* 2009/381733).

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: «Comentario a los artículos 1336 a 1343 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.

SIRVENT GARCÍA, J.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código Civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 1960 *(RJ* 1960/2106).
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1986 *(RJ* 1986/935).
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993/8611).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 30 de enero de 2004 *(RJ* 2004/438).
- SAP de Zamora, Sección única, 28 de mayo de 1999 *(AC* 1999/5570).
- SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 31 de julio de 2002 *(AC* 2002/1295).
- SAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 4 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/145743).
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 28 de septiembre de 2004 *(JUR* 2005/8966).
- SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2004/290428).
- SAP de Málaga, Sección 5.ª, de 19 de febrero de 2009 *(JUR* 2009/275877).

RESUMEN

DONACIÓN, MATRIMONIO, TERCEROS, DERECHO DE ACRECER

Las donaciones que terceros o los futuros contrayentes pueden realizar en consideración a un futuro matrimonio, bien para favorecer la formación del patrimonio conyugal o bien como simples regalos de cortesía es el objeto del presente estudio, atendiendo para ello a la regulación específica contenida en el Código Civil y en otros ordenamientos forales.

ABSTRACT

DONATION, MARRIAGE, THIRD PARTIES, RIGHT TO INCREASE

The donations that, third parties or the futures spouses can realize in consideration to a future marriage, good to favor the formation of the conjugal heritage or as simple gifts of comity it is the object of the present study attending for it to the specific regulation contained in the Civil Code and in other statutory classifications.

PENSIÓN DE MENORES TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL Y EL MÍNIMO VITAL *

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CRISIS ECONÓMICA Y PENSIONES ALIMENTICIAS.—II. MÍNIMO VITAL. CONCEPTO. CONTENIDO Y CARACTERES.—III. CUESTIONES ACTUALES DEL MÍNIMO VITAL: A) SUPUESTO DE *SUSPENSIÓN* DEL ABONO DE PENSIÓN ALIMENTICIA. B) INEXISTENCIA DE *SUPRESIÓN* DEL ABONO DE PENSIÓN ALIMENTICIA. C) LA LEY VALENCIANA DE RELACIONES FAMILIARES Y EL MÍNIMO VITAL. D) LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y EL MÍNIMO VITAL. E) EL SUPUESTO DE LOS HIJOS *MAYORES DE EDAD* Y EL MÍNIMO VITAL.—IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—V. DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CANTIDAD.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: CRISIS ECONÓMICA Y PENSIONES ALIMENTICIAS

Uno de los conceptos jurídicos indeterminados surgidos tras las modificaciones del Derecho de Familia es el referido a que los progenitores han de contribuir a los gastos de los hijos *en proporción a sus ingresos y a sus posibilidades económicas* (arts. 93 y 146 CC)[1].

Los alimentos a los hijos nacen de la relación paterno-filial y, en el caso de menores, es consecuencia de la patria potestad, incluso aunque el alimentante esté privado de la patria potestad[2]. El artículo 154 del Código Civil afirma cate-

* 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, en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

[1] Vid., por ejemplo, la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de junio de 2011 (rec. 650/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 491/2011. Número de recurso: 650/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165149/2011), que dice que en el caso se adecúa la pensión alimenticia a favor del hijo menor al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos progenitores, no sólo del padre sino de la madre custodia, y a las efectivas necesidades de los hijos, según los usos y circunstancias de la familia, si bien dicho principio queda difuminado en el margen de la cobertura de las necesidades integrantes del llamado mínimo vital, que viene fijado al prudente arbitrio del tribunal sentenciador, y es exigible incluso de personas en probada situación de desempleo.

[2] Como vamos a ver a lo largo de este pequeño análisis, van a ser los Jueces y Tribunales quienes tienen que determinar la cuantía de la pensión, por eso la SAP de Murcia, Sección 5.ª de 9 de mayo de 2006 (rec. 41/2006. Ponente: José Manuel NICOLÁS MANZANARES. Número de sentencia: 204/2006. Número de recurso: 41/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA

góricamente que el deber de alimentos como obligación de *ius cogens* es uno de los deberes fundamentales derivados de la patria potestad.

La ruptura matrimonial siempre conlleva una alteración en la economía de la unidad familiar, al tener que afrontar, y además separadamente, gastos que antes se compartían. No obstante, la contribución al sostenimiento de cargas y alimentos ha de ser *proporcional* a las necesidades del alimentista y a las circunstancias económicas del deudor de la prestación.

En la situación actual de crisis económica, la posibilidad de que uno de los alimentantes esté en *situación de desempleo o simplemente sus ingresos sean mínimos* es una realidad común. Cuestión distinta es que se encuentre en situación de indigencia sin recursos para subsistir, lo cual debe probarse a fin de no poder hacer frente a los gastos del menor[3].

Resulta imprescindible la obligación de atender a un mínimo de subsistencia por debajo del cual los hijos no estarían en condiciones de satisfacer sus más elementales necesidades. Estamos ante una *exigencia irrenunciable* inherente a la titularidad de la patria potestad[4].

No podemos olvidar que además, en el caso de hijos menores, procede la *fijación de oficio de los alimentos* en el proceso matrimonial de sus progenitores (art. 93.1 CC), ya que el juez debe determinar su contribución a la satisfacción de los mismos, de modo que debe figurar necesariamente un pronunciamiento judicial que determine la participación de los progenitores en el cumplimiento de la obligación.

Insistimos en que es una medida que puede decretarse de oficio, sin necesidad de petición expresa del otro progenitor, pues se trata de materia de *ius cogens*, indisponible para las partes, en la que no operan los principios dispositivo y de rogación, principios derogados en el proceso civil en base al *favor filii*. Así, el interés del menor queda salvaguardado y protegido por la autoridad judicial.

Resultan ser tan cuantiosos los problemas generados por la situación de crisis actual unido a la creación de distintas familias por los distintos progenitores con obligaciones alimenticias diferentes, que recientemente se ha tenido que pronunciar la Sala Primera del TS, en sentencia de 30 de abril de 2013[5] en

---

LEY 94744/2006), insiste en «que la cuantía propuesta por el apelante se sitúa dentro de los mínimos indispensables para garantizar la subsistencia de los hijos menores de edad, del *mínimo vital* que no precisa de justificación, cuya cuantía sólo es testimonio de la persistencia de un deber que se mantiene como un *efecto inherente a la procreación* que persiste en toda su extensión y que incluso se viene fijando en aquellos casos en los que no se acreditan los ingresos del obligado a prestar alimentos ni cuáles son sus posibilidades económicas».

[3] En nuestro supuesto, el progenitor no custodio no ha probado en qué medida su situación económica había quedado perjudicada a consecuencia del cese en la actividad por cuenta ajena. Ello así, la cantidad fijada en sentencia se estima ponderada, manteniéndose asimismo el resto de pronunciamientos de la resolución combatida.

[4] Recordemos que son hijos dependientes económicamente:

— todos los menores de dieciséis años si al menos uno de los padres es miembro del hogar,

— los que tienen dieciséis y más años pero menos de veinticinco y son económicamente inactivos, de nuevo si al menos uno de los padres es miembro del hogar.

[5] 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.

relación con el tema de la reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos.

El TS ha mantenido que no cabe la modificación de las medidas adoptadas en el convenio regulador de la separación matrimonial con relación a los alimentos de los hijos debido a un cambio de circunstancias ya que el padre había tenido otros dos hijos de una nueva relación de pareja. El Alto Tribunal formula 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*»[6].

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.

A continuación vamos a estudiar esta nueva situación creada, pues la jurisprudencia[7] ha formulado la llamada *doctrina del mínimo vital*, en base a la cual no cabe la modificación de medidas en cuestión de alimentos, y consiguientemente «no procede la reducción de la pensión a la mitad por la mayoría de edad e independencia económica del otro hijo, al suponer los 150 euros de pensión, un "mínimo vital" necesario para que la hija viva en condiciones de suficiencia y dignidad»[8].

Jurisdicción: CIVIL. En *Diario La Ley*, núm. 8097, Sección: La sentencia del día, 4 de junio de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 36263/2013.

[6] «Respecto a los alimentos para los hijos, el padre satisfará a la ex esposa la cantidad de 300 € para cada uno de ellos que mensualmente será ingresada en la cuenta que la misma 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 pudieren ocasionar».

[7] Vid., últimamente, la SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 4 de junio de 2012. Rec. 81/2012. Ponente: José María Magaña Calle. *Diario La Ley,* núm. 8111, Sección Jurisprudencia, 24 de junio de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 2777/2013.

[8] Mediante la sentencia de separación se estableció, existiendo dos hijos menores de edad, una pensión de 150 €/mensuales a cargo del padre, para contribuir al levantamiento de las cargas familiares. En autos de modificación de medidas, dicho progenitor pretende la supresión de la pensión a favor de uno de los hijos, por ser mayor de edad y haberse incorporado al mercado laboral, adquiriendo así independencia económica, quedando, por consiguiente, reducida la pensión a 75 €/mensuales, a favor de la hija menor. La sentencia de instancia, ahora recurrida, estima la demanda por considerar acreditados los hechos alegados referidos a la independencia económica del hijo mayor.

Sin embargo, la Sala, en sede de apelación, revoca la sentencia de instancia, argumentando que lo cierto es que, dentro de una economía precaria, prácticamente de subsistencia, se ha fijado solo una cantidad global en concepto de pensión para ambos hijos del matrimonio, no diferenciando lo que a cada uno de ellos le corresponde.

II. MÍNIMO VITAL. CONCEPTO. CONTENIDO Y CARACTERES

De acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial, ya consolidada, se considera *mínimo vital* la cantidad mínima imprescindible para el desarrollo de los hijos en condiciones de suficiencia y dignidad.

El *contenido* de la pensión mínima vital tiene que garantizar un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores, con objeto de dar cobertura a las necesidades de alimentación, vestido, educación, ocio, etc. —en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos— del alimentista.

Cantidad exigible incluso en personas de probada situación de desempleo (en el caso objeto de estudio el mínimo se encuentra en 150 €, adhiriéndose a una doctrina mayoritaria de otras Audiencias)[9].

Incluso en la situación de precariedad económica del obligado a prestar la pensión, la misma debe mantenerse, pese a que un hijo ya se haya independizado, puesto que supone el mínimo vital necesario para que viva, en estos momentos, en condiciones de suficiencia y dignidad[10]. Así se evitan los problemas de inicio de procedimientos de modificación de medidas por alteración de las circunstancias cada vez que aparezca el desempleo. Se elude tener que probar continuamente que los sucesos que originan la modificación de medidas tienen carácter estable, duradero, con vocación de permanencia, pues el mínimo vital es el mínimo que independientemente de la situación del progenitor debe otorgarse.

El padre debe hacer lo posible y lo imposible para atender a sus necesidades por encima de las suyas propias[11].

Los obligados del derecho son los progenitores, los alimentantes que se hallan ante un deber inexcusable por derivar de las obligaciones del ejercicio de la patria potestad y dada la obligatoriedad de su regulación que para estos casos impone el artículo 93 del Código Civil, siempre procederá fijar un mínimo vital

---

[9] Determinación de la cuantía de los alimentos en virtud del criterio de la proporcionalidad entre los respectivos recursos económicos de los progenitores, así como las efectivas necesidades de los hijos. Establecimiento de un «mínimo vital», que resulta exigible incluso de personas en probada situación de desempleo. SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de mayo de 2010, recurso: 100/2010. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 270/2010. Número de recurso: 100/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109492/2010.

[10] SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2013, recurso: 755/2012. Ponente: José Jacinto PÉREZ BENÍTEZ. Número de sentencia: 22/2013. Número de recurso: 755/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2777/2013.

[11] El padre se encuentra en situación de desempleo y por ello percibe la correspondiente prestación. Con ella ha de subvenir a sus propias necesidades y a las de los cuatro hijos que con él conviven, pero ello no excluye que venga obligado también a contribuir al sostenimiento de su otro hijo, pues la misma obligación le asiste respecto del mismo que respecto de los otros cuatro hijos a su cargo. Goza de una alta cualificación académica, pues es Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones, siendo notoria la gran demanda de este tipo de profesionales en el actual mercado de trabajo. La situación de desempleo es meramente coyuntural, lo que impide suspender su obligación alimenticia para con su hijo menor.

SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 4 de enero de 2007, recurso: 943/2006. Ponente: María Inmaculada SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO. Número de sentencia: 10/2007. Número de recurso: 943/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 48031/2007.

sin perjuicio de que por razones de fuerza mayor en algún caso no pueda ser atendido «…por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tales, que no precisa de justificación y cuya cuantía sólo es testimonio de la persistencia de un deber que se mantiene como un efecto inherente a la procreación que persiste en toda su extensión y que incluso se viene fijando en aquellos casos en los que no se acreditan los ingresos del obligado a prestar alimentos ni cuáles son sus posibilidades económicas»[12].

III. CUESTIONES ACTUALES DEL MÍNIMO VITAL

Desde los Juzgados de Familia y su constante visión de la práctica cotidiana, y como hemos analizado anteriormente en los diversos comentarios jurisprudenciales, se han introducido en el entorno de los procesos de familia otros instrumentos y recursos (servicios de mediación intrajudicial y terapia familiar, Puntos de Encuentro Familiar, sistemas de baremación de las pensiones alimenticias), que suponen una ayuda tras la ruptura matrimonial y los problemas familiares originados. Estas innovaciones se han generado a raíz de los encuentros entre Magistrados y Jueces de Familia con la Asociación Española de Abogados de Familia organizados por el Consejo General del Poder Judicial.

Para los jueces y magistrados produce cierta inseguridad algunos términos indeterminados relativos a la cuantificación de los alimentos a favor de los hijos en los procesos de ruptura familiar [arts. 93 y 142 y sigs. del CC, arts. 233-2.2.*b)*, 233-4,1, 237-1 y sigs. CFC, arts. 77.2.*d)* y 82 CDFA, y arts. 4.2.*d)* y 7 LRFHPNC]. Como vamos a ver en todos los casos se otorga por la Ley la máxima discrecionalidad al juez a la hora de concretar la cuantía debiendo interpretar a qué considera proporción correcta entre el caudal y medios del alimentante y las necesidades del alimentista. De ahí que en relación con el tema que nos ocupa se haya tomado una cantidad fija como «mínimo vital» por Juzgados, como en las propias sentencias se indica, a fin de evitar cierta imprevisibilidad de la respuesta judicial y sobre todo evitar la posibilidad de respuestas judiciales distintas en supuestos similares, aumentándose con ello la seguridad jurídica.

En el supuesto en que el obligado al pago de alimentos tenga unos ingresos por debajo de 700 euros, se considera que ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia (que jurisprudencialmente varía según las distintas zonas geográficas y poblaciones). Si con posterioridad se superase ese nivel de ingresos, podría actualizarse la pensión mediante la aplicación de las Tablas[13] a los nuevos ingresos en el proceso que corresponda[14].

---

[12] SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2013, recurso: 58/2013. Ponente: Fernando Javier Fernández-Espinar López. Número de sentencia: 223/2013. Número de recurso: 58/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 85795/2013.

[13] Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial. La existencia de un sistema de tablas o baremo facilita enormemente la posibilidad de acuerdos tanto en la fase preprocesal como durante la tramitación del procedimiento (aumento de procesos consensuales, ahorro de costes personales y disminuyen la carga de trabajo en Juzgados y Tribunales).

[14] A propuesta del Grupo de trabajo de jueces de familia, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) fue informado, en su sesión del 11 de julio de 2013, de la Memoria

A) Supuesto de *suspensión* del abono de pensión alimenticia

Puede darse el caso de la *suspensión de la obligación* alimenticia mientras el progenitor no custodio se encuentra ingresado en centro penitenciario, al no constar que goce de ingresos mínimos que permitan atender la subsistencia del menor.

En este caso, la jurisprudencia entiende que debe fijarse una pensión a cargo de dicho progenitor, a fin de atender su obligación legal cuando fuera excarcelado, en atención al interés prevalente de los hijos, cuyo importe se fijará en cantidad proporcional a los respectivos recursos económicos del padre y de la madre, con el límite mínimo de cubrir las necesidades que integran el mínimo vital, exigible incluso de personas en probada situación de desempleo; debiendo igualmente abonar los gastos extraordinarios del menor por mitad[15].

B) Inexistencia de *supresión* del abono de pensión alimenticia

No cabe establecer la supresión de la pensión alimenticia, ni siquiera del mínimo vital alegando que el padre no custodio no desea realizar las visitas. Lo que si hace la SAP es rebajar el mínimo a 120 €[16].

C) La Ley Valenciana de Relaciones Familiares y el mínimo vital

En la Comunidad Valenciana, los Tribunales insisten también que la pensión alimenticia debe llegar al mínimo vital imprescindible para cubrir las necesidades básicas de los menores. Así, por ejemplo, en los Juzgados de Alicante actualmente se fija en alrededor de 180 euros mensuales para el caso de un solo hijo, 300 euros si son dos y así sucesivamente.

---

explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en procesos de familia. Se trata de un instrumento orientador adaptado a las experiencias en esta materia y elaborado conforme a bases científicas con el apoyo técnico del Instituto Nacional de Estadística (INE).

Memoria elaborada por don Ildefonso Villán Criado (Letrado CGPJ), don José Luis Utrera Gutiérrez (Magistrado), doña Dolors Viñas Maestre (Magistrada), doña Margarita Pérez Salazar (Magistrada) y don José Javier Díez Núñez (Magistrado).

[15] SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 18 de junio de 2009, recurso: 1162/2008. Ponente: Encarnación Caturla Juan. Número de sentencia: 375/2009. Número de recurso: 1162/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 120176/2009.

[16] SAP de Soria, de 3 de noviembre de 2010, recurso: 128/2010. Ponente: María Belén Pérez-Flecha Díaz. Número de sentencia: 140/2010. Número de recurso: 128/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235965/2010, que dice que «la citada situación de don Fermín es algo temporal, ya que lógicamente debe buscar y conseguir un empleo, y no hay que olvidar que la cantidad establecida de 120 € mensuales para su hija, es el mínimo vital, tal y como establece la sentencia apelada para la subsistencia de los hijos, e incluso por debajo de la cifra que la mayoría de las Audiencias Provinciales establecen en estos supuestos (150 €), por tanto estimamos que al encontrarnos en la cantidad mínima, según antes hemos expresado, es imposible su rebaja, y menos aún su supresión.

No obstante teniendo en cuenta la regulación contenida en la Ley Valenciana de Relaciones Familiares[17], las cantidades pueden variar —ser ligeramente rebajadas— ya que de ese mínimo vital se eliminaría el importe a fijar en concepto de contribución a los gastos ordinarios, los gastos de educación, con las correspondientes previsiones de actualización[18].

D) La *mediación* familiar y el mínimo vital

La evolución de la sociedad, la multiplicidad de tipologías familiares, los cambios legislativos y la flexibilidad jurisprudencial en algunas de dichas medidas, hacen cada vez más conveniente acudir a la *mediación* a fin de llegar a acuerdos que se ajusten a las propias circunstancias familiares, y a las ocasionadas tras la ruptura de manera individualizada y que, a su vez, sean las propias partes las que gestionen soluciones más adecuadas para su futuro[19].

---

[17] El artículo 7 (Gastos de atención a los hijos e hijas), dispone:

«*1. En defecto de pacto de convivencia familiar* (el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de convivencia o de relaciones y demás extremos) *la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores.*

2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores.

3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial.

4. En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores».

Vid. Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011 y *BOE* núm. 98 de 25 de abril de 2011).

[18] Martínez González, Susana Pilar, «La mediación en el Derecho de Familia. Sucesiones hereditarias y empresas familiares. Regulación legal y aspectos prácticos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 100, Sección Estudios, enero-febrero de 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 19263/2012.

[19] Martínez González, Susana Pilar, «La mediación en el Derecho de Familia. Sucesiones hereditarias y empresas familiares. Regulación legal y aspectos prácticos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 100, Sección Estudios, enero-febrero de 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 19263/2012.

Indica la autora que: «…los cambios legislativos (la Ley ya no ofrece una única solución a la crisis matrimonial, sino que las medidas que la misma conlleva pueden ser variadas), la flexibilidad jurisprudencial en algunas de dichas medidas (como la custodia compartida, no así en cuanto a la vivienda, ya que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente sobre que, en defecto de acuerdo entre las partes, el Código Civil solo permite la atribución de la misma al progenitor con el que convivan los hijos menores, en cuanto interés más necesitado de protección), abanico que se amplía con la regulación múltiple de las

MARTÍNEZ GONZÁLEZ indica que «mientras que algunas comunidades vinculan la mediación familiar al departamento correspondiente a Justicia (como en Cataluña, Canarias), en otras (Valencia) se vincula a Bienestar Social. A ello se une la cuestión de que, mientras que en unas, como la catalana, se restringe el objeto de la mediación a solucionar los conflictos derivados de la ruptura, en otras se amplía a otros temas familiares, desvinculando la mediación de la intervención jurisdiccional e incluyendo la reconciliación de la pareja como posible objeto de la mediación familiar (Valencia, Canarias)».

E) EL SUPUESTO DE LOS HIJOS *MAYORES DE EDAD* Y EL MÍNIMO VITAL

Los alimentos a los hijos mayores que conviven en el domicilio familiar nacen de los artículos 142 del Código Civil y siguientes, por lo que podría pensarse en que sería posible la suspensión de los alimentos a los hijos mayores cuando se acredite la imposibilidad del progenitor de abonarlos.

MORENO VELASCO[20] en 2009, consideró que lo correcto sería suspender temporalmente el pago de la pensión de alimentos y, para el caso de que la situación resulte permanente o de muy larga duración, modificar la medida, bien extinguiéndola, bien reduciéndola a tenor de los medios económicos de los que pueda disponer el progenitor obligado al pago. El autor realiza tal afirmación basándose en la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de septiembre de 2005[21].

No obstante, la jurisprudencia está cambiando a la vista de la SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 16 de febrero de 2009, donde se indica que el hijo mayor de edad, el cual, consta inscrito como demandante de empleo desde el mes siguiente a alcanzar tal mayoría de edad, ostenta el derecho a percibir una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio por cuantía que asciende al llamado *mínimo vital,* a la vista de la jubilación del progenitor obligado al pago y el deber del hijo de realizar todos los actos que estén en su mano para procurarse una independencia económica[22].

La reforma del Código Civil operada por *Ley 11/1990, de 15 de octubre, al introducir el párrafo segundo del artículo 93* (que a diferencia del párrafo primero, de carácter general y que comprende el deber de los progenitores, entre los efectos de las causas de nulidad, separación y divorcio, a satisfacer las necesi-

---

Comunidades Autónomas (Cataluña, Navarra, Aragón, Valencia, con soluciones en algunos casos muy distintas a las del Código Civil en materia de preferencia de un tipo de custodia sobre otro, sobre la forma de contribuir a los gastos de los hijos y vivienda familiar), hacen cada vez más conveniente el no buscar siempre y exclusivamente la vía judicial, sino acudir a mecanismos de autocomposición, capaces de individualizar más las medidas al caso concreto, de manera que sean las propias partes las que, en función de sus propias circunstancias y necesidades familiares, asuman la responsabilidad de darse las soluciones que estimen más adecuadas para el futuro».

[20] MORENO VELASCO, Víctor, «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *Diario La Ley,* núm. 7189, Sección Tribuna, 4 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-205, Editorial LA LEY. LA LEY 11832/2009.

[21] SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de septiembre de 2005, recurso: 420/2005. Ponente: Carmen NEIRA VÁZQUEZ. Número de sentencia: 633/2005. Número de recurso: 420/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 186348/2005.

[22] SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 16 de febrero de 2009, recurso: 1114/2008. Ponente: Encarnación CATURLA JUAN. Número de sentencia: 89/2009. Número de recurso: 1114/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 68522/2009.

dades alimenticias de los hijos menores de edad) regula el derecho que uno de los progenitores puede tener a ser perceptor de la pensión que determina el artículo 142 del Código Civil, aunque los hijos fueran mayores de edad o emancipados, siempre que convivan en el domicilio conyugal y carezcan de ingresos propios.

El artículo 93.2 del Código Civil condiciona la posibilidad de fijar los alimentos de los hijos mayores en función de que: carezcan de ingresos propios (entendidos no como una ausencia total de ingresos, sino como una insuficiencia de los mismos), y, convivan en el domicilio familiar (el domicilio del progenitor con quien permanezca el hijo, sin que necesariamente sea el que constituía el domicilio conyugal anterior a la crisis matrimonial).

Ambos requisitos permiten la acumulación de acciones en el procedimiento matrimonial, de forma que, a la pretensión principal de los cónyuges, puede unirse la de alimentos de los hijos mayores.

No obstante el artículo 93-2.º del Código Civil deja sin resolver dos importantes cuestiones procesales, esto es, si la fijación de alimentos puede ser de oficio o precisa de petición de parte, y cuál es la legitimación para reclamarlos dentro del proceso matrimonial[23].

Según el Informe de la Fiscalía de 1992, el juez no puede fijar los alimentos sin previa petición de parte, es un derecho rogado y el juez no puede actuar de oficio ya que dicha sentencia sería incongruente y susceptible de recurso[24].

En cuanto a la *legitimación* para su reclamación, la reforma no fue clara y tras variada jurisprudencia de las Audiencias en distintos sentidos el Tribunal Supremo se pronunció en la STS de 24 de abril de 2000, dictada en recurso extraordinario en interés de ley y por ello vinculante para los órganos judiciales inferiores[25]. En ella se reconoció la legitimación del progenitor con el que con-

---

[23] Llamas Pombo, Eugenio; Martínez Rodríguez, Nieves, «Últimas tendencias en derecho de alimentos», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, edición número 1, Editorial LA LEY, Madrid, febrero de 2009. LA LEY 8418/2010.

[24] Como reconoció expresamente la Fiscalía General del Estado en el Informe a la Consulta número 1/1992, de 13 de febrero. Vid.: http://www.fiscal.es/cs/

«Cierto es que, por razones de interés público, el juez puede de oficio fijar alimentos a los hijos menores de edad aunque no haya habido petición de parte. Pero no lo es menos que el párrafo segundo del artículo 93, "...el juez, en la misma resolución fijará..." no puede interpretarse rígidamente, … estamos en presencia de un derecho rogado, de forma que muy difícilmente podría admitirse la posibilidad de fijar el juez de oficio la cuantía alimenticia. Nadie, pues, que no sea la persona legitimada —el mayor de edad— o conocedora de sus auténticas necesidades y titular de plena capacidad procesal, puede instar la reclamación, sin perjuicio, claro está, de lo que el juez acuerde tras las alegaciones de las partes y la prueba en su caso practicada».

Y la SAP de Pontevedra, de 19 de octubre de 2006 (LA LEY 2425224/2006), ya concretó que «a diferencia de lo que acontece en materia de menores, donde es sabido que no rige el principio dispositivo, dado que prevalece el interés del menor y por ello quedaría en libertad el juez para otorgar lo que considerara más adecuado para una mejor protección del mismo, cuando, como es el caso, se trata de mayores, el principio de rogación exige que la petición se haga de forma expresa». Es, pues, absolutamente necesaria la «previa y expresa petición de abonar alimentos para que puedan concederse a los mayores de edad, en tanto que respecto a los alimentos de estos rige el principio dispositivo o rogatorio, criterio que, además, aparece avalado por los términos exclusivamente que emplean los artículos 748.4 y 770.6 de la LEC».

[25] STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de abril de 2000, recurso: 4618/1999. Ponente: Pedro González Poveda. Número de sentencia: 411/2000. Número de recurso: 4618/1999.

viven los hijos mayores para demandar del otro su contribución a los alimentos, basándose en el interés legítimo, jurídicamente digno de protección, del cónyuge conviviente que le legitima para reclamar los alimentos, aunque esos hijos tengan plena capacidad procesal, pues en realidad está ejercitando un derecho propio a exigir del otro progenitor la contribución que le corresponde.

Con ello se solucionó el problema de la legitimación de esos hijos mayores o emancipados que continúan viviendo en el domicilio conyugal y carecen de recursos, a fin de poder intervenir en el juicio matrimonial e interesar de uno u otro de sus progenitores la necesaria prestación alimenticia (pues tratándose de acciones con un tratamiento procesal distinto, cuya acumulación no sería posible, conforme a lo dispuesto en el art. 154.3 LEC).

Señala la STS que «las (acciones) que se ejercitan en estos juicios tienen carácter personalísimo, impidiendo la intervención de terceros, lo que se ha hecho es, si bien respetando los principios expuestos, conceder al padre o a la madre una legitimación sustantiva para reclamar, siempre que no conste oposición o desacuerdo del hijo interesado, en nombre propio un derecho alimenticio del que son beneficiarios sus hijos, siempre y cuando convivan en la casa familiar en el momento de la ruptura y carezcan de ingresos propios, ya que si faltaran esos presupuestos los alimentos quedan fuera del proceso matrimonial, pudiendo el interesado solicitarlos a través del procedimiento correspondiente y conforme a los criterios de los artículos 142 y siguientes del Código Civil»[26].

No cabe la fijación de un *límite temporal*, pues ello supondría la extinción de la pensión cuando la hija cumpla dieciocho años, y recordemos que la obligación de alimentos se extiende mientras que, pese a la mayoría de edad, la hija se mantenga en la unidad familiar y carezca de ingresos propios[27].

Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 86247/2000. Legitimación del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad para solicitar alimentos en nombre de estos en procesos matrimoniales.

[26] SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009, recurso: 366/2009. Ponente: Rosa María Fernández Núñez. Número de sentencia: 481/2009. Número de recurso: 366/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 241186/2009.

[27] «Igualmente se hace preciso recordar que los artículos 91, 93-2.º y 142 del Código Civil, interpretados conforme a las normas del artículo 3.1 del Código Civil, conducen a la conclusión de que la mayoría de edad de un hijo no conlleva en forma automática la pérdida del derecho a la pensión alimenticia cuando, a pesar de alcanzar esa mayoría de edad y extinguirse por lo tanto la patria potestad, continúa bajo la dependencia económica de los padres, no liberando a los progenitores de la obligación de alimentos pese a su mayoría de edad, cuando el mismo, manteniéndose en el seno de la unidad familiar, carezca de ingresos propios, lo que de otro modo resulta previsto, entre otros en el artículo 93-2.º del Código Civil, según la redacción dada por el artículo 3 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que no pretende otra cosa que constatar una realidad notoria, cual es que los hijos mayores de edad a menudo siguen dependiendo, en cuanto a sus necesidades vitales de sus progenitores.

Sentado todo lo anterior, es obvio que la limitación temporal acordada en la sentencia de instancia, fijando su extinción a la fecha en que la menor alcance la mayoría de edad, infringe lo establecido en el citado artículo 93 del Código Civil, y todo ello sin perjuicio de que al amparo del artículo 91 del Código Civil en relación con el artículo 93-2.º del Código Civil, pueda instarse, alcanzada la mayoría de edad de la menor, constándole ingresos propios de esta y/o la no convivencia en el seno de la unidad familiar u otras circunstancias sustanciales, la modificación de dicha pensión de alimentos».

Al estar legitimado el progenitor con quien convive para reclamar al otro cónyuge en el proceso matrimonial alimentos para el hijo mayor de edad que no sea independiente económicamente, queda probada la situación de convivencia del hijo en la casa familiar, en compañía de su madre y hermanas menores, careciendo de medios propios con los que atender a sus necesidades, debiendo tenerse en cuenta que al tiempo de la presentación de la demanda de divorcio aún era menor de edad. Adecuando el importe que en concepto de pensión alimenticia se establece a favor de las hijas menores, el cual se inscribe en los mínimos vitales[28].

IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El *favor filii* que rige las normas reguladoras de las situaciones de crisis del matrimonio, se refiere tanto a hijos menores de edad, como mayores. Así, se desprende del apartado anterior y de la legitimación otorgada al cónyuge (hasta ahora custodio) para reclamar del otro cónyuge —en proceso matrimonial— la parte que proporcionalmente le corresponde abonar en el sostenimiento de asistir a sus hijos en el amplio concepto establecido en el artículo 142 del Código Civil[29].

La obligación alimenticia es *objeto de especial atención* por la jurisprudencia, habida cuenta de la *necesidad y perentoriedad que comporta la ayuda a la subsistencia y más tratándose de hijos*. Así lo señaló la STS de 31 de marzo de 2011[30].

SAP de Granada, Sección 5.ª, de 12 de noviembre de 2010, recurso: 389/2010. Ponente: María Marta Cortés Martínez. Número de sentencia: 475/2010. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 298808/2010.

[28] SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009, recurso: 366/2009. Ponente: Rosa María Fernández Núñez. Número de sentencia: 481/2009. Número de recurso: 366/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 241186/2009. «Apoya esta conclusión el principio de economía procesal y el de *favor filii* que rigen las normas reguladoras de las situaciones de crisis del matrimonio, entendiendo que el cónyuge a cuyo cargo viven los hijos mayores de edad está legitimado por sí para, en el procedimiento matrimonial, reclamar del otro cónyuge la parte que proporcionalmente le corresponde en el sostenimiento de asistir a sus hijos en el amplio concepto establecido en el artículo 142 del Código Civil, y ello como una especie de acción de reembolso de una carga patrimonial que asume en su integridad. Por otro lado, cabría citar el artículo 39.3 CE, al establecer que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos del matrimonio o fuera de él, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, tal obligación sólo termina para el progenitor alimentista, si coincidiendo con su nuevo estado de mayoría de edad, que genera la salida de su potestad, conforme al artículo 154 del Código Civil, tuviera una situación independiente. Esta legitimación por sustitución permite ejercitar en el proceso matrimonial la acción dirigida a obtener alimentos para los hijos mayores de edad mientras convivan con su progenitor, sin independencia económica, en tanto siguen por ello teniendo la consideración de cargas familiares, de ahí que por razones de economía procesal se permite resolver en estos procedimientos los intereses de los hijos mayores de edad sin necesidad de que tengan que ejercitar la acción de alimentos».

[29] SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009, recurso: 366/2009. Ponente: Rosa María Fernández Núñez. Número de sentencia: 481/2009. Número de recurso: 366/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 241186/2009.

[30] STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, recurso: 807/2007. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 217/2011. Número de recurso: 807/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 29142/2011.

La STS de 16 de julio de 2002[31] reiteró lo ya indicado en la de STS de 5 de octubre de 1993[32], cuando declara «que la obligación de dar alimentos es una de las *obligaciones de mayor contenido ético* del ordenamiento jurídico alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 CE. Tal *obligación resulta de modo inmediato del hecho de la generación* y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad del artículo 154.1 del Código Civil».

Asimismo se añade que «...no debemos olvidar que la discrecional actuación del juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente, cobra todavía más relevancia en el texto actual informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del *favor filii*».

La pertenencia de la familia a un estrato o «nivel social bajo» no tiene trascendencia alguna en esta materia, pues la prioridad del alimentista es absoluta. Pero junto a este límite mínimo, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el contenido concreto de la obligación de alimentos, su *quantum*, tiene como *techo máximo de referencia el status social de la familia.*

---

[31] STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de julio de 2002, recurso: 362/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 749/2002. Número de recurso: 362/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7694/2002.

Ya en 2002, indicó el Alto Tribunal que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, y el juzgador de la segunda instancia (a diferencia del de la primera) se refiere exclusivamente a "la edad del menor y las necesidades normales que se presentan en tan poco años" para reducir la suma concedida. Ello supone infracción del precepto mencionado (sentencia de 21 de noviembre de 1986), pero, además (aunque cupiese entender que implícitamente se han contemplado ambos factores), es de significar que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata y por consiguiente resulta harto insatisfactoria la decisión recurrida, habida cuenta los datos fácticos, que obviamente hay que entender asumidos, recogidos en la resolución del Juzgado. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (arts. 39.3 CE y 110 y 154.1 CC) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, 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 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad».

[32] STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de octubre de 1993, recurso: 536/1991. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Número de recurso: 536/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13423/1993. «La contribución alimentaria debe ser proporcionada al caudal y medios de quien da los alimentos y a las necesidades de quien los recibe, o sea, que se está insistiendo en una aplicación del artículo 146 que desconocería las peculiaridades del caso, ya que lo cierto es que la suma de 30.000 ptas. mensuales fijada en la sentencia de 1987 es, como se ha dicho, adecuada para el cumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 154.1 cuya extensión es superior a la propia de los alimentos entre parientes —baste recordar que, siendo el hijo menor de edad, requiere una constante atención, cuidado y asistencia, no sólo en el aspecto material o físico, sino también en el educacional, que comporta evidentes gastos, cuya cuantía hubo de ponderar la sentencia de 1987 sin que se aprecien circunstancias que hagan pertinente su reducción...—».

Así lo viene entendiendo la doctrina de las Audiencias al señalar que cuando los hijos gozan en la vida de los padres de un determinado nivel de vida, físico, material, la ruptura de estos no debería perjudicarles más allá de sus consecuencias lógicas, de modo que en la fijación del importe concreto de esta prestación hay que estar a las condiciones de vida o *status* familiar, como criterio para determinar en cada caso que debe entenderse por necesidades concretas del menor[33].

V. DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CANTIDAD

El carácter imperativo de la norma y la propia naturaleza y caracteres de esta obligación, explican que en ningún caso la pretendida falta de recursos de un progenitor pueda servir de argumento para fundamentar la pretensión de liberarse del cumplimiento de este ineludible deber que integra la patria potestad.

El *favor filii* impone la fijación de una pensión incluso careciendo el deudor de trabajo remunerado, pues el artículo 93.1 del Código Civil es categórico al proclamar que los alimentos se fijarán *en todo caso* de modo que, aún cuando no consten los ingresos del obligado a prestarla, pese a la aleatoriedad de los mismos e incluso aun cuando el obligado se encuentre en situación de desempleo, habrá de fijarse lo que se estime como «mínimo vital»[34].

Así el juez debe valorar las necesidades de quien reclama alimentos y los medios del progenitor obligado, en cuanto situaciones de hecho de cada caso particular y, fijar la cantidad.

Esta labor discrecional se concreta en su criterio personal. Una vez fijada, la cuantía es *intangible*. Su revisión casacional se produce cuando se demuestre que hay infracción legal o si es una resolución ilógica o haya evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista.

El «mínimo vital» que se aduce en la jurisprudencia *no es, ni debería ser, una cantidad* fija ni siempre la misma para todos los casos, sino que se debe ajustar a las circunstancias concurrentes en cada caso que pueden ser muy diferentes para cada asunto sometido a la deliberación y resolución de los tribunales[35].

Cantidad mínima que además debe *actualizarse* anualmente de conformidad con las variaciones que pudiera experimentar el IPC conforme a los índices publicados por el INE u organismo que pudiera sustituirlo[36].

---

[33] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2010, recurso: 304/2010. Ponente: María Elvira Afonso Rodríguez. Número de sentencia: 504/2010. Número de recurso: 304/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 311348/2010

[34] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2010, recurso: 304/2010. Ponente: María Elvira Afonso Rodríguez. Número de sentencia: 504/2010. Número de recurso: 304/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 311348/2010.

[35] SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de enero de 2007, recurso: 1101/2006. Ponente: Miriam de la Fuente García. Número de sentencia: 107/2007. Número de recurso: 1101/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 37462/2007.

[36] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de junio de 2011, recurso: 650/2011. Ponente: José Enrique de Motta García-España. Número de sentencia: 491/2011. Número de recurso: 650/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165149/2011. «El llamado "mínimo vital" lo viene fijando en la suma de 150 € mensuales por hijo, al disponer que "pensión de alimentos por importe de ciento cincuenta euros mensuales a abonar de forma anticipada dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe, debiendo

La jurisprudencia incluso ha establecido como pensión mínima vital la cantidad de 150 € a favor del hijo menor de edad, «habitualmente fijado para los supuestos de penuria económica, o falta de acreditación de que el obligado al pago reciba algún ingreso»[37].

Fijación que puede concretarse en cantidad *incluso inferior al mínimo vital*, al haber acreditado que hace más de un año que reside con su abuela materna, estando a punto de firmar un contrato de trabajo[38]. Aunque también hay supuestos en los que la pensión alimenticia *se eleva recurriendo al mínimo vital* establecido por la propia Audiencia[39].

En el caso de un menor que padece celiaquía —lo que implica un mayor nivel de gastos de alimentación— se incrementa la cuantía del mínimo vital indispensable para subsistir la menor en condiciones dignas, puesto que las condiciones económicas del padre así lo permiten[40].

En el caso de permanencia de los menores en Ecuador, los Tribunales insisten en que no puede ser alegada como circunstancia suficiente para suprimir, o modificar, el importe de la pensión alimenticia fijada en el mínimo vital. La obligación del progenitor no custodio de abono de la pensión de alimentos debe serlo con carácter anticipado, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto designe el progenitor designado como custodio, dejándose sin efecto el pronunciamiento de que el pago debe hacerse en cuenta a nombre de los hijos menores y de sus abuelos maternos en Ecuador[41].

VI. BIBLIOGRAFÍA

Llamas Pombo, Eugenio, Martínez Rodríguez, Nieves: «Últimas tendencias en derecho de alimentos», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, edición número 1, Editorial LA LEY, Madrid, febrero de 2009. LA LEY 8418/2010.

---

actualizarse dicha cantidad anualmente de conformidad con las variaciones que pudiera experimentar el IPC conforme a los índices publicados por el INE u organismo que pudiera sustituirlo. Cantidad que se considera más ajustada a las circunstancia concurrentes en los términos del artículo 146 del Código Civil, estando, por otra parte incardinada dentro de los márgenes que este Tribunal viene asociando al mínimo vital».

[37] SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2013, recurso: 58/2013. Ponente: Fernando Javier Fernández-Espinar López. Número de sentencia: 223/2013. Número de recurso: 58/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 85795/2013.

[38] SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2013, recurso: 58/2013. Ponente: Fernando Javier Fernández-Espinar López. Número de sentencia: 223/2013. Número de recurso: 58/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 85795/2013.

[39] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de septiembre de 2011, recurso: 603/2011. Ponente: José Enrique de Motta García-España. Número de sentencia: 658/2011. Número de recurso: 603/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 230544/2011, «incluso por debajo de lo que esta Sala considera el mínimo vital, unido al hecho de que, pese a la pensión que el hijo percibe, la misma es a todas luces insuficiente para su mantenimiento, y la madre, por la enfermedad del hijo debe atender al mismo, lo que se traduce en que menores ingresos podrá tener por su trabajo».

[40] SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 2 de abril de 2012, recurso: 587/2011. Ponente: María Elvira Afonso Rodríguez. Número de sentencia: 158/2012. Número de recurso: 587/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91550/2012.

[41] SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 14 de julio de 2008, recurso: 210/2008. Ponente: María Amor Martínez Atienza. Número de sentencia: 263/2008. Número de recurso: 210/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235778/2008.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Susana Pilar: «La mediación en el Derecho de Familia. Sucesiones hereditarias y empresas familiares. Regulación legal y aspectos prácticos», en *Práctica de Tribunales*, núm. 100, Sección Estudios, enero-febrero de 2013, Editorial LA LEY. LA LEY 19263/2012.

MORENO VELASCO, Víctor: «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *Diario La Ley*, núm. 7189, Sección Tribuna, 4 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-205, Editorial LA LEY. LA LEY 11832/2009.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de julio de 2002. Recurso: 362/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 749/2002. Número de recurso: 362/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7694/2002.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de marzo de 2011. Recurso: 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 217/2011. Número de recurso: 807/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 29142/2011.
- SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2013. Recurso: 58/2013. Ponente: Fernando Javier FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ. Número de sentencia: 223/2013. Número de recurso: 58/2013. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 85795/2013.
- SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2013. Recurso: 755/2012. Ponente: José Jacinto PÉREZ BENÍTEZ. Número de sentencia: 22/2013. Número de recurso: 755/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2777/2013.
- SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 4 de junio de 2012. Recurso: 81/2012. Ponente: José María MAGAÑA CALLE. Diario La Ley, núm. 8111, Sección Jurisprudencia, 24 de junio de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 2777/2013.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de septiembre de 2011. Recurso: 603/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 658/2011. Número de recurso: 603/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 230544/2011.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de junio de 2011. Recurso: 650/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 491/2011. Número de recurso: 650/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165149/2011.
- SAP de Granada, Sección 5.ª, de 12 de noviembre de 2010. Recurso: 389/2010. Ponente: María Marta CORTÉS MARTÍNEZ. Número de sentencia: 475/2010. Número de recurso: 389/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 298808/2010.
- SAP de Soria, de 3 de noviembre de 2010. Recurso: 128/2010. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 140/2010. Número de recurso: 128/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235965/2010.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2010. Recurso: 304/2010. Ponente: María Elvira AFONSO RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 504/2010. Número de recurso: 304/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 311348/2010.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de mayo de 2010. Recurso: 100/2010. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 270/2010. Número de recurso: 100/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 109492/2010.
- SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 15 de octubre de 2009. Recurso: 366/2009. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 481/2009. Número de recurso: 366/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 241186/2009.
- SAP de Alicante, Sección 9.ª, de 16 de febrero de 2009. Recurso: 1114/2008. Ponente: Encarnación CATURLA JUAN. Número de sentencia: 89/2009. Número de recurso: 1114/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 68522/2009.

- SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 14 de julio de 2008. Recurso: 210/2008. Ponente: María Amor MARTÍNEZ ATIENZA. Número de sentencia: 263/2008. Número de recurso: 210/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235778/2008.
- SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 9 de mayo de 2006. Recurso: 41/2006. Ponente: José Manuel NICOLÁS MANZANARES. Número de sentencia: 204/2006. Número de recurso: 41/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 94744/2006.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 93 del Código Civil.
- Artículo 154 del Código Civil.
- Artículos 233-2.2.*b),* 233-4,1, 237-1 y sigs. CCC (Código Civil de Cataluña).
- Artículos 77.2.*d)* y 82 CDFA (Código Derecho Foral de Aragón).
- Artículos 4.2.*d)* y 7 LRFHPNC (Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Valencia, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).
- Informe de la Fiscalía General del Estado en el Informe a la Consulta número 1/1992, de 13 de febrero.
- Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial (11 de julio de 2013).

RESUMEN

PENSIÓN DE ALIMENTOS. MÍNIMO VITAL

Se considera «mínimo vital» la cantidad mínima imprescindible para el desarrollo de los hijos en condiciones de suficiencia y dignidad. Pensión mínima que debe garantizar un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional por parte de los progenitores, con objeto de dar cobertura a las necesidades de alimentación, vestido, educación, ocio, etc. —en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos— del alimentista.

ABSTRACT

MAINTENANCE. MINIMUM SUBSISTENCE

Minimum subsistence is the minimum sum of money children need to develop under conditions of sufficiency and decency. In paying minimum maintenance, parents must ensure a certain minimum physical, intellectual and emotional development by covering their children's needs for food, clothing, education, leisure activities and so on, all of which fall within the legal concept of «maintenance».

1.4. Sucesiones

LA DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA[*]

por

SONIA CALAZA LÓPEZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. NATURALEZA.—II. LEGITIMACIÓN.—III. COMPETENCIA.—IV. PROCEDIMIENTO: 1. SOLICITUD DE DIVISIÓN JUDICIAL DE LA HERENCIA. 2. CONVOCATORIA DE JUNTA PARA LA DESIGNACIÓN DE CONTADOR Y PERITOS. 3. PRÁCTICA DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS. 4. ENTREGA DE LOS BIENES ADJUDICADOS A CADA HEREDERO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, regula en el Título II del Libro IV, la «división judicial de patrimonios» (arts. 782 a 811) con dos tipos de procesos: la división judicial de la herencia (capítulo I: arts. 782 a 805) y la liquidación del régimen económico-matrimonial[1] (capítulo II: arts. 806 a 811).

El proceso de división judicial de la herencia se enmarca, pues, en el núcleo de un binomio de procesos destinados al inventario, avalúo o tasación, liquidación y adjudicación de un patrimonio común cuando no hubiere acuerdo entre los interesados.

La primera nota esencial del proceso de división judicial de la herencia es, pues, su *carácter contencioso o conflictivo*, toda vez que el acuerdo, pacto o transacción entre las partes evita el proceso o le pone término si éste hubiere comenzado ante una desavenencia o desacuerdo inicial que, al tiempo de su celebración, se tornare en consenso o acuerdo.

De esta imprescindible confrontación, oposición o discrepancia al tiempo de la celebración del proceso, característica de la división judicial de la herencia, cabe inferir, asimismo, su *subsidiaridad o supletoriedad*, toda vez que tan sólo resulta viable acudir a este proceso cuando dicha división no ha podido canalizarse por otra suerte de cauces voluntarios o consensuados, de partición de la herencia, como lo serían: la efectuada por el *testador* (art. 1056 CC); la realizada por los *coherederos* (art. 1058 CC); la acometida por un *contador-partidor*, designado por el propio testador, o por los coherederos de común acuerdo o, en su caso, por resolución judicial (art. 1057 CC).

---

* A Carmen-Alicia CALAZA LÓPEZ, Notaria de A Estrada (Pontevedra).

[1] Para un estudio específico, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio,* Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

La división efectuada por el testador tiene prioridad absoluta frente al resto por tratarse de un acto unilateral de última voluntad[2]. Dentro de esta misma categoría, y en su defecto por orden de prevalencia, cabe integrar la efectuada por los coherederos de común acuerdo[3], que también constituye un acto de voluntad, si bien, en este último caso, plurilateral o de conjunción de voluntades. Los coherederos disconformes con la partición realizada por el testador o, en su defecto, por los coherederos de común acuerdo, no podrán, como es lógico, reclamar, en vía judicial, un nuevo reparto de la comunidad hereditaria, por razones obvias de obligado cumplimiento de la voluntad ya manifestada, en el primer caso, o concierto de voluntades, en el segundo. A salvo quedan, claro está, los supuestos en los que la partición realizada por el testador perjudique las legítimas, así como aquellos otros, más ocasionales, en los que logre demostrarse que la voluntad del testador fue otra, en cuyo caso, obviamente cabe acudir al proceso judicial[4].

La designación, por el testador, de un contador-partidor, también constituye un acto unilateral de voluntad, que impedirá, como es lógico, a los coherederos disconformes con el reparto efectuado, acudir al proceso judicial.

El artículo 1057 del Código Civil señala, en este sentido, que «el testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos».

La figura del «contador-partidor» o «comisario» se configura, por la doctrina[5], como una persona con plena capacidad de obrar que no tenga un interés concreto en la herencia de cuya división se trate. De ahí que no puedan ostentar esta cualidad ni los propios coherederos ni quienes tengan un interés que reste,

---

[2] «La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno»; así lo expresaba la STS de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre «un acto de última voluntad que debe ser respetada como voluntad soberana del testador», produciendo el efecto, como dicen las SSTS de 21 de julio de 1986, de 21 de diciembre de 1998 y de 4 de noviembre de 2008, de «conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse».

[3] La partición convencional contemplada en el artículo 1058 del Código Civil, como recuerda la STS de 18 de marzo de 2008, «es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, y permite a estos coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios».

[4] Vid., en este sentido, entre otras, las SSTS de 21 de julio de 1986 y de 21 de diciembre de 1998, donde se advierte que «la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 —en relación con el 1056 del CC— concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador».

[5] Vid., en este sentido, LASARTE, C., quien, asimismo, añade que «no puede ser contador-partidor el legatario de parte alícuota ni el cónyuge supérstite del causante, pues aunque ninguno de ambos, propiamente hablando, puede ser considerado heredero, no cabe duda de que son personas con particulares intereses en la partición de la herencia de que se trate», en *Derecho de Sucesiones,* en *Principios de Derecho Civil,* VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, cit., pág. 349.

minore o anule la debida imparcialidad, neutralidad y objetividad que ha de guiar la ardua tarea del reparto de la herencia.

El nombramiento o designación, por parte del testador, de un contador-partidor conlleva, como es obvio, la imposibilidad de instar el proceso judicial, si bien, tal y como ha tenido ocasión de admitir la doctrina[6], el agotamiento, del plazo sin efectuar la partición, imputable a aquel contador-partidor, permite, en buena lógica, acudir al juicio de división.

La elección de un contador-partidor, a cargo de los coherederos, de común acuerdo, o, en su caso, la decisión de solicitar, por un régimen de mayorías, el nombramiento judicial de dicho profesional, parece, antes bien, tal y como ha tenido ocasión de indicar la doctrina moderna[7], un acto sustancialmente contractual, frente al de autoridad, que representa, al fin y al cabo, la división judicial.

La designación del contador-partidor dativo por resolución judicial realizada, a instancia de los herederos o legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del caudal hereditario *(ex* art. 1057 CC) constituye, pues, el último recurso antes de acudir a la división judicial e impide, por razones obvias de triunfo, prevalencia o preferencia de la mayoría de voluntades, frente a la minoría, a quienes se hubieren mostrado o manifestado disconformes con dicho nombramiento, acudir posteriormente al proceso judicial de división de la herencia.

La elección de cualesquiera de estas formas de partición o división de la herencia, sea por el propio testador, por sus coherederos, o por un contador-partidor, elegido de común acuerdo, o por nombramiento judicial, a instancia de una mayoría de voluntades, evita, sin lugar a dudas, enfrentamientos, disputas, desacuerdos, conflictos o desavenencias en sede judicial lo que resulta, por razones obvias, muy positivo.

La primacía del principio dispositivo se manifiesta, por lo demás, no sólo en un estadio anterior al comienzo del proceso, impidiendo la división judicial de la herencia, cuando hubiere habido un reparto consensuado previo, sino también en el desarrollo del procedimiento, al que los interesados podrán poner término, en cualquier momento, mediante la sobrevenida adopción de acuerdos.

Este principio dispositivo, que impregna todo el Derecho Sucesorio, se proyecta, asimismo, fuera del ámbito judicial, puesto que tanto el propio testador, como los coherederos pueden, voluntariamente, comprometerse a someter los conflictos futuros, en materia de división hereditaria, a arbitraje.

Una vez destacadas las notas de *contenciosidad o conflictividad*, de un lado, así como de *supletoriedad o subsidiaridad*, de otro, hemos de convenir que la tercera característica común a este tipo de procesos es su *universalidad*, toda vez que la individualización, tasación, liquidación, partición y adjudicación se proyectan sobre la totalidad de un patrimonio y no sobre bienes concretos.

La cuarta nota configuradora de estos procesos viene determinada por la *extinción de la comunidad*, en nuestro caso, de la comunidad hereditaria, respecto de la que, los coherederos pasan de tener un derecho abstracto sobre el conjunto de la herencia a tener un derecho concreto sobre los bienes que les

---

[6] Vid., al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., quien, tras preguntarse: «¿puede prohibir el testador toda intervención judicial en su testamentaría?», afirma: «lo puede hacer siempre que designe contador-partidor. Si éste agota el plazo sin efectuar la partición, cabe acudir al juicio de división», en *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 542.

[7] Vid., en este sentido, LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones,* cit., pág. 340.

son adjudicados[8]. La partición hereditaria ha sido definida, en este sentido[9], como el acto jurídico complejo que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas de la herencia, a través de una serie de operaciones jurídico-matemáticas que transforman las cuotas abstractas e indivisas de los coherederos sobre el caudal relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión.

El concepto de partición de la herencia, ampliamente analizado, estudiado y matizado por la jurisprudencia[10], como sinónimo a división de la misma es, en efecto, el acto —negocial o judicial, en nuestro caso— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno[11]. Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a todos los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino que recae sobre el total que integra el contenido de la herencia[12]; es una sola comunidad sobre la referida universalidad de los bienes y derechos hereditarios[13]. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La quinta nota característica del proceso de división judicial de la herencia es, tal y como se han ocupado de señalar algunos miembros de la Judicatura[14],

---

[8] Para un estudio pormenorizado sobre las distintas tesis que han respondido históricamente a este fenómeno, se remite al lector a Lasarte, C., «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil,* VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 340.

[9] Vid., esta definición, en Álvarez García, M. D., «La partición judicial», en *Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio,* Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2009, pág. 863.

[10] Vid., al respecto, la ilustrativa STS de 28 de mayo de 2004.

[11] La jurisprudencia del TS suscribe, en efecto, la teoría sustitutiva o especificativa de la partición conforme a la cual, «la partición sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero». Vid., a este respecto, entre otras, las SSTS de 21 de julio de 1986, de 21 de mayo de 1990, de 5 de marzo de 1991, de 13 de octubre de 1998, y de 28 de junio de 2001.

[12] Por medio de la aceptación de la herencia, el heredero viene a adquirir la titularidad de un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que le pertenece recae sobre el global del caudal hereditario. Un derecho que la STS de 17 de mayo de 1966 calificaba como «un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal». Sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (SSTS de 3 de febrero y de 27 de mayo de 1982, de 3 de junio de 1989, de 5 de marzo de 1991, etc.).

[13] La STS de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria», y la STS de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».

[14] Vid., en este sentido, Álvarez García, M. D., *La partición judicial,* con base en la SAP de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006, quien cita, asimismo, entre otras, la SAP de La

con base en la jurisprudencia, es su *preceptividad*, siendo este proceso especial el cauce obligatorio para dividir patrimonios hereditarios, de manera que todas las cuestiones que puedan suscitarse en relación con la división del caudal hereditario han de dirimirse y resolverse en el seno del procedimiento especial, sin que los interesados puedan optar entre éste y el juicio declarativo ordinario.

I. NATURALEZA

La naturaleza contenciosa de este proceso parece clara, habida cuenta de la conflictividad, enfrentamiento, desavenencia u oposición característica de la relación existente entre los coherederos interesados en la división de la herencia por vía judicial.

Esta conflictividad latente entre los solicitantes de la división judicial de la herencia, unida a la ubicación de la regulación legal de este proceso en sede contenciosa, ha impulsado, a un amplio sector de la procesalística[15], a estimar que no cabe enmarcar dicho proceso dentro de los cauces de la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la partición judicial, tal y como señala un sector de la doctrina civilista[16], con todo acierto, será llevada a cabo, en realidad, por un contador que, a la postre, ha de contar con el consentimiento o conformidad de los interesados en la herencia, de suerte que la actividad jurisdiccional, primero a través del juicio verbal y, en un estadio ulterior, por el cauce del ordinario correspondiente, tan sólo resolverá las operaciones divisorias cuando no hubiere dicho asentimiento o acuerdo. De esta reflexión cabe inferir que la «división judicial» de la herencia ha de referirse, en puridad, al proceso verbal dimanante de una desavenencia constante tras un intento de «reparto» fallido por el contador-partidor, pero no, como es lógico, de esta tramitación procedimental previa, liderada por el secretario judicial, que perfectamente puede culminar, con éxito, sin apenas intervención judicial.

En sintonía con lo anterior, se ha advertido, desde la propia judicatura[17], que este nuevo juicio sucesorio básicamente pretende alcanzar la conformidad de los interesados sobre las operaciones particionales.

La fase inicial de este proceso, destinada, en exclusiva, a la formación de pactos, transacciones o acuerdos, pese a ser el desenlace de una evidente falta de entendimiento o consenso entre los distintos coherederos, no debiera configurarse, en verdad, como contencioso, si se repara en la ausencia de actividad

---

Coruña, de 1 de marzo de 2007, donde se afirma que «en el juicio declarativo se pueden discutir cuestiones como la validez del testamento o la condición de heredero, pero la partición exige acudir al proceso especial»; y la SAP de Las Palmas, de 27 de octubre de 2007, donde se mantiene que «la división judicial de la herencia tiene señalada una tramitación especial, por lo que el proceso ordinario resulta inadecuado».

[15] Vid., entre otros, VEGAS TORRES, J., quien señala que «es obligado considerar el procedimiento de división de la herencia con independencia de la declaración de herederos y, así considerado, se percibe bien el carácter de juicio (y, por tanto, de jurisdicción contenciosa) que ya la LECA atribuía a las actuaciones estrictamente referidas a la partición del caudal hereditario», en *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales,* Ed. CEURA, Madrid, 2000, pág. 494.

[16] Vid., al respecto, LASARTE, C., «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil,* VII, cit., págs. 354 y 355.

[17] Vid., al respecto, ÁLVAREZ GARCÍA, M. D., *La partición judicial,* cit., pág. 868.

jurisdiccional y hasta de intervención judicial, de esta fase procedimental, que perfectamente puede concluir sin necesidad de transformación en el verdadero juicio particional, que lo sería, como se verá, el especial y sumario de tramitación por los cauces del verbal.

El legislador ha preferido, pese a ello, ubicar este procedimiento de división de la herencia, a cargo del contador-partidor, bajo la supervisión del secretario judicial, en el seno de la jurisdicción contenciosa, si bien no parece existir óbice alguno, antes al contrario, para que dicho conflicto, al menos en su fase inicial, se hubiere canalizado por el cauce de la jurisdicción voluntaria, donde operadores jurídicos especializados en la materia, realizasen la individualización, valoración, liquidación y reparto del caudal hereditario, con la consiguiente posibilidad de ulterior revisión judicial, si los destinatarios de este reparto hubieren quedado jurídicamente y/o psicológicamente insatisfechos.

La imprescindible «conformidad» de los interesados con el reparto efectuado por el contador, de cara a la culminación, con éxito, de este procedimiento, de un lado; la ausencia de actividad jurisdiccional en esta fase inicial de prevalencia, prioridad o preeminencia de «conjunción de voluntades», de otro; y al fin, la abierta posibilidad de acudir, ulteriormente, al ordinario correspondiente, o ausencia de cosa juzgada, constituyen tres notas reveladoras de que, perfectamente, podríamos encontrarnos, de haberlo estimado oportuno el legislador, ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con todas las ventajas que ello hubiere conllevado.

La actividad del juez —reservada para los procesos de división judicial que no culminan con una «conciliación», «conformidad» o «acuerdo de voluntades»—, no constituye, por lo demás —a salvo, quizás, los supuestos de imprescindible interpretación del testamento que supongan una verdadera reconstrucción de la voluntad del testador[18]— una actividad jurisdiccional o de enjuiciamiento en sentido puro, sino una actividad de individualización, tasación, liquidación y reparto de bienes, actividad que, de no mediar conflicto, habría realizado, con similar diligencia, eficacia e imparcialidad, un eficiente «contador-partidor».

El desacuerdo, desavenencia o conflicto característico de los coherederos implicados en este tipo de procesos —que no han logrado un entendimiento previo— no contradice, por lo demás, su configuración como jurisdicción voluntaria, si se repara, con la doctrina especializada en la materia[19], que la equiparación

---

[18] Pero incluso en tales supuestos, la jurisprudencia impone que «el intérprete se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable la voluntad del testador». Vid., en este sentido, entre otras, las SSTS de 7 de julio de 1992, de 6 de octubre de 1994, de 31 de diciembre de 1996, de 26 de abril de 1997, de 19 de diciembre de 1996 y de 4 de noviembre de 2008.

[19] Para un estudio pormenorizado de la jurisdicción voluntaria, se remite al lector al máximo especialista en la materia, Fernández de Buján, A., vid., entre otros, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano,* Ed. Reus, 1986, 3.ª ed., 1999; *Jurisdicción Voluntaria,* Ed. Civitas, Madrid, 2001; «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», en *Actualidad Civil,* núm. 36, 2001; «La jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del siglo XXI,* núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», en *RJE La Ley,* núm. 6599, 27 de noviembre de 2006; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», en *RJE La Ley,* núm. 6600, 28 de noviembre de 2006; «Jurisdicción voluntaria», en *Tribuna del Diario ABC,* 5 de enero de 2007; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, I,* Ed. IUSTEL, Madrid, 2007; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria, II,* Ed.

de jurisdicción voluntaria a «ausencia de conflictividad», constituye una idea arcaica que ha sido, ampliamente, superada por la nueva concepción de dicha institución en la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se regulan no pocos expedientes con oposición o conflicto latente entre las partes.

Muy a pesar de la ubicación del proceso de división judicial de la herencia en la LEC 1/2000, en lugar de derivarla a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria —lo que pone de manifiesto, con toda notoriedad, que la voluntad del legislador, de atribuirle naturaleza contenciosa, es evidente—, la jurisprudencia, al igual que la doctrina, no es pacífica en este punto.

Las discrepancias jurisprudenciales en torno a la naturaleza de este proceso son incesantes, y puede afirmarse que existen, al respecto, tres tesis, dos puras y una mixta.

Así, conforme a la primera tesis jurisprudencial[20], la naturaleza de la división de la herencia, en tanto que realización de las operaciones particionales, carece de naturaleza contenciosa y se aproxima a la jurisdicción voluntaria[21]. La segunda tesis jurisprudencial[22] sostiene, con toda contundencia, que la naturaleza de la división judicial de la herencia es contenciosa[23], con base, fundamentalmente, en tres tipos de consideraciones: se afirma, en primer lugar, que para resolver la división de la herencia ha de acudirse al proceso especial, y no a uno declarativo; se mantiene, en segundo lugar, que el hecho de que una vez abierto el procedimiento se intente alcanzar un acuerdo entre las partes no desdice la naturaleza contenciosa del mismo, pues también en el juicio ordinario se busca el acuerdo al inicio y al final de la audiencia previa al juicio; y se advierte, al fin, que la ausencia de cosa juzgada de la sentencia que decide sobre la oposición a las operaciones divisorias solo demuestra la naturaleza sumaria del trámite de oposición.

La primera consideración asienta su argumentación en la decisión del legislador, de ubicar este proceso en el marco de la jurisdicción contenciosa, que es precisamente el objeto de nuestro debate. La necesidad de acudir al verbal no es,

---

IUSTEL, Madrid, 2008; «La jurisdicción voluntaria: En busca del tiempo perdido», en *Revista Jurídica Registradores,* Madrid, enero de 2008; «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del siglo XXI,* núm. 31, mayo-junio de 2010; «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 79, julio-septiembre de 2011; «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley,* 25 de mayo de 2012; «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Manuel Barquero,* Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM, 2013.

[20] Vid. SAP de Las Palmas, de 24 de mayo de 2007.

[21] Vid., entre otras, la SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010, cuando sostiene que «esta proyección legal del proceso responde, sin duda, a la idea de que sin el acuerdo entre los interesados, propio de un acto de jurisdicción voluntaria, su efectividad es más bien escasa, ya que, en cualquier caso, la sentencia que resuelve la aprobación de las operaciones divisorias, carece de la eficacia de cosa juzgada, como establece el artículo 787. 5 de la LEC».

[22] Vid., entre otras, las SSAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003; de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006; de Madrid, de 19 de abril de 2007.

[23] El procedimiento del artículo 782 y sigs. LEC, según la SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004, ha de situarse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, existiendo partes bien definidas, y previéndose la posibilidad de controversia, la cual habrá de seguirse por los trámites del juicio verbal, tal como se establece tanto en el artículo 787-5, como en el artículo 794-4 de la LEC, sin que la ausencia o la limitación, de la cosa juzgada material ponga en cuestión su naturaleza contenciosa.

de todas formas, imperativa, toda vez que la conformidad con el reparto realizado por el contador-partidor designado en el marco de este proceso judicial, evita la transformación de esta fase procedimental —a todas luces amistosa, voluntaria o consensuada, pese al desacuerdo en el reparto— en el verbal especial y sumario, que tampoco impide, habida cuenta de los límites de la «cosa juzgada» predicable de sus sentencias, acudir al ordinario correspondiente.

La naturaleza dispositiva de la práctica totalidad de procesos civiles donde no se diluciden intereses de menores, incapaces o ausentes es indiscutible, si bien no parece que pueda calificarse como idéntica la labor del juez, en el marco de un proceso ordinario, tendente a la genérica «formación de acuerdos», que en este proceso judicial de la herencia, donde la individualización, tasación, liquidación y reparto corre a cargo de un «contador-partidor», que, de lograr el acuerdo o asentimiento entre los inicialmente disconformes, evita el juicio y prácticamente evita la intervención judicial.

La ausencia, o, mejor aún, la limitación de la cosa juzgada, constituye, en efecto, una característica típica, propia y esencial de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y este procedimiento, en efecto, carece de la proyección, en toda su amplitud, de la cosa juzgada material, lo que permite derivar el conflicto, en primer lugar, al verbal de división judicial e incluso, una vez concluido éste, al ordinario correspondiente. Esta triple tramitación parece, por lo demás, excesiva. Las posibilidades se multiplican tanto, que pueden llegar a restar economía, agilidad, celeridad, unidad y eficacia a la división, que comienza con una tramitación voluntaria, fruto de una desavenencia particular, puede proseguir con un verbal, incluso continuar con un ordinario y, por supuesto, derivar en todos los recursos legalmente previstos, con lo que, la intención inicial del legislador, de dotar de sencillez, celeridad, economía y eficacia a las divisiones de la herencia, se ve, obviamente frustrada.

Así, pues, la dualidad de procedimientos, primero el especial y después el sumario, tras el intento de transacción inicial —que, de configurarlo como un procedimiento voluntario independiente, convierte en tres los procesos de división judicial, existentes en nuestra legislación— constituye, a todas luces, bajo nuestro punto de vista, un exceso procesal.

La tesis mixta[24] sostiene, con mayor rigor, que el proceso de división judicial de la herencia está conformado, en su globalidad, por dos fases, una voluntaria y la otra, contenciosa: así, la primera fase discurre como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que puede concluir por decreto, cuando se dirimiesen las operaciones de partición a plena satisfacción de todos los interesados; y una segunda fase, que tan sólo se da cuando surge o persiste la oposición, ya de naturaleza contenciosa, que concluye por sentencia, con pronunciamiento sobre las costas.

La ubicación sistemática de este proceso, entre los especiales, de la LEC, parece indicar, por lo demás, que se trate de un «proceso especial», si bien un sector de la doctrina procesal moderna[25] ha indicado que, si se repara en que las sentencias recaídas en este tipo de procesos no producen los efectos materiales de la cosa juzgada, en verdad estamos ante un «proceso sumario»[26]. Y es que

---

[24] Vid., entre otras, las SSAP de Las Palmas, de 9 de diciembre de 2003; de Baleares, de 21 de junio de 2005; de Sevilla, de 9 de marzo de 2007.

[25] Vid., en este sentido, Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Civil,* II. *Los procesos especiales,* Ed. Colex, Madrid, 2012, pág. 333.

[26] Vid., asimismo, Vegas Torres, J., quien advierte que «la ausencia de cosa juzgada demuestra la naturaleza sumaria del trámite de oposición a las operaciones divisorias,

la voluntad del legislador, de imprimir celeridad, agilidad y eficacia, al reparto judicial de la herencia ha sido clara. Los particulares tienen, pues, la oportunidad de instar un proceso acelerado, dónde se procede, con rapidez, aunque de manera interina, a la individualización, tasación, liquidación, reparto y entrega, sin perjuicio, caso de persistir el conflicto, de la abierta posibilidad de acudir, en un momento ulterior, al ordinario correspondiente.

Las notas de sencillez, celeridad, transparencia, economía y eficacia, predicables de este tipo de procesos han de resultar, por lo demás, conciliables con su imprescindible «humanidad»[27], toda vez que la partición judicial —cuya conclusión, con éxito, sin intervención judicial, se da en un buen número de casos— suele realizarse entre familiares o personas con relaciones personales muy estrechas. De ahí que todos los operadores jurídicos implicados en este tipo de procesos hayan de ser especialmente respetuosos en la diligente, rápida y eficaz reparación de la desavenencia inicialmente planteada, procurando evitar, en la medida de lo posible, el enconamiento ni la sucesiva aparición de nuevas fricciones.

II. LEGITIMACIÓN

Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente, según establece expresamente el artículo 782.1 de la LEC, la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial.

Están, pues, legitimados procesalmente para solicitar el reparto judicial de la herencia, los coherederos, los legatarios de parte alícuota y, como es lógico, el cónyuge sobreviviente. La LEC 1/2000, a diferencia de la LEC de 1881, omite toda referencia a la legitimación del cónyuge sobreviviente, pero ningún sector de la doctrina[28] ni de la jurisprudencia ha manifestado el menor reparo a la hora de conferir legitimación a aquel afectado directo por la división hereditaria, pese a este extraño silenciamiento legal.

No cabe duda pues, de que cualquier heredero, testamentario o abintestato, está perfectamente legitimado para solicitar la división, contrariamente a lo que ocurría en el antiguo juicio de testamentaria que limitaba la legitimación activa a los herederos testamentarios. Ahora bien, no es suficiente ser llamado a la herencia como heredero, para gozar de legitimación activa para promover la división judicial de la herencia del causante, puesto que la propia norma exige aportar el documento que acredite la condición de heredero, condición que en nuestro derecho sólo se adquiere por la aceptación de la herencia. En este sentido

---

ya que el legislador parece haber querido, ante todo, que los bienes de la herencia se repartan con la mayor rapidez posible, permitiendo, eso sí, que una vez hecha la partición, los coherederos disconformes puedan defender en juicio plenario los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados», en *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales,* cit., pág. 495.

[27] Vid., Álvarez García, M. D., quien destaca, con notable acierto, que «la LEC de 2000 (…) pretende impregnar a los juicios sucesorios de sencillez, claridad y agilidad, humanizando los desmesurados e ingobernables procesos hereditarios y reduciendo a 24 los 170 artículos de la vieja ley», en *La partición judicial,* cit., pág. 868.

[28] Vid., ampliamente, Álvarez García, M. D., *La partición judicial,* cit., págs. 882 y sigs.

la jurisprudencia del TS[29] subordina la cualidad de heredero a la aceptación. La posición jurisprudencial mantenida a este respecto[30] es unánime, en la exigencia, de cara al reconocimiento de la legitimación, de la realización de actos, expresos o tácitos[31], pero claros, evidentes y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia.

La presentación de la solicitud de división judicial de la herencia presupone tácitamente la aceptación de la herencia, en cuanto exterioriza la voluntad de disolución de la comunidad hereditaria y la vocación a la adjudicación de los bienes del haber partible[32], de suerte que el solicitante de la división judicial de la herencia gozará, por este solo acto, de legitimación activa para instar la partición judicial.

La viabilidad del proceso, *a limine litis*, se hace depender, ello no obstante, de la correcta determinación, identificación e individualización de estos coherederos o legatarios de parte alícuota, merced al testamento o a la declaración de herederos, en caso de sucesión intestada. El heredero y el «legatario de parte alícuota» comparten el mismo tratamiento jurídico, en materia de legitimación procesal o capacidad de conducción procesal, debido a la común atribución inde-

---

[29] Vid., entre otras, las SSTS de 20 de mayo de 1982, de 27 de junio de 2000 y de 27 de noviembre de 2002, donde se advierte que «en materia de adquisición de herencia, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano, caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, el heredero —el llamado a heredar en concreto—, como titular del *ius delationis,* puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión —no es sucesor, sino solo llamado a suceder—. Si acepta responderá incluso con sus propios bienes, salvo que la aceptación expresa tenga lugar con arreglo a lo prevenido para disfrutar del beneficio de inventario».

[30] Ha de tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar. Son especialmente diáfanas en tal sentido las SSTS de 15 de junio de 1982, de 24 de noviembre de 1992 y de 12 de julio de 1996: «el artículo 661 del Código Civil permite considerar herederos a los sucesores legítimos del causante, a los que asisten básicamente tres opciones: *a)* repudiar la herencia (art. 988); aceptarla a beneficio de inventario (art. 1010); y *c)* aceptación pura y simple, en cuyo caso el sucesor pasa a condición de efectivos heredero, con retroacción hereditaria al momento de la muerte de la persona a la que sucede, en concordancia de los artículos 657, 661 y 440 del Código Civil».

[31] La SAP de Islas Baleares, de 30 de mayo de 2011, señala que «el artículo 999, párrafo tercero del Código Civil dice que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Este precepto procede sustancialmente del Derecho Romano (Instituta, libro 2.º, tít. XIX, párrafo 7, *de heredum qualitate et differentia,* con arreglo al que «obrar como heredero es obrar como dueño, porque los antiguos decían herederos significando dueños»), y de las Partidas (la ley 11, título VI, Partida Sexta, sobre «en qué manera debe el heredero tomar la heredad», se refiere a que «se puede fazer por fecho: maguer non lo diga paladinamente», y se hace hincapié en la necesidad de la intención de ser heredero)», y ha sido objeto de una profusa jurisprudencia del TS y doctrina de la Dirección de los Registros, que se cita en esta sentencia.

[32] Vid., al respecto, las SSTS de 23 de mayo de 1955, de 31 de diciembre de 1956 y de 14 de mayo de 1978.

terminada de bienes[33], característica de ambos tipos de herederos —aunque sea por diferente título—, atribución que precisa una individualización, concreción o materialización mediante la partición del contenido económico del caudal hereditario al objeto de fijar, con exactitud, la parte que le corresponde a uno y otro.

El Código Civil exige, en su precepto 1052, la plena capacidad patrimonial —libre administración y disposición de los bienes— para pedir la división judicial de la herencia, de suerte que por los incapacitados, por los menores y por los ausentes, deberán pedirla sus legítimos representantes.

La representación del incapaz o pródigo vendrá fijada, como es lógico, por el curador o tutor designado al efecto en la sentencia judicial[34]. Para la representación de los menores y ausentes habrá de estarse a lo dispuesto al efecto en la legislación civil, si bien la necesidad de ofrecer un complemento a la capacidad del menor emancipado, de cara al reconocimiento de su legitimación para instar la división judicial de la herencia, ofrece serias dudas a la doctrina civilista[35], que se decanta, pese a ello, en la actualidad, por conferirle dicha legitimación para instar la partición por sí mismo[36].

A la solicitud deberá acompañarse el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate y el documento que acredite la condición de heredero o legatario del solicitante *(ex* art. 782.2), esto es, el testamento o la declaración de herederos.

La cualidad de heredero o legatario constituye, pues, el presupuesto procesal de «capacidad de conducción procesal» imprescindible para instar este procedimiento. Nos encontramos ante un supuesto de «capacidad de conducción procesal»[37], que no de legitimación material, puesto que, tal y como ha tenido

---

[33] El régimen del *legado de parte alícuota* es distinto, según la STS de 12 de junio de 2006, del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— *por la afinidad entre aquel legado y la herencia,* derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la sentencia de esta Sala, de 22 de enero de 1963, ya señaló que «dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada». Así el artículo 1038-3.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 consideraba a los legatarios de parte alícuota como legitimados para promover el juicio de testamentaría, como igualmente establece la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 en su artículo 782.1, que están facultados para pedir la división judicial de la herencia. En consecuencia, la preterición en la partición del legatario de tal clase ha de producir los efectos previstos en el artículo 1080 del Código Civil (LEG 1889, 27) para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada.

[34] Para un estudio pormenorizado sobre esta cuestión, se remite al lector a Calaza López, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas,* Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.

[35] Vid., en este sentido, Lasarte, C., *Derecho de Sucesiones,* cit., pág. 347.

[36] Vid., asimismo, Díez-Picazo, L., cuando afirma que «no siendo la participación un auténtico acto traslativo, no vemos inconveniente en que (el menor emancipado) la pueda pedir por sí mismo», en *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pág. 520.

[37] Para un estudio detallado sobre la «capacidad de conducción procesal», se remite al lector a Gimeno Sendra, V., y Calaza López, S., *¿Puede un juez inadmitir de oficio una de-*

ocasión de señalar la doctrina procesal[38], la norma exige una cualidad jurídica determinada (la condición de heredero o legatario de parte alícuota), que ha de concurrir en quién presenta la solicitud, a fin de que pueda válidamente asumir el status de parte formal.

Esta cualidad de heredero real y actual, acreditada al tiempo del comienzo del proceso, no ha de ser rígida, firme o inflexible, resultando perfectamente lícito y factible que los herederos sometidos o afectados por condiciones resolutorias puedan instar el juicio divisorio, si bien con la particularidad, ya apuntada por los autores[39], de que la adjudicación de los bienes no será definitiva, pues si aquella condición, impuesta por el finado, resultare incumplida, estos bienes ya adjudicados pasarán, ello no obstante, a formar parte del conjunto patrimonial de los herederos no condicionales.

En caso de sucesión intestada, los interesados habrán de solicitar la declaración de herederos *ab intestato,* por el cauce de la Jurisdicción Voluntaria, establecido en la LEC, que mantiene vigente, en esta materia, la regulación de 1881, a la espera de la inminente reforma.

La solicitud, por parte de los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, de esta declaración de herederos *ab intestato* se efectúa ante notario, quien resuelve a través de un «acta de notoriedad» (art. 979 de la LEC de 1881). La solicitud, a cargo de los colaterales hasta el cuarto grado y, en su defecto, por el Estado, de esta declaración de herederos *ab intestato* se efectúa por vía judicial conforme al procedimiento regulado en el precepto 981 y siguientes de la LEC.

Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia *(ex* art. 782.3.º).

No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero *(ex* art. 782.4.º). Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos *(ex* art. 782.5.º).

Estos acreedores gozan del privilegio lógico y razonable, y como tal, legalmente tutelado de solicitar, en cualquier momento del proceso divisorio previo a la entrega, el pago o afianzamiento de su capital antes de que se produzca el reparto.

Ahora bien, la Ley distingue, con toda claridad, entre los «acreedores de la herencia» y los «acreedores de uno o más coherederos», otorgando amplias facultades de intervención en el proceso a los segundos, por relación a la escasa participación de los primeros en dicho proceso, a quienes, sin embargo, se les privilegia con el aseguramiento del cobro de sus créditos antes de la práctica de la partición.

---

manda por falta de legitimación de las partes?, 11 de noviembre de 2004, págs. 1377 a 1385.

[38] Vid., al respecto, Gimeno Sendra, V., quien, asimismo, señala que «la necesidad de acompañar el documento que acredita la cualidad de heredero del solicitante constituye una manifestación de la carga de justificar documentalmente la capacidad de conducción procesal, la cual puede condicionar la admisibilidad de la solicitud», en *Derecho procesal civil.* II. *Los procesos especiales»,* cit., pág. 336.

[39] Vid., al respecto, Álvarez García, M. D., *La partición judicial,* cit., pág. 878.

La razón de esta escasa, prácticamente nula intervención en el proceso divisorio, de los «acreedores de la herencia» —a quienes no se confiere legitimación para intervenir en las operaciones particionales, en el nombramiento del contador y de los peritos, en la aprobación de la propuesta de partición, ni mucho menos, en la eventual suspensión o paralización del proceso— estriba, según los autores[40], en que su interés se ciñe al cobro de sus créditos con cargo al caudal relicto, y antes de que se perfeccione la partición, resultando irrelevante a estos efectos cómo se realice la partición y los lotes concretos que se atribuyen a cada partícipe.

Aun cuando la motivación última de los acreedores, y común a todos ellos, lo es el cobro de sus créditos, la distinta posición que ocupan en este proceso, los acreedores de la herencia, frente a los acreedores de uno o más coherederos parece justificarse en el distinto interés de cada uno de ellos en la partición que se haga del caudal hereditario. En este sentido, los acreedores de la herencia habrán de conformarse y hasta congratularse, a modo de privilegio, con el cobro del crédito que demuestren tener a su favor y ello se hará con cargo a la globalidad de la herencia, resultándoles, por tanto, indiferente a quién o quiénes hubiere correspondido, de habérsele adjudicado, el capital que pasará a formar parte de su patrimonio antes incluso de la propia partición. Sin embargo, el acreedor de uno o más coherederos tiene un interés directo en la partición, toda vez que su cobro se hará depender, como resulta obvio, de la adjudicación que, finalmente, se haga al coheredero o, en su caso, a los coherederos deudores. De ahí su oportuna, razonable y justificada intervención en el proceso, para evitar, en el mejor de los casos, la inactividad de los coherederos irresponsables en el pago de sus deudas, por vía hereditaria, así como, en el peor, de engaño o de fraude.

III. COMPETENCIA

En los juicios sobre cuestiones hereditarias, establece el artículo 52.1.4.º de la LEC, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuvieren la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

Este fuero legal imperativo, regulado entre los «casos especiales de competencia territorial» impide, como es obvio, cualquier tipo de sumisión expresa o tácita entre las partes. Sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes, de denunciar, mediante la declinatoria, la falta de competencia, el juez ha de vigilar de oficio, como es lógico, el debido cumplimiento de este presupuesto procesal.

El fuero especial imperativo del «lugar del último domicilio del finado» ha de venir fijado, como es lógico, en la certificación de defunción, que goza de una presunción de certeza, veracidad y exactitud, si bien dicha certificación, tal y como ha tenido ocasión de matizar el TS[41], admite prueba en contrario, de

---

[40] Vid., en este sentido, Briones Jurado, C., y Sancho Gargallo, I., quienes, al propio tiempo, afirman que dicha falta de legitimación para intervenir en la práctica totalidad de actuaciones procesales que integran el proceso «resulta lógica por cuanto su interés radica en el cobro de sus créditos con los bienes de la herencia, siendo irrelevante para ellos el sentido de la partición», en *El juicio sucesorio,* Ed. Atelier, Barcelona, 2002, pág. 53 y sigs.

[41] El ATS, de 10 de abril de 2012, señala, en este sentido, que «si bien es cierto que los asientos del Registro Civil gozan de la presunción de exactitud, y en la certificación de defunción se hace constar que es (…), también lo es que admiten prueba en contrario, como

suerte que ante la evidencia, por cualesquiera mecanismos probatorios, legalmente admitidos, de un domicilio distinto al designado registralmente, habrá de estarse al domicilio real del finado.

A pesar de la claridad expositiva del precepto que regula la competencia en materia sucesoria donde parece evidente que el único fuero legal imperativo, lo será el del «último domicilio del finado», si dicho domicilio se ubicare en España, doctrina y jurisprudencia[42] pretenden hacer extensible a este caso, la dualidad alternativa ofrecida por el legislador a los litigantes cuando el último domicilio del finado se ubicare en el extranjero, que lo serían indistintamente «el de su último domicilio en España» o «el del lugar donde estuvieren la mayor parte de sus bienes». Así, pues, constituye ya una doctrina jurisprudencialmente aceptada[43] la que admite el fuero electivo, a cargo de los litigantes —bien el del último domicilio del finado, bien el del lugar dónde estuvieren la mayor parte de sus bienes—, ha de aplicarse a la totalidad de procesos sucesorios, con independencia del lugar, en España o en el extranjero, del último domicilio del finado.

Además del juez, cuya labor, por razón de su profesión, ha de circunscribirse a la resolución interina del conflicto subyacente, ante la ausencia de concierto, tras el reparto efectuado por el contador-partidor, hemos de destacar el relevante papel, en este tipo de procesos, del secretario judicial, quien, al tiempo de realizar las funciones que le son propias en todo tipo de procesos, ha de desempeñar, asimismo, el cargo y las funciones que legalmente correspondan a la presidencia de la junta que ha de celebrarse para la designación del contador-partidor, así como la formación del inventario.

IV. PROCEDIMIENTO

Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir, según dispone el artículo 1052 del Código Civil, en cualquier tiempo, la partición. Ningún coheredero podrá ser obligado, conforme subraya el artículo 1051 del mismo Código, a permanecer en la indivisión de la herencia[44].

---

ocurre en el presente supuesto en el que se cuenta: con lo informado por el director de la residencia médico-geriátrica (…) donde residía y con la postura procesal de notoriedad de los litigantes en el precedente procedimiento». Vid., en el mismo sentido, el ATS de 19 de mayo de 2009.

[42] Para un análisis detallado sobre esta cuestión con cita de la más relevante jurisprudencia —entre otros, los AATS de 28 de febrero de 2005 y de 7 de junio de 2007—, vid., Álvarez García, M. D., *La partición judicial,* cit., págs. 875 y sigs.

[43] Vid., entre otros, el ATS de 28 de febrero de 2005, donde se argumenta que «el legislador de 2000 ha introducido una redacción de efectos anfibológicos que, consiguientemente, autorizan las dos soluciones: *a)* No ha separado en párrafos diferentes los dos supuestos; *b)* al introducir una "coma" antes de la conjunción disyuntiva "o", indica gramaticalmente que la alternativa donde estuviere la mayor parte de sus bienes es aplicable tanto a los supuestos de que el finado hubiere tenido su última residencia en España como en país extranjero». Vid., asimismo, el ATS de 19 de mayo de 2009, donde se afirma que «por todo ello, puede entenderse que por parte de la demandante se ha ejercitado la opción del artículo 52.1.4.º entre el domicilio del finado y donde se encuentra la mayor parte de sus bienes, además de la consideración que el lugar de fallecimiento determina en este caso, puestos en relación todos los datos, el lugar de su último domicilio».

[44] Para un estudio específico sobre el procedimiento, se remite al lector a López-Barajas Perea, I., «La división judicial de la herencia», en *Economist&Jurist,* junio de 2006.

La acción de división judicial de la herencia ni prescribe ni caduca, de suerte que puede ejercitarse siempre que permanezca indiviso el caudal relicto (art. 1965 CC). La claridad expositiva de la norma es tal que la doctrina civilista[45] ha llegado a manifestar, en este punto, que la división hereditaria es esencial y radicalmente imprescriptible, sin que su eventual ejercicio pueda verse contradicho por un largo periodo temporal de comunidad hereditaria.

Aun cuando la división hereditaria puede ser solicitada, *pro futuro*, en cualquier tiempo, el momento inicial a partir del cual puede instarse dicha partición lo es el inmediatamente posterior al fallecimiento del testador, toda vez que la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte[46], instante a partir del cual su patrimonio se transmuta, en su caso, en *herencia yacente* mientras los bienes relictos se mantengan en situación de indivisión entre los herederos[47], de manera que la transmisión sucesoria de los derechos y obligaciones del causante tiene lugar desde su fallecimiento[48], comprendiendo la herencia el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte y que integren su patrimonio al tiempo de fallecer, ya que nadie puede trasmitir o disponer de aquello que no es suyo[49]. De ahí que la partición deba hacerse por el valor y estado que los bienes tuvieran en el momento de la muerte del causante, y referirse a bienes que formen parte entonces de su patrimonio[50]. Este momento de la apertura de la sucesión, referido al del fallecimiento del causante, es el que determina también la relación de los bienes de la herencia que han de ser objeto de inventario y posterior división, conforme al artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que serán precisamente los existentes en su patrimonio al tiempo de fallecer.

1. Solicitud de división judicial de la herencia

La solicitud de división judicial de la herencia requiere la preceptiva intervención de abogado y procurador. Esta solicitud no ha de revestir, ello no obstante, la forma de demanda, si bien parece aconsejable que se realice con idéntica claridad expositiva y precisión lingüística a la exigible a las demandas. Esta exigencia de precisión, claridad y pulcritud en la selección de la pretensión a ejercitar, así como en la expresión utilizada en su solicitud o, en otro caso, en su demanda inicial, han sido reclamadas, por lo demás, desde siempre[51], no sólo, con carácter general, para la totalidad de procesos judiciales, sino, en particular, para aquellas, que, como las hereditarias, son particularmente susceptibles de confusión, debido al número de personas y a la fusión —y, en efecto, ocasional confusión— de patrimonios que las integran, así como a su complejidad.

---

[45] Vid., al respecto, Lasarte, C., *Derecho de sucesiones,* cit., pág. 345.

[46] Vid., en este sentido, la SAP de La Coruña, de 1 de diciembre de 2012.

[47] Vid., al respecto, STS de 12 de marzo de 1987.

[48] Vid, las SSTS de 19 de noviembre de 1956 y de 21 de junio de 1986.

[49] Vid., las SSTS de 7 de diciembre de 1988, de 18 de marzo de 1991 y de 22 de febrero de 1997.

[50] SSTS de 31 de enero de 1972, de 5 de junio de 1985 y de 7 de diciembre de 1988.

[51] Véase la clarificadora STS de 6 de marzo de 1945, donde se advierte que «la facultad que tienen los interesados en la partición *para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión*, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar».

A esta solicitud habrán de acompañarse, como es lógico, los documentos acreditativos no sólo de la defunción —certificado registral de defunción—, sino también de la identificación de los coherederos o legatarios de parte alícuota, así como de su efectiva inclusión en el testamento, declaración de herederos abintestato o acta notarial de notoriedad. Sin la acreditación documental de tales extremos el proceso, obviamente, no goza de viabilidad, si bien su ausencia resulta perfectamente subsanable, debiendo el juez, ante la percepción de esta deficiencia procesal, ofrecer un plazo a los interesados para su subsanación.

En esta solicitud inicial del proceso divisorio, los solicitantes habrán de comunicar al juez, en su caso, la presencia de menores, incapaces y/o ausentes, al objeto de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. Asimismo, resulta altamente conveniente, tal y como se ha apuntado desde la propia judicatura[52], pese al silencio legal al respecto, que los solicitantes pongan en conocimiento del juez, en este momento inicial del proceso, la existencia de otros coherederos, de personas con interés en la división y, en su caso, de los acreedores de los coherederos con derecho a intervenir. Y ello por evidentes razones de eficacia, celeridad y economía procesal.

El secretario judicial supervisará el efectivo cumplimiento de los presupuestos procesales, para tener por admitida esta solicitud, y dará cuenta al Tribunal, cuando perciba la ausencia de alguno, para que resuelva sobre su admisión.

Una vez solicitada la división judicial de la herencia, se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario *(ex* art. 783.1.º).

2. Convocatoria de Junta para la designación de contador y peritos

El secretario judicial, a la vista de la solicitud judicial de la herencia, convocará a junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente *(ex* art. 783.1.º LEC). La citación de los interesados que estuvieren ya personados en las actuaciones se hará por medio de procurador. A los que no estuvieren personados, se les citará personalmente, si su residencia fuere conocida. Si no lo fuere, se les llamará por edictos.

El secretario judicial convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore. La representación del Ministerio Fiscal cesará una vez que los menores o incapacitados estén habilitados de representante legal o defensor judicial y, respecto de los ausentes, cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse *(ex* art. 783.4.º).

La legitimación del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos no es, pues, originaria, sino derivada o por representación, de suerte que, una vez haya cesado esta representación, por encontrarse las personas afectadas, debidamente representadas o presentes, en el caso de los ausentes, culmina su misión, a dife-

---

[52] Vid., en este sentido, Álvarez García, M. D., quien señala, asimismo, que «es preciso que en la solicitud de división o en la personación de los diversos herederos se haga referencia a los acreedores de los mismos, para que puedan tener conocimiento del proceso particional. La regulación legal es deficiente, pues si los acreedores particulares de los coherederos no conocen la incoación del proceso difícilmente podrán personarse, y en consecuencia, no podrán ser convocados», en *La partición judicial,* cit., pág. 891 y págs. 895 y sigs.

rencia de lo que acontece en otro tipo de procesos, como los procesos sobre la capacidad de las personas, dónde se ve compelido a velar por la legalidad de las actuaciones durante todo el procedimiento. Resulta sorprendente el tratamiento otorgado a la legitimación del Ministerio público en este tipo de procesos, de evidente naturaleza de orden público, cuando en ellos subyacen intereses particulares de personas especialmente sensibles o vulnerables, como los menores o incapaces, de manera conjunta al interés general de poner fin a la indivisión.

Los acreedores serán convocados por el secretario judicial cuando estuvieren personados en el procedimiento. Los que no estuvieren personados no serán citados, pero podrán participar en ella si concurren en el día señalado aportando los títulos justificativos de sus créditos *(ex* art. 783.5.º).

La presencia de los acreedores de los coherederos en la Junta queda justificada con base en el conocimiento que estos han de tener, de la celebración del procedimiento judicial de reparto, al objeto de oponerse, en debido tiempo y forma, a la adjudicación. De ahí la importancia, a la que ya nos hemos referido anteriormente, de su correcta identificación, por parte de los solicitantes de la división judicial, en el escrito inicial de este proceso.

La junta se celebrará, con los que concurran, en el día y hora señalado, y será presidida por el secretario judicial, con la finalidad de alcanzar un acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como sobre el nombramiento del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes.

El acuerdo que alcancen los asistentes, tal y como ya se ha tenido ocasión de advertir[53], es totalmente válido y vincula a los convocados no asistentes. Ahora bien, la designación del contador se hará por acuerdo unánime —y no por mayorías[54]— de los asistentes a la junta. El nombramiento, por aclamación de la totalidad de asistentes a la junta, de un contador, impedirá que puedan, ni los asistentes, ni los ausentes, ulteriormente, cuestionarse dicho nombramiento, por un elemental principio de proscripción de atentar contra los propios actos, en el primer caso, así como de desaprovechamiento de las oportunidades procesales, en el segundo.

Si de la junta resultase falta de acuerdo para el nombramiento de contador, se designará uno por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341, de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio. Si no hubiera acuerdo sobre los peritos, se designarán por igual procedimiento los que el contador o contadores estimen necesarios para practicar los avalúos, pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados. El contador y los peritos podrán ser recusados, como es lógico, por las partes, si se encuentran incursos en alguna de las causas legalmente estipuladas.

Del tenor literal de este precepto, en el que se posibilita la recusación del contador y del perito o, en su caso, de los peritos designados por sorteo, se desprende la imposibilidad de recusar, ante el silencio legal, a aquellos mismos

---

[53] Vid., al respecto, Vegas Torres, J., *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales,* cit., pág. 500.

[54] Vid., De la Plaza y Navarro, M., cuando afirma que «en materia sucesoria, la toma de acuerdos se rige por el sistema de unanimidad y no el de mayorías», en *Los problemas de la sucesión desde el punto de vista del Derecho procesal. Naturaleza y características de los juicios divisorios,* en *Estudios de Derecho Sucesorio,* Barcelona, 1946, pág. 219, citado por Briones Jurado, C. y Sancho Gargallo, I., *El juicio sucesorio,* cit., pág. 59.

profesionales cuando hubieren sido designados por aclamación entre la totalidad de asistentes a la junta. Ya hemos tenido ocasión de razonar la legítima motivación del legislador a este respecto.

Conforme a reiterada jurisprudencia[55], una vez designados, los contadores obran con autonomía e independencia del criterio particular de las partes que contribuyeron a su designación, ejerciendo una función pública, no sujeta a otra norma que las que tengan su origen en la Ley. Se reputan así facultados para interpretar el testamento. No están, por lo tanto, vinculados por los designios de los herederos, pero sí pueden tener en cuenta, como parece razonable, sus propuestas y opiniones.

El contador, tal y como se ha tenido ocasión de exponer desde la Judicatura[56], con toda clarividencia, no es un mandatario o gestor de las partes[57], sino un colaborador del Juzgado que ostenta un cargo que es *voluntario* (precisa de aceptación para su desempeño, y, una vez aceptado, faculta a los interesados para obligarle a cumplir el encargo), *remunerado* (aunque la ley no lo diga, dada la profesionalización y las exigencias de cualificación técnica del mismo, siendo los honorarios que se devenguen un gasto realizado en beneficio de la comunidad hereditaria, a descontar del activo y soportado por los herederos), *personalísimo* (aunque puede encomendarse a un tercero la realización de operaciones que exijan especiales conocimientos técnicos) y *temporal* (pues las operaciones divisorias han de presentarse en el plazo máximo desde la aceptación del cargo y recepción de la documentación, sin perjuicio de que el Tribunal, a instancia de parte, pueda fijar al contador otro plazo superior en atención a la complejidad de las actuaciones a realizar y al volumen de la herencia).

La aceptación del contador dará derecho a cada uno de los interesados para obligarle a que cumpla su encargo *(ex* art. 785.2.º). A instancia de parte, podrá el secretario judicial, mediante diligencia, fijar al contador un plazo para que presente las operaciones divisorias, y si no lo verificare, será responsable de los daños y perjuicios.

Una vez elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, el secretario judicial entregará los autos al primero y pondrá a disposición de éste y de los peritos cuántos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario *(ex* art. 785.1.º).

La jurisprudencia no es pacífica en torno a si el nombramiento de los peritos constituye un acto preceptivo, que ha de darse en todo proceso sucesorio, o por el contrario, un acto voluntario, bajo el prudente arbitrio del contador, en función de la conveniencia o inconveniencia de su labor, de cara a afrontar la

---

[55] Vid., entre otras, la SAP de Alicante, de 12 de noviembre de 2010.

[56] Vid., esta exhaustiva definición en el estudio de Álvarez García, M. D., *La partición judicial,* cit., pág. 896.

[57] Vid., en este sentido, la clarificadora STS de 18 de diciembre de 1968, donde se afirma que «aunque tiene un cierto aspecto de mandato, no puede confundirse en absoluto con aquella figura contractual desenvuelta en el campo del Derecho Privado, pues la naturaleza de orden público que caracteriza al proceso donde se lleva a cabo la designación de contador, imprime carácter a la misma con la finalidad de interés general de poner fin a la indivisión del caudal hereditario a que el proceso conduce y dichos contadores, una vez designados, obran con autonomía e independencia del criterio particular de las partes que contribuyeron a su designación, ejerciendo una función pública no sujeta a otra norma que las que tengan su origen en la Ley».

tarea del avalúo. La ambigüedad de la Ley no nos permite decantarnos por una u otra opción, pero parece razonable, con base en un elemental principio de economía procesal y de medios, que la intervención de estos profesionales quede supeditada a las particiones en las que, a juicio del contador, resulte conveniente o necesaria su labor de tasación o avalúo, para afrontar con éxito la ardua labor de la partición.

3. Práctica de las operaciones divisorias

El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atendrá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos *(ex* art. 786.1.º).

Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en el que se expresará:

1.º La relación de bienes que formen el caudal partible.
2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.
3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Estas operaciones divisorias vienen, pues, integradas por cuatro periodos o fases interconectadas, aunque claramente diferenciadas, cuales son el inventario, el avalúo, la liquidación y la partición o división. La evidente interconexión lógica y cronológica de unas fases con otras —como resulta obvio, tan sólo serán susceptibles de tasación los bienes que se hubieren inventariado previamente, al tiempo que tan sólo podrán liquidarse aquellos que hubieren sido valorados o cuantificados económicamente en un momento anterior; y la división y subsiguiente adjudicación dependerá, al fin, de la tasación y liquidación ya realizadas en esta ininterrumpida cadena de actuaciones matemático-jurídicas— no ha de suponer, ello no obstante, fusión, ni mucho menos confusión, de todas ellas[58]. El contador habrá de preservar y potenciar, pues, en la medida de lo posible, la individualidad y autonomía de cada una de estas fases (inventario, tasación, liquidación y adjudicación), toda vez que el objeto litigioso del proceso divisorio que, eventualmente, llegue a celebrarse podrá venir integrado sólo por alguna o algunas de estas actuaciones y no necesariamente por todas ellas, lo que restará, en su día, conflictividad y, por tanto, complejidad, a ese concreto proceso judicial.

[58] Como dice la SAP de Sevilla, de 9 de marzo de 2007, «las distintas fases del proceso de liquidación del caudal relicto están interconectadas y son consecuencias unas de otras, pero ello no permite la confusión entre las mismas: por eso se regulan separadamente cada una de estas fases, porque son actos distintos y no necesariamente tiene por qué presentarse en todas ellas la divergencia o discusión entre los herederos y la necesidad de intervención judicial. De ahí que se distinga entre el inventario, el avalúo de los bienes comprendidos, su división y adjudicación. Hoy estamos en la primera fase, la de determinación del inventario, donde se pondrán las bases para calcular la legítima y para conocer finalmente si las donaciones son inoficiosas o no y en su caso posteriormente reducirlas si perjudican la legítima estricta; y también de la colación, para lo cual es inexcusable incluir en el activo los bienes relictos y el valor de los bienes donados».

El inventario, en tanto que «base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales»[59], habrá de estar conformado por la totalidad de bienes y derechos —debidamente enumerados, concretados e individualizados— que integran la comunidad hereditaria. El inventario debe abarcar, tal y como se ha advertido[60], no solo los bienes, sino también los derechos y obligaciones que aminoran el valor del caudal relicto, y por tanto, lo que debe ser repartido.

En el inventario han de computarse, asimismo, conforme al artículo 1063 del Código Civil, las rentas y los frutos que cada uno de los coherederos hayan percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia o negligencia. Ahora bien, los frutos a los que se refiere el anterior precepto, tal y como, de manera reiterada, ha señalado la jurisprudencia[61], han de ser los efectivamente percibidos, es decir, los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, pero no aquellos otros que pudieran percibirse, esto es, aquellos virtuales, posibles, potenciales o hipotéticos. En consecuencia, no puede exigirse que se aporte al caudal relicto el importe de las rentas o frutos que se podrían haber percibido pero que no se han percibido, puesto que dichos «futuribles», «posibles» o «hipotéticos» frutos quedan al margen de lo dispuesto en aquel precepto del Código Civil[62].

Doctrina y jurisprudencia se manifiestan, sin embargo, convulsas, en torno a si la elaboración del inventario debe efectuarla en todo caso el secretario, o, por el contrario, aquel profesional tan sólo deba realizarlo cuando se hubiere producido, al propio tiempo, la intervención del caudal hereditario, quedando reservada la formación del inventario, a cargo del contador, para el caso de falta de intervención.

La formación de inventario es, en cualquier caso, un acto procesal no jurisdiccional, en el que no interviene el juez, y por ello carece, tal y como ha señalado la jurisprudencia[63], de estructura contenciosa. Los interesados habrán de presentar, en este momento, la relación de bienes y cargas que entienden deben integrar el activo y pasivo del inventario, de tal forma que solo si la partes no se pusieren de acuerdo sobre los bienes o partidas del inventario se les citará a una vista por los tramites del juicio verbal en la que se les oirá y se fijaran los hechos controvertidos sobre los que se propondrán y practicaran las pruebas propuestas que el juez considere pertinentes, finalizando el procedimiento por sentencia.

Cuando el objeto litigioso del juicio verbal hereditario se encuentra integrado por las controversias suscitadas al tiempo de formar el inventario, la labor del juez ha de limitarse, lógicamente, a resolverlas, de suerte que, en línea de prin-

---

[59] Vid., al respecto, la STS de 26 de noviembre de 1955.

[60] Vid., en este sentido, Briones Jurado, C., y Sancho Gargallo, I., quienes, asimismo, señalan que «el inventario tradicionalmente se ha entendido como la relación completa del patrimonio del causante, tanto del activo (bienes, derechos, créditos, valores y acciones), como de las obligaciones pendientes que han de ser satisfechas con el activo de la herencia», en *El juicio sucesorio,* cit., pág. 66.

[61] Vid., en este sentido, las SSTS de 7 de julio de 1995, de 25 de julio de 2002, de 17 de diciembre de 2002 y de 6 de noviembre de 2003.

[62] Vid., asimismo, la STS de 4 de junio de 2007.

[63] Vid., en este sentido, la SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.

cipio, las partidas del inventario sobre las que hubiera existido acuerdo quedan excluidas de este objeto[64].

El juez habrá de limitarse, pues, por un elemental principio de congruencia, a dirimir, en el proceso divisorio, las controversias suscitadas en torno a las propuestas de formación de inventario, inclusión o exclusión de bienes, formuladas en el momento de su elaboración[65], pero no, como es lógico, aquellas otras que los coherederos, volviendo contra sus propios actos, pretendan integrar en un momento ulterior, cual sería en el propio juicio verbal, ni mucho menos en apelación, momentos en los que ya no resulta factible alterar el objeto del proceso, ni modificar los términos del debate.

El avalúo constituye la labor de valoración, tasación o cuantificación económica de los bienes que integran el caudal hereditario, resultando evidente que el momento en que deben ser valorados estos bienes que integran el activo del inventario[66], y sus relativos ajustes será el del momento en que hayan de estar dispuestos para su entrega o adjudicación[67].

La liquidación es una operación jurídico-matemática, merced a la cual las deudas hereditarias han de descontarse del haber del caudal hereditario para fijar, con la debida claridad y precisión, qué bienes y derechos conforman montante activo de la comunidad o concierto definitivo de bienes, objeto de inminente partición previa a su adjudicación.

La jurisprudencia del TS[68] ha sido explícita al señalar que la liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que solo a través de ella cabe establecer el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios,

---

[64] Vid., la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010, cuando señala que «la parte promotora de la partición, apelada en esta instancia, alteró el objeto natural del incidente de inclusión o exclusión de bienes o lo que es lo mismo de la vista del Juicio Verbal. (…) Pues bien, al margen de ir claramente contra sus propios actos, tal posición era procesalmente inadmisible. El objeto natural del juicio verbal derivado de las controversias suscitados al tiempo de formar el inventario, es lógicamente resolverlas. Quiere ello decir que en línea de principios, las partidas del inventario sobre las que hubiera existido acuerdo quedan excluidas de su objeto».

[65] Vid., entre otras, las SAP de Alicante, de 26 de febrero de 2010; SAP de Madrid, de 16 de julio de 2010, y SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.

[66] No es ocioso recordar a estos efectos, tal y como afirma la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010, que el primer párrafo del artículo 1045 sigue manteniendo el sistema de imputación contable de la colación, pero modifica el momento temporal de avalúo. Así: «No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se avalúen los bienes hereditarios», lo que significa que la evaluación se deberá llevar a cabo en el momento de practicar la partición (SSTS de 2 de junio de 2005 y de 22 de febrero de 2006), incluyendo el valor de las cosas donadas en el líquido común y tomando de menos el favorecido lo que de más hubiere percibido en vida del causante, lo que refuerza aún más el criterio de que las cosas donadas lo son a cuenta de la hijuela definitiva y como anticipo de su futura cuota hereditaria (STS de 18 de octubre de 2007), con la especialidad de que «si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria», a tenor del artículo 1048 del citado texto legal».

[67] Vid., en este sentido, el ATS de 6 de marzo de 2012, con cita de las SSTS de 21 de octubre de 2005 y de 14 de diciembre de 2005.

[68] Vid., al respecto, la STS de 8 de junio de 1999.

el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago.

La división constituye probablemente la labor más compleja de todo el proceso sucesorio, toda vez que el contador habrá de proceder a la formación de lotes particionales individuales, con la debida imparcialidad, y atendiendo, en la medida de lo posible, no sólo a razones cuantitativas, equitativas o de aplicación matemática estricta, sino también cualitativas o de satisfacción de voluntades específicas con arreglo a otra suerte de criterios, en ocasiones, más emocionales o sentimentales que jurídicos.

El contador habrá de procurar, al propio tiempo, en la compleja tarea de la partición, adjudicar a los coherederos, siempre que ello sea posible, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (art. 1061 CC). Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero (art. 1062.1 CC)[69]. El contador procurará, ello no obstante, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas *(ex* art. 786.1.º), puesto que la finalidad de la partición es precisamente salir de la indivisión[70], sin generar, al tiempo, tal y como razonable, coherente y gráficamente ha señalado la jurisprudencia[71], un «semillero de pleitos».

---

[69] El principio de igualdad cualitativa, tal y como destaca la SAP de León, de 12 de noviembre de 2010, tiene su fundamento según la doctrina (De la Cámara Álvarez) en el hecho de que cuando la herencia se halla en indivisión el derecho de cada heredero se proyecta sobre la herencia en su conjunto y también sobre cada una de las cosas que la integran. Dicho principio no siempre puede cumplirse a rajatabla. Siguiendo al referido autor, las dificultades provienen o pueden provenir, no sólo de la índole y condición de los bienes sino también del hecho de ser desiguales las cuotas de los herederos pues el precepto abarca los dos supuestos. Por eso el artículo 1061 tiene un valor relativo y habla de la «posible igualdad». El Código Civil indica que los lotes se formen con criterios de razonable homogeneidad, pero no exige que los bienes se dividan materialmente cuando esa división resulte imposible o esencialmente antieconómica, ni tampoco exige, aunque ello sea posible, convertir la comunidad hereditaria en una serie de comunidades ordinarias, por el procedimiento de adjudicar a cada participe una cuota indivisa en cada uno de los bienes que forman parte de la herencia.

[70] Constituye, a este respecto, una reiterada doctrina del TS la que destaca que «las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común son conceptos valorativos deducibles de hechos, dependiendo tales consideraciones, no sólo de la indivisibilidad real o física, sino también de la jurídica, configurada ésta por resultar la cosa inservible para el uso a que se destina, por su anormal desmerecimiento si se produce la división o por la originación de un gasto considerable en los partícipes» (vid., entre otras, las SSTS de 14 junio 1985 y de 13 de julio de 1996. La divisibilidad de un inmueble depende, en todo caso, de condiciones objetivas de carácter arquitectónico, funcional o económico (STS de 4 de marzo de 1994).

[71] Como dice la SAP de La Coruña, de 12 de febrero de 2010, «la partición no excluye, ni la sentencia apelada desconoce, que pueda llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio tal por cuotas proindivisas de la exclusiva titularidad de cada adjudicatario» (vid., SSTS de 20 de febrero de 1984 y de 20 de octubre de 1992), pero no ha de ser esa la regla general, ni cumplirá la partición su finalidad de salir de la indivisión, motivando un semillero de pleitos, si injustificadamente las operaciones se limitasen a un reparto de proindivisos cuando la ley busca evitar, en la medida de lo posible, tanto el fraccionamiento en cuotas proindivisas como la excesiva división material». Vid., en el mismo sentido, las SSAP de La Coruña, de 3 de septiembre de 1977, de 31 de marzo de 2003 y de 29 de noviembre de 2007.

La partición o división constituye, al fin, la actuación en virtud de la cual los herederos adquieren la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios[72]. La partición hereditaria tiene, pues, carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes concretos y determinados[73], puesto que en el periodo de indivisión que precede a esta partición, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar nada para sí, sino para la comunidad hereditaria[74].

No resulta preciso, por lo demás, que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe, tal y como ha advertido la jurisprudencia[75], una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no siempre puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Ahora bien, la posibilidad de realizar esta partición adicional, ampliamente admitida por la jurisprudencia[76], en plausible aplicación del principio del *favor partitionis*, ha de limitarse a los supuestos en los que los bienes omitidos no sean de importancia capital, ya que, de serlo, habrá de procederse a la nulidad de la partición realizada y a la práctica de una nueva.

El secretario judicial dará traslado a las partes de las operaciones divisorias, emplazándolas por diez días para que formulen oposición. Durante este plazo, podrán las partes examinar en la oficina judicial los autos y las operaciones divisorias y obtener, a su costa, las copias que soliciten *(ex* art. 787.1.º). Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

---

[72] Vid., las SSTS de 3 de junio de 2004, r. 4416 y de 17 de diciembre de 2007, r. 8935, donde se advierte que «esta sala tiene declarado que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario».

[73] Vid., la STS de 4 de mayo de 2005, r. 3970.

[74] Vid., la STS de 28 de febrero de 2012, r. 2161.

[75] «Se ha de destacar que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente». Así lo expresó ya la sentencia de 6 de marzo de 1945, al decir que «ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones». Lo que efectivamente concuerda con el principio del *favor partitionis* que se desprende de esta última norma y que ha destacado la jurisprudencia, entre otras, en las SSTS de 13 de marzo de 2003 y de 4 de noviembre de 2008.

[76] Tal y como señala la STS de 20 de enero de 2012, «en caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código Civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, SSTS de 22 de octubre de 2002, de 11 de diciembre de 2002, de 13 de marzo de 2003, de 18 de julio de 2005, de 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las SSTS de 11 de diciembre de 2002 y de 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del *favor partitionis* (así, SSTS de 13 de marzo de 2003 y de 12 de diciembre de 2005).

La culminación, con éxito, de este proceso —al que hemos de calificar necesariamente como «voluntario», habida cuenta de los inmensos paralelismos que presenta con la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria— con un decreto del secretario, tras la elaboración de la partición, por parte de un contador independiente, y sin ulteriores confrontaciones, en instancia alguna, supone, sin lugar a dudas, un triunfo de nuestro sistema procesal, toda vez que una tarea tan difícil como la división hereditaria ha sido resuelta, con mínima intervención judicial, así como con las debidas garantías procesales, sin grandes costes económicos ni psicológicos para las partes, y con la agilidad, celeridad y rapidez exigibles en este tipo de cuestiones, dónde el paso del tiempo tan sólo sirve, en buena medida, para oscurecer, entorpecer o enturbiar las relaciones particionales.

Cuando en tiempo hábil se hubiere formalizado la oposición a las operaciones divisorias, el secretario judicial convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará dentro de los diez días siguientes *(ex* art. 787.3.º).

El coheredero, o, en su caso, los coherederos disconformes con las operaciones divisorias, habrán de especificar, en esta oposición, con la debida claridad, precisión y rigor, cuáles son las causas, materiales o procesales, de esta oposición, al inventario, al avalúo, a la liquidación, a la adjudicación, o tan sólo a alguna o algunas de estas fases procesales, con la presentación de la oportuna documentación complementaria. De no expresar, en esta oposición, alguna de las causas de oposición, perderá la oportunidad de alegarlas posteriormente, toda vez que éste es el momento procesal en el que, según se ha admitido[77], queda conformado el «objeto procesal» del inminente juicio verbal.

Las causas procesales de oposición lo serán, como es lógico, la alegación de defectos o irregularidades en la convocatoria o constitución de la junta celebrada para la designación del contador y los peritos, así como el incumplimiento o inobservancia de algún o algunos presupuestos procesales. Las causas materiales pueden ser tan variadas cuántos sean las eventuales oposiciones sustantivas de los coherederos disconformes con la *elaboración del inventario* —así, a modo de ejemplo, la omisión de ciertos bienes o la indebida inclusión de ciertos otros—, con *la tasación de los bienes que lo integran* —entre otras, la injustificada, arbitraria o irrazonable valoración, por exceso o por defecto, de ciertos bienes o la inobservancia del avalúo pericial—, con *la liquidación del caudal hereditario* —la incorrecta cuantificación de las deudas, el erróneo desglose del activo y del pasivo, así como el consecuente desacierto en el cálculo definitivo del haber hereditario— *y/o, al fin, la partición* —con una adjudicación irrespetuosa con la voluntad del testador, con las normas de reparto y/o con la razonable igualdad del contenido de los lotes— *de esta comunidad patrimonial.*

---

[77] Briones Jurado, C., y Sancho Gargallo, I., han señalado, en este sentido, que «no es suficiente con decir que se opone a las operaciones particionales, es necesario que especifique cuál de las operaciones concretas es la que impugna y que se aduzcan las razones de esta impugnación. Esta mención determinará el objeto del juicio, pues más tarde, en la comparecencia o junta de interesados no podrá discutirse de las operaciones particionales nada que no haya sido formalmente impugnado en el plazo previsto de diez días. Por lo que lo no impugnado se tendrá por consentido tácitamente por el resto de los partícipes», en *El juicio sucesorio,* cit., pág. 73.

En la comparecencia se discutirán, ya con la debida inmediación ante el juez competente, los puntos conflictivos, que previamente hubieren sido especificados en el escrito de oposición, sin que resulte posible, tal y como ya hemos advertido[78], por razones de seguridad jurídica, de congruencia y con base en elementales principios de proscripción de atentar contra los propios actos o de mutación extemporánea del objeto procesal, traer a colación nuevas causas de impugnación o motivos de oposición que quedaron tácitamente aprobados.

Si en la comparecencia se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto de las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas. Si no hubiere conformidad, el Tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.

El legislador potencia, una vez más, la conciliación o transacción, de suerte que esta comparecencia parece estar destinada, fundamentalmente, a la formación de nuevos acuerdos sobre las operaciones particionales conflictivas, habiendo quedado aprobadas las tácitamente admitidas. La disconformidad, desacuerdo u oposición mantenida en esta comparecencia conlleva, de manera automática, inmediata y en unidad de acto, la transformación en un juicio verbal, de suerte que las partes habrán de ir preparadas, preventivamente, para la celebración de este juicio, con las pruebas oportunas.

La sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, por indicación expresa del artículo 787.5.º II, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.

La ausencia de cosa juzgada se refiere a la posibilidad de acudir, una vez concluido este proceso especial y sumario, al ordinario correspondiente, pero no, como es lógico, a la de reiterar, reproducir o reintentar un nuevo reparto por el cauce, ya agotado, del proceso de división judicial de la herencia[79], respecto del que sí ha de predicarse el *no bis in idem*.

La posibilidad de iniciar un juicio ordinario tras la aprobación de la partición judicial se justifica, según la doctrina[80], en la complejidad de las cuestiones que pueden plantearse, que no se corresponde bien con la simplicidad del juicio verbal y, por tanto, aconseja privar a la sentencia que pueda dictarse en dicho juicio de los efectos de la cosa juzgada.

Sin perjuicio de la abierta posibilidad de entablar un juicio ordinario, una vez culminado sin plena satisfacción psicológica para, al menos una de las partes,

---

[78] Vid., de nuevo, BRIONES JURADO, C., y SANCHO GARGALLO, I., quienes inciden en que «objeto de esta comparecencia lo serán únicamente los puntos impugnados de las operaciones particionales, sin que puedan discutirse o formalizarse entonces otras impugnaciones a puntos distintos de aquellos sobre los que versó inicialmente la oposición formal», con base en la jurisprudencia del TS (vid., entre otras, las SSTS de 3 de febrero de 1930, de 20 de febrero de 1961 y de 6 de febrero de 1974), para la que «no es lícito al que no las impugnó solicitar impugnaciones nuevas, que en tiempo oportuno no hizo, como pudo verificarlo, pues no cabe impugnar aquello que aceptó, yendo contra sus propios actos», en *El juicio sucesorio,* cit. 77.

[79] Para un estudio pormenorizado sobre esta cuestión, se remite al lector a CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada,* Ed. La Ley, Madrid, 2009.

[80] Vid., en este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil.* II. *Los procesos especiales,* pág. 340.

este proceso verbal de división de la herencia, estas mismas partes legitimadas pueden, como es lógico, frente a la sentencia dimanante de este proceso especial, interponer recurso de apelación e, incluso, tal y como actualmente tiene admitido el TS[81] —pese a sus iniciales reticencias[82]—, de casación[83].

Cuando, conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LEC, se hubieran suspendido las actuaciones por estar pendiente causa penal en que se investigue un delito de cohecho cometido en el avalúo de los bienes de la herencia, la suspensión se alzará por el secretario judicial, sin esperar a que la causa finalice por resolución firme, en cuánto los interesados, prescindiendo del avalúo impugnado, presentaren otro hecho de común acuerdo, en cuyo caso se dictará sentencia con arreglo a lo que resulte de ésta.

El legislador parte de la base, en la redacción de este precepto —que constituye una clara excepción a la generalidad de casos donde la prejudicialidad penal suspende el proceso civil hasta la resolución, por sentencia, de la causa penal, que ha de constituir el antecedente lógico, cronológico y necesario de la ulterior sentencia civil— de la evidencia de que una suspensión del proceso divisorio —cuyos atributos esenciales, entre otros, han de ser la celeridad, rapidez, agilidad y urgencia— facilita la generalización de actuaciones procesales, caracterizadas por la dilación y el fraude.

El pernicioso entorpecimiento supuesto por la eventual suspensión del proceso divisorio, ante la aparición de un elemento penal en la fase de avalúo o tasación, ha impulsado al legislador a adoptar una plausible solución alternativa,

---

[81] Vid., en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2009, cuando, con cita de los AATS de 19 de septiembre de 2006, r. 234736; de 31 de julio de 2007, r. 234736, señala que «debe distinguirse entre las sentencias de segunda instancia y las sentencias de apelación, de modo que solo las sentencias que verdaderamente finalizan una instancia son susceptibles de recurso de casación. Quedan excluidas, en consecuencia, aquellas que resuelven procedimientos incidentales. No es este el caso que nos ocupa porque el presente procedimiento, que se ha tramitado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 782 y sigs. LEC, no constituye un incidente de otra reclamación, sino que es un procedimiento especial, susceptible de recurso de casación. No ha existido un trámite incidental (…), sino que al no haber acuerdo entre los herederos sobre valoración de los bienes colacionables, se produjo la oposición de algunos de los herederos, cuestión que es la que llega ahora a casación».

[82] Así, los AATS, de 8 y 31 de julio de 2003; de 30 de septiembre de 2003; de 3, 10 y 24 de febrero de 2004; y de 27 de julio de 2004, entre otros, señalan que «en el régimen de la nueva LECiv/2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el artículo 794.4 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el artículo 809.2, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

[83] La STS de 10 de diciembre de 2009 señala, a este respecto, que «esta Sala ha venido declarando —en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del art. 675 CC—, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación». Como ejemplo, la STS de 30 de enero de 1997, dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia» (asimismo, entre muchas otras, las SSTS de 21 de enero de 2003, de 20 de diciembre de 2005, de 29 de septiembre de 2006, de 20 de noviembre 2007 y de 29 de enero de 2008). Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que «[...] si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro» (SSTS de 26 de abril de 1997 y de 18 de julio 2005, entre muchas otras).

consistente en la valoración, liquidación y división del caudal hereditario con arreglo a una nueva tasación, distinta a la que ha sido objeto de enjuiciamiento penal, con base en el interés superior, presumible de los coherederos, y, desde luego, del Estado, en la eficaz, ágil y pronta división de las comunidades hereditarias. Esta solución inhibe, por lo demás, a quienes confundiesen los «indicios razonables de criminalidad» del avalúo con «sus intereses particulares espurios», de instar el proceso penal, y por tanto resulta eficaz, no sólo para evitar las dilaciones indebidas, sino incluso los procesos igualmente injustificados o indebidos.

4. Entrega de los bienes adjudicados a cada heredero

Una vez aprobadas definitivamente las particiones, el secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas se haya adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación *(ex* art. 788.1.º). Luego que sean protocolizadas, el secretario judicial dará a los partícipes que lo pidieren, testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

Cuando se hubiere formulado por algún acreedor de la herencia —reconocido como tal en el testamento o por los coherederos o el que tenga su derecho documentado en un título ejecutivo— la petición de pago o afianzamiento del importe de sus créditos, no se hará la entrega de sus bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantizados a su satisfacción *(ex* art. 788.3.º).

En cualquier estadio del juicio, podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el secretario judicial sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos *(ex* art. 789).

Ahora bien, la posibilidad de adoptar un acuerdo queda supeditada, como es lógico, a la concurrencia, de un lado, de la capacidad de todos los coherederos y de otro, a su presencia física, o, en su defecto, a la de su debido representante legal, puesto que, tal y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina[84], si alguno de los herederos fuera menor de edad o incapacitado, o si se encontrara en ignorado paradero, no parece viable este modo de finalización del proceso en tanto en cuánto el menor o incapacitado no disponga de representante legal que pueda prestar el consentimiento o comparezca el ausente y preste su conformidad al acuerdo alcanzado por los demás coherederos.

V. CONCLUSIONES

La vigente división judicial de la herencia nos parece, tal y como apuntábamos al inicio de este ensayo, agónica, toda vez que se encuentra constituida o conformada por, al menos, dos intentos de conciliación y tres procesos, con sus consiguientes recursos. Así, en defecto y frente a la preeminencia, preferencia o prioridad de un sinfín de posibilidades particionales, descartadas por los cohe-

[84] Vid., al respecto, Vegas Torres, J., *Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa. Procesos especiales,* cit., pág. 502.

rederos en contienda (siempre más de uno, puesto que el conflicto judicial, que no el personal, requiere la «dualidad de partes») a las que ya hemos aludido (partición realizada por el propio testador, por los coherederos, por el contador designado por el testador, por los coherederos o por el juez), podrán, estos coherederos, agotar, nada menos, que las siguientes tramitaciones procesales: En primer lugar, solicitar, merced a una suerte de proceso consensuado, caracterizado por las notas que configuran la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de un contador, que, con la debida imparcialidad y la conveniente colaboración pericial, dirima el reparto, mediante la elaboración del inventario, la tasación, la liquidación y la adjudicación de la comunidad hereditaria. De culminar con éxito este procedimiento, entonces naturalmente podemos afirmar que este «juicio civil rapidísimo» ha de calificarse como sencillo, transparente, acelerado y eficaz, a la par que contribuye a descongestionar nuestra abarrotada justicia civil. Es por ello por lo que, en nuestra propuesta de reforma, y ante la eventualidad de que un buen número de ciudadanos hagan un buen uso de esta eficaz herramienta procedimental, no prescindiremos de esta fase inicial del proceso divisorio, pese a la conveniencia de integrarlo, dada su escasa conflictividad, prácticamente nula intervención judicial y ausencia de cosa juzgada, en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria.

De no concluir con éxito esta fase inicial, entonces el juez exhortará a las partes, a una nueva comparecencia —recuérdese que ya han asistido a otra, la junta presidida por el secretario judicial, para la designación del contador y los peritos—, que tiene por finalidad, de nuevo —recuérdese, asimismo, que las operaciones particionales realizadas por aquel contador han sido objeto de reticencia, discordancia y manifiesta oposición, pese al intento de conciliación—, avenirlos a transaccionar, pactar o adoptar acuerdos particionales que eviten la prosecución del proceso judicial.

En este momento comienza, bajo nuestro punto de vista, el verdadero conflicto, motivador, si se equiparan las nociones de conflicto, oposición o desavenencia a la jurisdicción contenciosa, de la efectiva transformación de esta tramitación consensuada o voluntaria —en la que, sencillamente, se solicitaba el nombramiento de un contador, que procediese, con la debida objetividad, al reparto, sin la menor intervención del juez, ni, por supuesto, de actividad jurisdiccional alguna— en contenciosa. La legislación vigente contempla una «transformación» al verbal, en el que, con cognición limitada, se conoce de este reparto judicial, ya con la referida actividad jurisdiccional del juez —que ha de «reconstruir» la voluntad del testador en los repartos oscuros, difíciles o arbitrarios, en tanto que irrespetuosos con la normativa sucesoria— mediante sentencia sin fuerza, sin eficacia o, si se prefiere, sin «santidad» de cosa juzgada material, y, por supuesto, con la totalidad de recursos —apelación, casación y amparo— contemplados en nuestra legislación procesal civil a plena disposición de los interesados. De no concluirse con éxito este proceso especial, todavía pueden los coherederos, en nuestra vigente legislación, acudir al ordinario correspondiente, también con toda la proyección de recursos inherente al derecho a la tutela judicial efectiva. De afrontarse sin éxito, esto es, sin conformidad de los coherederos, todos los procesos recién indicados, podemos, sin temor a equivocarnos, presuponer que el reparto judicial, al que ahora aspiramos como coherederos, podrá coincidir, en algún momento del tiempo, lamentablemente sin posibilidad de acumulación debido a la falta de coincidencia de las partes legitimadas en cada uno de ellos, con el que soliciten nuestros coherederos. Y ello en una materia tan espinosa como la del reparto de la herencia, que

constituye, en no pocos casos, una fuente de conflicto, de distanciamiento y hasta de rechazo de familiares muy próximos durante larguísimos periodos de tiempo, en ocasiones, durante toda la vida. El legislador ha de velar, especialmente, por la urgente reparación de este tipo de conflictos, y ello no sólo por razones socio-económicas o de tutela judicial efectiva, sino también de paz social, que comienza en el plano, ámbito o esfera más íntima de las personas, cual es la familiar.

Así, pues, nuestra propuesta de reforma pasa por el mantenimiento de una fase procesal o procedimiento inicial, de tramitación consensuada, incardinable en la jurisdicción voluntaria, en la que se solicite, sin mayor confrontación, el reparto, a cargo de un contador imparcial, asistido pericialmente, del reparto de la herencia, que puede culminar con éxito o transformarse, caso de surgir el conflicto, en un proceso ordinario, con ciertas especialidades —entre las que, por cierto, hemos de incluir la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, para velar por la legalidad de las actuaciones, y no solo por «sustitución» o «representación», cuando se encuentren, entre los interesados, menores, incapaces o ausentes—, que ha de culminar, tras una tramitación, caracterizada por la plena cognición y dotada de las debidas garantías, con una sentencia con fuerza de cosa juzgada, susceptible, como no podía ser de otro modo, de ser recurrida con arreglo al sistema general de recursos contemplado en nuestra legislación procesal civil.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, M. D.: «La partición judicial», en *Reflexiones sobre materias de Derecho Sucesorio,* Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2009.

Briones Jurado, C., y Sancho Gargallo, I.: *El juicio sucesorio,* Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

Calaza López, S.: *Los procesos sobre la capacidad de las personas,* Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.

— *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio,* Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

— *La cosa juzgada,* Ed. La Ley, Madrid, 2009.

De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo, I., y Veas Torres, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales,* Ed. CEURA, Madrid, 2000.

De la Plaza y Navarro, M.: «Los problemas de la sucesión desde el punto de vista del Derecho procesal. Naturaleza y características de los juicios divisorios», en *Estudios de Derecho Sucesorio,* Barcelona, 1946.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

Fernández de Buján, A.: *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano,* Ed. Reus, 1986, 3.ª ed., 1999.

— *Jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

— «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», en *Actualidad Civil,* núm. 36, 2001.

— «La jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 8, Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2006.

— «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (I)», en *RJE La Ley,* núm. 6599, 27 de noviembre de 2006.

— «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de octubre de 2006 (II)», en *RJE La Ley,* núm. 6600, 28 de noviembre de 2006.
— «Jurisdicción voluntaria», en *Tribuna del Diario ABC,* 5 de enero de 2007.
— *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria,* I, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
— *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria,* II, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.
— «La jurisdicción voluntaria: En busca del tiempo perdido», en *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.
— «Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 31, mayo-junio de 2010.
— «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 79, julio-septiembre de 2011.
— «La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley,* 25 de mayo de 2012.
— «Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Manuel Barquero,* Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM, 2013.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil.* II. *Los procesos especiales,* Ed. Colex, Madrid, 2012.

GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S.: *¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?,* 11 de noviembre de 2004, págs. 1377 a 1385.

LASARTE, C.: «Derecho de Sucesiones», en *Principios de Derecho Civil,* VII, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: «La división judicial de la herencia», en *Economist&Jurist,* junio de 2006.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 8 de julio de 2003.
- ATS de 31 de julio de 2003.
- ATS de 30 de septiembre de 2003.
- ATS de 3 de febrero de 2004.
- ATS de 10 de febrero de 2004.
- ATS de 24 de febrero de 2004.
- ATS de 27 de julio de 2004.
- ATS de 28 de febrero de 2005.
- ATS de 19 de septiembre de 2006.
- ATS de 7 de junio de 2007.
- ATS de 31 de julio de 2007.
- ATS de 19 de mayo de 2009.
- ATS de 10 de abril de 2012.
- STS de 3 de febrero de 1930.
- STS de 6 de marzo de 1945.
- STS de 26 de noviembre de 1955.
- STS de 19 de noviembre de 1956.

- STS de 20 de febrero de 1961.
- STS de 22 de enero de 1963.
- STS 17 de mayo de 1966.
- STS de 31 de enero de 1972.
- STS de 6 de febrero de 1974.
- STS de 18 de diciembre de 1968.
- STS 3 de febrero de 1982.
- STS de 27 de mayo de 1982
- STS de 20 de mayo de 1982.
- STS de 15 de junio de 1982.
- STS de 20 de febrero de 1984.
- STS de 5 de junio de 1985.
- STS de 14 junio 1985.
- STS de 21 de julio de 1986.
- STS de 12 de marzo de 1987.
- STS de 7 de diciembre de 1988.
- STS de 3 de junio de 1989.
- STS de 21 de mayo de 1990.
- STS de 5 de marzo de 1991.
- STS de 18 de marzo de 1991.
- STS de 25 de mayo de 1992.
- STS de 7 de julio de 1992.
- STS de 20 de octubre de 1992.
- STS de 24 de noviembre de 1992.
- STS de 4 de marzo de 1994.
- STS de 6 de octubre de 1994.
- STS de 7 de julio de 1995.
- STS de 12 de julio de 1996.
- STS de 13 de julio de 1996.
- STS de 19 de diciembre de 1996.
- STS de 31 de diciembre de 1996.
- STS de 30 de enero de 1997.
- STS de 22 de febrero de 1997.
- STS de 26 de abril de 1997.
- STS de 6 de octubre de 1997
- STS de 13 de octubre de 1998.
- STS de 21 de diciembre de 1998.
- STS de 8 de junio de 1999.
- STS de 27 de junio de 2000
- STS de 28 de junio de 2001.
- STS de 25 de julio de 2002.
- STS de 22 de octubre de 2002.
- STS de 27 de noviembre de 2002.
- STS de 11 de diciembre de 2002.
- STS de 17 de diciembre de 2002.
- STS de 21 de enero de 2003.
- STS de 13 de marzo de 2003.
- STS de 6 de noviembre de 2003.
- STS de 3 de junio de 2004.
- STS de 4 de mayo de 2005.
- STS de 2 de junio de 2005

- STS de 18 de julio 2005.
- STS de 12 de diciembre de 2005.
- STS de 20 de diciembre de 2005.
- STS de 22 de febrero de 2006.
- STS de 12 de junio de 2006.
- STS de 29 de septiembre de 2006
- STS de 4 de junio de 2007.
- STS de 18 de octubre de 2007.
- STS de 20 de noviembre 2007.
- STS de 17 de diciembre de 2007.
- STS de 29 de enero de 2008.
- STS de 18 de marzo de 2008.
- STS de 28 de mayo de 2004.
- STS de 12 de junio de 2008.
- STS de 4 de noviembre de 2008
- STS de 19 de octubre de 2009.
- STS de 10 de diciembre de 2009.
- STS de 20 de enero de 2012.
- STS de 28 de febrero de 2012.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de La Coruña, de 3 de septiembre de 1977.
- SAP de La Coruña, de 31 de marzo de 2003
- SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2003.
- SAP de Las Palmas, de 9 de diciembre de 2003
- SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004.
- SAP de Baleares, de 21 de junio de 2005.
- SAP de Córdoba, de 22 de diciembre de 2006.
- SAP de La Coruña, de 1 de marzo de 2007.
- SAP de Sevilla, de 9 de marzo de 2007.
- SAP de Madrid, de 19 de abril de 2007.
- SAP de La Coruña, de 29 de noviembre de 2007.
- SAP de Las Palmas, de 24 de mayo de 2007.
- SAP de Las Palmas, de 27 de octubre de 2007.
- SAP de La Coruña, de 12 de febrero de 2010.
- SAP de Alicante, de 26 de febrero de 2010.
- SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2010.
- SAP de Madrid, de 16 de julio de 2010.
- SAP de Madrid, de 10 de noviembre de 2010.
- SAP de León, de 12 de noviembre de 2010.
- SAP de Alicante, de 12 de noviembre de 2010.
- SAP de Islas Baleares, de 30 de mayo de 2011.
- SAP de Alicante, de 13 de octubre de 2011.
- SAP de La Coruña, de 1 de diciembre de 2012.

RESUMEN

PROCESO, DIVISIÓN JUDICIAL, HERENCIA

Este trabajo analiza, con una propuesta alternativa, la agónica «división judicial de la herencia», conformada, en la actualidad, por un trípode de procesos, voluntario el primero, destinado, en puridad, a alcanzar un acuerdo, concierto o anuencia de voluntades; especial y sumario, el segundo, una vez «transformado» al verbal, ante la discrepancia, conflicto o desacuerdo latente, tras aquel intento fallido de consenso, con sus respectivos recursos de apelación, casación e, incluso, amparo; y ordinario, al fin, el tercero, una vez agotadas sin éxito las instancias anteriores, con idéntica proyección de los recursos correspondientes.

ABSTRACT

PROCESS, JUDICIAL DIVISION, INHERITANCE

This work analyzes, with one alternative offer, agonizing «judicial division of the inheritance», shaped, at present, for a voluntary process tripod, the first, destined, in reality, to reaching an agreement, concert or compliance of wills; special and summary, the second one, once «transformed» to the verbal one, before the discrepancy, conflict or lack of agreement latent, after that unsuccessful attempt of consensus, with his respective resources of appeal, cassation and, even, I protect; and ordinary, to the end, the third party, once exhausted without success the previous instances, with identical projection of the corresponding resources.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS *EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA. SU POSIBLE APLICACIÓN A LOS SUPUESTOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDAS AFECTADAS POR LA CRISIS ECONÓMICA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TS DE 17 DE ENERO DE 2013*

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: 1. Carácter imprevisible y extraordinario de las circunstancias acaecidas. 2. Excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio contractual. 3. Riesgos que no entran en el *alea* normal del contrato.—IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DE 17 DE ENERO DE 2013: 1. Objeto del proceso. 2. Cláusula *rebus sic stantibus* e imposibilidad sobrevenida. 3. Tendencias del Derecho Comparado. 4. La aplicación de esta figura en el contexto actual de crisis económica: su configuración jurídica.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios inspiradores de nuestro sistema contractual, el formulado como *pacta sunt servanda*, viene tipificado en el artículo 1091 del Código Civil: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos». Ahora bien, en los contratos de tracto sucesivo o larga duración, una alteración sobrevenida, no prevista, de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar puede, en determinados casos, producir la ruptura del equilibrio interno del contrato, convirtiendo en excesivamente gravosa la prestación de alguna de las partes. En tales supuestos, entra en juego la denominada cláusula *rebus sic stantibus*[1], como remedio destinado a restablecer el equilibrio que inicialmente existió entre las partes contratantes y que, por la concurrencia de circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, ha quedado alterado.

La profunda y prolongada crisis económica que estamos sufriendo produce efectos importantes sobre la conducta de los operadores económicos. La limitación del acceso a fuentes de financiación junto con la disminución de ingresos son factores que pueden dificultar o impedir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos. En nuestro sistema jurídico, la cláusula *rebus sic stantibus* viene a modular la rigidez formalista del cumplimiento contractual cuando

[1] Coincide la mayoría de la doctrina en afirmar que los orígenes de la cláusula *rebus sic stantibus* aparecen en el Derecho medieval, por obra de los postglosadores. Dicha cláusula tiene también gran importancia en el Derecho internacional, así Gómez-Ferrer Sapiña en «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», en *RDN,* 1970, págs. 103 y sigs.

aparecen nuevas circunstancias sobrevenidas que pueden variar la base económica del contrato y romper el equilibrio originario de las prestaciones recíprocas.

En cualquier caso, su aplicación ha sido siempre muy restrictiva por parte de los Tribunales y se puede considerar una constante en los pronunciamientos jurisprudenciales el destacar su carácter excepcional[2]. Son muy escasos los supuestos en los que ha sido acogida esta figura dogmática y jurisprudencial por el Tribunal Supremo, entre otras, podemos citar las SSTS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de abril de 1944, 30 de junio de 1948, 21 de octubre de 1958, 23 de noviembre de 1962, 15 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1991 y 20 de febrero de 2001. Esta última señala: «…sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita *rebus sic stantibus* cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica…»[3].

También hemos de tener en cuenta que esta cláusula, considerada implícita en todo contrato de tracto sucesivo y prolongada duración, en principio no tiene como finalidad la resolución o extinción del contrato, sino su acomodación a las circunstancias sobrevenidas para restaurar el equilibrio en las prestaciones.

La problemática de la influencia en el contrato de la alteración de las circunstancias ha dado lugar incluso a una propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, presentada por la Comisión General de Codificación en 2009, sin que hasta la fecha haya tenido resultado.

El ordenamiento jurídico ofrece otros medios similares, como alegar la imposibilidad de cumplimiento *ex* artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, la sentencia del TS, de 18 de mayo de 1993, ha precisado que la imposibilidad de cumplimiento contractual «no debe entenderse como concepto absoluto sino relativo y acomodado a las circunstancias de tiempo y lugar, dentro también, de una razonable previsión, derivada de las actuaciones de la parte», explicando la sentencia de 26 de junio de 1990 que «cuando la norma del párrafo 2 del artículo 1124 del Código Civil se refiere a que el cumplimiento resultare imposible para poder optar por la resolución, no alude desde luego a una imposibilidad material, sino que puede incluir, entre otros supuestos, a la sobrevenida por el transcurso de largo tiempo sin cumplir el prestador su prestación en la forma pactada, lo que hace alejarse indefinidamente el resultado perseguido por la contraparte y sus legítimas expectativas en el cumplimiento debido del contrato».

Ante la actual situación de crisis económica, han sido muchos los pleitos por incumplimiento contractual en que se ha discutido este principio. La jurisprudencia por su parte, consciente de la relevancia y consecuencias del asunto, se ha seguido manteniendo firme en su aplicación restrictiva. Pero parece que en sus últimas resoluciones el TS está cambiando, o mejor dicho, está moderando su estricto planteamiento en los términos que vamos a analizar en este trabajo.

---

[2] Este carácter excepcional ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en general, así DÍEZ PICAZO en «La cláusula *rebus sic stantibus*. Extinción de las obligaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 671 y sigs.; en el mismo sentido, VERDERA SERVER, *CCJC,* abril-septiembre de 2001, pág. 499, o PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia Civil comentada,* T. II, Comares, 2000, pág. 2151, donde llega a calificar la doctrina jurisprudencial como «un monumento en el aire».

[3] En otros pronunciamientos se alude también a la aplicación de los artículos 1091 y 1258 del Código como exponentes del principio pacta *sunt servanda*, por ejemplo, en sentencia de 10 de diciembre de 1990.

En primer lugar, vamos a estudiar los requisitos generales para que proceda la aplicación de la claúsula *rebus sic stantibus,* para después analizar cómo afecta la crisis económica al cumplimiento de los contratos, en concreto, a los casos de imposibilidad de obtener financiación en la compraventa de vivienda y si procede aplicar o no en estos supuestos la mencionada cláusula. Para ello nos vamos a basar en los pronunciamientos jurisprudenciales sentados en las recientes sentencias del TS de 17 y 18 de enero de 2013 así como en la de 26 de abril de 2013.

II. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La falta de reflejo positivo sobre la onerosidad sobrevenida ha obligado a los Tribunales a elaborar una doctrina jurisprudencial que puede sintetizarse en las siguientes consideraciones de la sentencia del TS de 17 de mayo de 1957: «Su admisión requiere como premisas fundamentales: *a)* alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; *b)* una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; *c)* que sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles».

A los tres requisitos citados, la sentencia del TS de 6 de junio de 1959 añadió otro más: «Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio».

Las líneas argumentales de ambas sentencias se han mantenido prácticamente inalterables, formando una consolidada línea jurisprudencial reiterada e invariable, entre la que citamos la sentencia de 28 de diciembre de 2001, que se expresa en los siguientes términos: «…rigor impuesto por la Jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado por darse una "desproporción exorbitante" y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una excepcionalidad todavía más acusada en los contratos de tracto único, así como la necesidad de que quien pretende la modificación de lo acordado pruebe todos estos requisitos en forma racionalmente conveniente y decisiva».

Con estos datos, puede constatarse fácilmente que el TS viene adoptando una clara línea jurisprudencial que podemos calificar como rigurosa, en cuanto al reconocimiento de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[4]. No sólo se trata de someter la misma a una serie de presupuestos, sino también de mantener un fuerte control sobre los mismos. Son numerosos los procedimientos en los que se invoca la aplicación de dicha cláusula, bien con la finalidad de proceder a la revisión del contrato, bien incluso solicitando de los Tribunales la resolución del mismo, no obstante, el número de sentencias en las que se admite su aplicación es reducido. El argumento más utilizado por los Tribunales para rechazar su operatividad suele radicar en la no concurrencia de sus requisitos, lo que permite además una mayor subjetividad a la hora de apreciar su concurrencia

[4] Son claros exponentes de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otras, las siguientes sentencias del TS de 28 de enero de 1970, 23 de marzo de 1988, 6 de noviembre de 1992 y 26 de julio de 1993.

por parte del juzgador, fundamentalmente en cuanto a la imprevisibilidad y la presencia de circunstancias extraordinarias.

Si atendemos al criterio doctrinal, podemos observar dos tendencias en cuanto al posible número de requisitos:

Una primera corriente, que hace una enumeración extensa incluyendo: imprevisibilidad, excesiva onerosidad o desproporción exorbitante, que el riesgo no sea el motivo determinante del contrato, que exista petición de parte, no haya existido acción dolosa por parte de ninguno de los contratantes, que se trate de un contrato de tracto sucesivo o cumplimiento diferido, el deudor no haya incurrido en mora, se produzca una alteración posterior al contrato con cierta permanencia y que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio[5].

La segunda línea enumera tan sólo tres requisitos: que la parte perjudicada no sea culpable y carezca de otro medio para remediar el perjuicio, que la alteración sea extraordinaria y fuera de toda previsión y que produzca una desproporción exorbitante, un desequilibrio enorme[6].

Nos centraremos, por tanto, en aquellos presupuestos sobre los que coinciden tanto los textos legales que llevan a cabo una regulación detallada de la onerosidad sobrevenida de la prestación, como también la doctrina y la jurisprudencia y que son:

1. La imprevisibilidad y excepcionalidad de las circunstancias acontecidas.
2. La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación ocasionado por las mismas.
3. El hecho de que tales circunstancias no entren en el *alea* normal del contrato, o no se trate de un riesgo asumido por los contratantes y que pasamos a exponer.

1. Carácter imprevisible y extraordinario de las circunstancias acaecidas

Estamos hablando de circunstancias sobrevenidas, por tanto, que acaecen con posterioridad a la constitución de la obligación y antes de su cumplimiento. La conclusión que podemos extraer de ello es que todas aquellas circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato no podrán invocarse, con independencia de que cumplieran teóricamente los requisitos, como justificativas de la posible revisión o resolución del contrato[7]. Tan solo en los Principios de Unidroit, en el artículo 6.2.2 hacen referencia a la posibilidad de que acaecidos antes, sean conocidos después por la parte en desventaja.

Para poder invocar la doctrina que estamos examinando también es necesario que no se haya cumplido todavía la prestación que ha resultado ser más onerosa.

---

[5] Esa es la postura de Gómez-Ferrer, R., «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho Interno e Internacional», en *Revista de Derecho Notarial,* 1970, págs. 133 y sigs. También, casi en idénticos términos, se pronuncia Roca Sastre, R., «El problema de la alteración de las circunstancias», en *Estudios de Derecho Privado,* T. I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, págs. 247 y sigs.

[6] Esta es la postura de Albaladejo, M., *Derecho Civil,* T. II, *Derecho de Obligaciones,* 11.ª, ed. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 469.

[7] Se trata de una opinión compartida por la doctrina, por todos, Martínez de Aguirre, C., «La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo», en *R. Jurídica Navarra,* núm. 30, julio-diciembre de 2000, págs. 55.

El momento, por tanto, en el que deberán tener presencia tales circunstancias extraordinarias e imprevisibles será necesariamente entre esas dos secuencias: conclusión y cumplimiento. No procede, por tanto, la revisión en los casos de ejecución integral de la prestación que, por circunstancias sobrevenidas ha devenido más gravosa, es decir, sobre aquellas prestaciones que ya están cumplidas puesto que la doctrina no tiene efecto retroactivo y el permitir modificar las obligaciones cumplidas atentaría contra la seguridad jurídica.

Ahora bien, sí procede la aplicación de la doctrina frente a prestaciones parcialmente cumplidas, o en supuestos en los que se haya cumplido la contraprestación, pero no la obligación afectada por la onerosidad sobrevenida.

Desde un punto de vista conceptual podría mantenerse que una cosa es lo imprevisible y otra lo extraordinario. Basándonos en la definición de ALBALADEJO, la imprevisibilidad equivale a imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato[8].

En cuanto a lo extraordinario, implica lo que es extraño al curso de los acontecimientos, lo que no se repite con frecuencia o con regularidad.

Lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, ya que presupone un acercamiento a las facultades de previsión de los sujetos, mientras que lo extraordinario presenta una naturaleza objetiva, casi de carácter estadístico. No obstante, ambos presupuestos suelen exigirse de forma cumulativa, por lo que es frecuente confundirlos o tratarlos conjuntamente, como ocurre en nuestra jurisprudencia y en gran parte de la doctrina.

Como señala ALBALADEJO[9] no se trata de exigir una imprevisibilidad absoluta, sino que hay que atender a una consideración razonable de los hechos o bien a las condiciones concretas que concurren en cada caso. Es más, en su opinión, sería preferible sustituir el concepto de imprevisibilidad por el de imprevisión, lo que solucionaría muchos problemas. La revisión procedería cuando el contrato se haya celebrado como si tal cambio no fuese a darse, o como, si aún producido, no fuese a influir sobre el mismo.

2. EXCESIVA ONEROSIDAD Y RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Para que proceda la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no es suficiente con que sobrevengan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se requiere además que el efecto de los mismos en el cumplimiento de la obligación sea de tal intensidad que conviertan la prestación en excesivamente onerosa, que produzcan una significativa alteración en el contenido económico del contrato, una alteración anormal que afecte gravemente a los principios de equidad, rompiendo la proporcionalidad entre las prestaciones, de forma que no pueda esperarse el mantenimiento del contrato.

Las palabras que emplea el TS para definir tal situación suelen ser una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones, o bien que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado por darse una «desproporción exorbitante» o finalmente, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pre-

[8] ALBALADEJO, M., «Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 468.
[9] ALBALADEJO, M., *Derecho Civil,* cit., págs. 468 y 469.

tensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones.

Ahora bien, considero que no puede interpretarse la doctrina como un mecanismo de tutela del deudor, sino como una figura que surge cuando se quiebra o se rompe el equilibrio entre las partes.

El equilibrio contractual, inicialmente previsto por las partes, ha quedado roto o, como dice la sentencia de 28 de enero de 1970, deshecho… convirtiendo un contrato oneroso y conmutativo en una pesada carga económica para la compañía suministradora.

Una vez más la valoración que deben llevar a cabo los Tribunales deberá ser en términos objetivos, prescindiendo de las condiciones subjetivas del deudor. Se trata de una alteración del contenido económico del contrato, de una ruptura del mismo, pero lo que hay que determinar en este caso es cómo se constata que ha tenido lugar ese desequilibrio o lo que es lo mismo, ¿cuáles son los términos de la comparación?

En principio, hay que desechar todas aquellas comparaciones iniciales entre las prestaciones. En el momento de contratar los sujetos son libres para negociar las condiciones que les convengan, incluidas aquellas en las que exista una cierta desigualdad entre el contenido de uno y otro contratante. Además, como hemos visto, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* no está pensada con la finalidad de proteger a los contratantes[10], sino con la de tutelar el equilibrio contractual.

Parece que deberá excluirse también la comparación entre una y otra prestación en el momento del cumplimiento, e incluso también aquellas proposiciones que buscan un *tertium comparationis*, con la finalidad de contrastar cada una de las prestaciones, aunque se trata de términos de valoración que han sido defendidos por la doctrina.

El criterio prioritario deberá ser la comparación entre el equilibrio inicial y el equilibrio presentado en el momento del cumplimiento o de la ejecución del contrato, precisamente cuando se plantea la resolución o la revisión del contrato. Todo ello confirma, una vez más, que es perfectamente asumible la postura que considera que nos movemos en lo que se llama el «sinalagma funcional» del contrato. Si estamos partiendo del principio de que se puede invocar la aplicación de la cláusula *rebus,* o de la onerosidad sobrevenida, porque no subsiste el equilibrio inicial, porque se ha roto o porque ha desaparecido, estamos reconociendo que la causa es un presupuesto que se prolonga a lo largo de la vida del contrato y que en el momento en que decae es cuando se permite acudir a estas soluciones extremas para restablecer el contrato[11].

Se trata además del término elegido por nuestro Tribunal Supremo para llevar a cabo la comparación, como muestran las afirmaciones de la sentencia de 6 de noviembre de 1992, en la que se habla de alteración completamente extraordinaria

---

[10] El hecho de que existan en el ordenamiento normas dirigidas a proteger los intereses de determinadas clases de contratantes, así los consumidores, o a garantizar el equilibrio, en todos los aspectos del contrato, entre los sujetos que contratan mediante condiciones generales, es algo completamente independiente y por tanto perfectamente compatible con la cuestión de la onerosidad sobrevenida.

[11] Carrasco, *CCJC,* pág. 2588, relaciona no la onerosidad excesiva, sino la imprevisibilidad con la ruptura del mecanismo causal en los siguientes términos: «De hecho los casos donde la doctrina de la imprevisibilidad del riesgo ha jugado algún papel en el mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus* se caracterizan por ser una ruptura del curso causal ordinario y previsible: así el *casus belli* o *el factum principis*».

de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

Finalmente, también podría hablarse de excesiva onerosidad tanto en el caso de que el cumplimiento de la prestación represente un coste mucho mayor (lo que se llama por la doctrina italiana onerosidad directa) como en aquellos supuestos en los que se produzca una pérdida de valor por parte de la contraprestación todavía no cumplida (onerosidad indirecta). Expresamente se refieren a esta doble posibilidad los contratos de Unidroit, en el artículo 6.2.2, cuando en la definición de la excesiva onerosidad *(hardship)* se habla de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra.

3. Riesgos que no entran en el *alea* normal del contrato

Quedan excluidos como posibles supuestos que dan lugar a la aplicación de la cláusula, todos aquellos acontecimientos o riesgos que formen parte del *alea* normal del contrato, bien porque hayan sido expresamente asumidos por las partes, bien porque acompañen al tipo legal elegido por los contratantes del que forman parte inescindible.

Este requisito es exigido también por los Principios de Unidroit, que son muy rigurosos en el tratamiento del *hardship* y exigen entre los requisitos para poder considerar que existe un supuesto de onerosidad, que la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos[12].

Sabemos que una cosa es la exclusión del ámbito de aplicación de la doctrina que nos ocupa de los contratos aleatorios (siempre que las circunstancias sobrevenidas recaigan sobre lo que es el contenido sujeto a la suerte o azar, pero no cuando recaen sobre otros aspectos del contrato) y otra el que en contratos conmutativos pueda existir un *alea* natural que forme parte del contrato o de las previsiones de las partes. En toda relación contractual existe una cierta asunción de riesgo, un riesgo no de carácter jurídico sino en sentido económico, pues los contratantes no pueden conocer de antemano (en la mayoría de los casos), los beneficios o pérdidas que se seguirán de su actuación. En este sentido el *alea* se identificaría con el riesgo presente en el sujeto que va a cumplir.

La primera medida de distribución de riesgo estará en el tipo legal elegido, que suministrará la medida del riesgo inherente en el mismo. De esta forma el ordenamiento va trazando un sistema de atribución de las posibles contingencias que pudieran sobrevenir entre los contratantes, sistema al que quedan sujetas las partes al elegir el tipo correspondiente. Además, las partes pueden establecer sus propias medidas o cláusulas en cuanto a la asunción de determinadas contingencias, asumiendo el riesgo específico de que se produzcan.

Ahora bien, la exclusión de estas doctrinas sólo tendrá lugar cuando el riesgo previsto y asumido por los contratantes coincida exactamente con el acontecimiento acaecido, pero no en otro caso, con lo que no siempre la existencia de

---

[12] Madrid Parra, comentando los Principios considera que la libertad contractual permite que los contratantes puedan pactar la asunción de un riesgo mayor al ordinario. Si esos sucesos tienen lugar, por muy desfavorables que sean las consecuencias económicas derivadas de los mismos, no se obtendrán los beneficios de la excesiva onerosidad. Destaca además que tal cláusula de asunción de riesgo suele incluirse en los contratos basados en la especulación.

pactos determinará la exclusión de la cláusula *rebus*. Por ello es fundamental indagar el contenido del contrato para ver si las partes han asumido o no algún riesgo y si puede observarse la correspondiente identidad entre lo previsto y lo sucedido, lo que es una función que corresponde a los Tribunales.

Muchas de estas afirmaciones se encuentran avaladas por pronunciamientos jurisprudenciales. Así de la sentencia de TS, de 16 de junio de 1983, se desprende que cuando los sujetos asumen de forma expresa un determinado riesgo contractual, queda invalidada e impedida la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, bien al contrario, esa «circunstancia reafirma su plena aceptación de esa vicisitud anormal como no invalidante del incumplimiento». De forma similar en la sentencia de 15 de marzo de 1994 se considera que la dilación o el retraso, expresamente previstos en el contrato, no pueden invocarse con motivos que permitan acudir a la cláusula *rebus*.

En la misma línea, la sentencia del TS, de 24 de junio de 1993, entiende que no puede alegarse la aplicación de la cláusula cuando las partes asumen un cierto *alea* o albur, cuyos efectos se intentan paliar a través del establecimiento de una condición suspensiva, consistente en la aprobación definitiva de un proyecto por parte de un Ayuntamiento, situación urbanística que además se considera de perfecto conocimiento por ambas partes. «Todo lo cual revela que no puede hablarse de verdadero derrumbamiento del contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones, ni de sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, ni de que se carezca de medios para salvar el perjuicio…».

En definitiva, los Tribunales deben atender al caso concreto para solucionar los problemas de aplicación que presenta la cláusula, valorando cada supuesto de hecho, lo que en muchos casos dificulta la elaboración de una doctrina general.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DE 17 DE ENERO DE 2013

1. Objeto del proceso

El litigio causante de los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación, versa sobre la resolución de un contrato de compraventa de vivienda a instancia del comprador por imposibilidad de obtener financiación para pagar la parte del precio más el correspondiente IVA estipulada para el momento de otorgamiento de la escritura pública y entrega de la vivienda. En el contrato se contemplaba la posibilidad de la compradora de subrogarse al préstamo del promotor, pero también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación. Junto a la demanda se aportó un documento de la entidad 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 en base a su situación financiera actual de alto endeudamiento.

La parte demandada se opuso a la resolución contractual e instó, vía reconvención, el cumplimiento del contrato, así como la condena a la parte actora del importe del resto del precio de la compraventa, más el IVA. Al contestar a la reconvención los demandantes calificaron de caso fortuito o fuerza mayor la imposibilidad de conseguir financiación y la situación existente al tiempo de celebrar el contrato así como la sobrevenida al tiempo de ser requeridos para otorgar la escritura pública.

La sentencia de instancia consideró un hecho no controvertido por las partes la celebración del contrato de compraventa, así como que la parte actora y com-

pradora abonó a la demandada parte del precio estipulado. Sin embargo, rechazó que esta parte, ante la imposibilidad alegada de hacer frente al pago del resto del precio pendiente de abonar, pudiera instar la resolución. Y ello pese a la existencia de una estipulación que establecía que «en el supuesto de que la parte compradora no pagase a su vencimiento la cantidad correspondiente a alguno de los plazos del precio, la parte vendedora quedará en libertad de exigir la satisfacción de su derecho mediante el ejercicio de las acciones oportunas con arreglo a la legalidad vigente, pudiendo optar entre exigir el abono correspondiente o la resolución de este contrato, que se producirá de pleno derecho, con la sola declaración en este sentido de la parte vendedora, notificada a la parte compradora mediante requerimiento notarial al efecto. Si optase por la resolución, la parte vendedora restituirá a la parte compradora, de las cantidades entregadas por ella, la parte que quede después de deducir y hacer suyo el 25 por 100 de las cantidades que debiera haber satisfecho a la parte compradora en el momento de la resolución, como cláusula penal por incumplimiento.

En relación a la imposibilidad alegada de obtener financiación para pagar el resto del precio, se tuvo en cuenta que el contrato de compraventa se firmó en abril de 2008 y a finales de noviembre del mismo año ya se pretendía su resolución. Se consideraba que nada se había acreditado respecto a la situación económica de los compradores al tiempo de celebrar el contrato, es decir, una comparativa económica demostrativa de la imposibilidad de hacer frente a la prestación debida, a la firma del contrato y a la fecha de ser requeridos para otorgar escritura pública. A su vez, dada la proximidad de las fechas, pudo tenerse en cuenta por la parte compradora, a la hora de endeudarse o la de firmar el contrato, la probable imposibilidad de financiarse. Además, el certificado aportado se refería solo a uno de los compradores, respecto del otro no se acreditaba su situación económica o la imposibilidad sobrevenida para cumplir la prestación.

Con el planteamiento expuesto, se estimó que fue la parte compradora quien no cumplió su respectiva contraprestación del pago del precio de la venta pendiente de la vivienda y por ello, no podía instar la resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la parte actora, interesando la estimación de su pretensión inicial. La sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón rechazó los razonamientos expuestos por aquélla. Esta resolución delimitó la cuestión a discutir en si la falta de financiación para que los compradores pudieran subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por la vendedora, se consideraba una imposibilidad sobrevenida bastante para sustentar la resolución contractual.

La Audiencia estimó probado el hecho consistente en la denegación de la financiación que impidió a los adquirentes satisfacer la parte del precio pendiente de pago y subrogarse en el préstamo hipotecario en su día concedido a la vendedora. Se consideró también que la falta de financiación con la que los compradores contaban fue un hecho constitutivo de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no imputable a aquellos, no siendo necesario, en contra de lo que se recoge en la sentencia recurrida, que los actores debieran acreditar cuál era su situación económica al tiempo de la firma del contrato y cuál la existente al serles negada la financiación bancaria, si bien hubiera sido conveniente un mayor esfuerzo probatorio en tal sentido, como tampoco sería necesario la acreditación de sus fuentes de ingresos y la cuantía de estos. Y es que se estimó que al supuesto litigioso le eran de aplicación dos hechos notorios no necesitados de prueba: la existencia de una gravísima crisis económica, cuyas consecuencias finales son imprevisibles y

también que se ha producido un importante incremento de las exigencias de las entidades bancarias para la concesión de la financiación lo que, dicho de otro modo, ha producido una notable restricción del crédito, de suerte que quienes no hace mucho lo obtenían con sorprendente facilidad, se han visto en la imposibilidad de lograr el mismo. Por último, que en las condiciones generales del contrato se contemplara la posibilidad de que no se obtuviera financiación o se lograra en cantidad inferior a la prevista, sin que tal circunstancia permitiera aliviar la obligación de pago de los compradores, no era óbice para la apreciación de esta imposibilidad sobrevenida, ante la notoriedad de que la financiación mediante préstamos hipotecarios es el medio que ha venido permitiendo la adquisición de vivienda, además de la necesidad de interpretar con carácter restrictivo estas cláusulas frecuentemente impuestas por la parte vendedora.

Con el planteamiento expuesto, se estimó la resolución contractual y, consecuencia de ella, la restitución de la situación al momento previo al contrato en virtud de la aplicación del artículo 1303 del Código Civil.

La parte vendedora interpuso recurso de casación e infracción procesal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articuló en un único motivo. Se denunció la infracción del artículo 217 de la LEC, ya que se debió haber exigido a la parte demandante la acreditación de la situación económica en que se encontraba en el momento de suscribir el contrato de compraventa y en el momento de interesar la financiación, así como de la imposibilidad absoluta de obtener financiación mediante la solicitud a múltiples entidades bancarias. Además, el hecho de que sea notorio que las entidades bancarias han incrementado las exigencias para la concesión de un crédito hipotecario no libera al deudor de acreditar que ha intentado por todos los medios obtener la financiación para la compra de la vivienda.

Por su parte, el recurso de casación se artículo en tres motivos. En el motivo primero se alegó la infracción de los artículos 1182 a 1184 del Código Civil. El recurrente sostiene que no nos encontramos ante una imposibilidad definitiva, sino coyuntural y en todo caso imputable a los deudores por ser totalmente previsible la imposibilidad de financiarse dado el poco tiempo transcurrido entre la fecha en que se firmó el contrato de compraventa y la fecha en que manifiestan su voluntad de resolver el contrato. En el motivo segundo se denunció la vulneración de los artículos 1300 y 1301 del Código Civil, referidos a la nulidad, al haberlos aplicado la sentencia recurrida cuando lo que se declara es la resolución contractual, cuyas consecuencias no pueden ser las de la nulidad, al encontrarnos ante un contrato válido, siendo injusto dicho planteamiento para la parte que ha cumplido, cuando además, existe una cláusula en el contrato fijada para el caso de no obtener la financiación.

2. Cláusula *rebus sic stantibus* e imposibilidad sobrevenida

Si atendemos al caso concreto, los límites entre ambas figuras no son claros, se suele distinguir por la doctrina, al referirse a las obligaciones de hacer, entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida para el deudor. A este último concepto se suele asimilar el de imposibilidad sobrevenida en sentido subjetivo por contraposición al de imposibilidad en sentido objetivo. La imposibilidad subjetiva se sujetaría a un doble parámetro: con carácter general, al módulo del artículo 1104 del Código Civil y con carácter concreto, a las determinadas circunstancias personales, temporales o sociales del obligado a la prestación.

A pesar de la dificultad de distinguir entre ambas figuras, sobre todo, para los autores que defienden la existencia de la categoría llamada imposibilidad de carácter subjetivo, se puede afirmar que el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se extiende a aquellos supuestos en los que la prestación no ha devenido completamente imposible, sino más onerosa.

Por otro lado, en el campo de las obligaciones pecuniarias, no podría hablarse de imposibilidad como causa de liberación de la obligación contraída, al tratarse de una obligación genérica (*genus nunquam perit*), sí en cambio, podría aplicarse la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Este planteamiento es el que subyace en la sentencia para estimar el recurso de casación. De hecho establece que la sentencia recurrida, si bien se funda formalmente en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, aplica materialmente la doctrina de la cláusula atendiendo a la restricción del crédito provocada por la crisis económica y las consiguientes dificultades de los compradores de viviendas para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio más habitual de financiación, como es el préstamo hipotecario.

3. Tendencias en Derecho Comparado

El aspecto novedoso de esta sentencia es considerar aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* en algunos casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmueble, ya que una crisis económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, podría calificarse si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias que podría dar lugar, siempre que concurran otros requisitos, a una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes.

Esta es también la tendencia que sigue el Derecho Comparado y distintos textos internacionales. Así el Derecho alemán establece en el artículo 313 BGB:

«1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato».

Con este marco normativo, los presupuestos que en Derecho alemán se exigen para la aplicación de esta doctrina, son los siguientes:

a) Es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio.

b) Falta de previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible determinarla mediante la interpretación integradora del contrato.

c) La perturbación en el equilibrio de las prestaciones ha de ser entidad suficiente y la mayor onerosidad en el cumplimiento ha de considerarse inexigible.
d) El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes, ni tampoco puede encontrarse en mora.

En Derecho inglés se contemplan las figuras de la *frustation of contract* y de la *comercial impracticability*. En este segundo supuesto no existe imposibilidad sino que el deudor alega que el coste de entregar la cosa o prestar el servicio se ha visto incrementado de tal forma que se debe poner fin al contrato. En los casos de *frustation* es, en cambio, el receptor de la cosa o del servicio el que interesa la liberación del contrato porque la prestación de su contraparte se ha convertido en una prestación carente de utilidad. En este caso se libera a ambas partes de sus deberes legales respecto a lo que reste por cumplir en el momento de la liberación.

En el ámbito de los Principios Unidroit, su artículo 6.2.1 establece que «cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en esta normas».

En el artículo 6.2.2 se define el fenómeno denominado *hardship,* que se produce cuando un evento altera el equilibrio del contrato, bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado. Es necesario que dicho acontecimiento sea conocido por la parte perjudicada después de la conclusión del contrato, que tal acontecimiento no haya podido preverse de forma razonable por la perjudicada en el momento de la conclusión del contrato, que estén fuera de su control y, por último, que la parte no haya asumido el riesgo de tales acontecimientos. En cuanto a los efectos de este fenómeno, el artículo 6.2.3 establece que la parte perjudicada está legitimada para exigir una renegociación, que por sí sola no suspende el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de falta de acuerdo se puede acudir a los Tribunales para que se decida la controversia. Si se estima la existencia de *hardship,* el Tribunal puede poner fin al contrato en el momento y en los términos que estime oportunos o bien adaptar el contrato con el fin de restaurar el equilibrio.

En el marco de los Principios del Derecho Europeo de la Contratación (PECL), el artículo 6.1111 dice:

«1. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste del cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación.

2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene exclusivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que: *a)* El cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato; *b)* La posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato; *c)* El cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato.

3. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un periodo razonable, el Tribunal podrá: *a)* poner fin al contrato con determinadas consecuencias, y *b)* adaptar el contrato para distribuir entres las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias».

En ambos casos el Tribunal concederá indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa a negociar por una de las partes o la ruptura de las negociaciones de modo contrario a la buena fe.

Finalmente, la regla *rebus sic stantibus* está regulada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en el artículo 1213 que dice: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta 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 ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

4. La aplicación de esta figura en el contexto actual de crisis económica: su configuración jurídica

Como estamos analizando en este trabajo, la claúsula *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, la ha aplicado con un criterio restrictivo, dado el principio general contenido en el artículo 1091 del Código Civil de que los contratos deben ser cumplidos (SSTS de 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa (SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004 y 1 de marzo de 2007).

En concreto, en relación a la obligación de pago del precio por parte de los compradores de vivienda, la sentencia se refiere a tres supuestos recientes en los que se rechazan pretensiones resolutorias por dificultades en la financiación:

Así, la sentencia del TS, de 8 de octubre de 2012, contempla un supuesto en que se celebra contrato privado de compraventa de tres viviendas en las que los compradores lo que verdaderamente pretendían era «dar el pase» antes del efectivo otorgamiento de la escritura, con fines por tanto, puramente especulativos. No consiguen compradores y se les cita hasta en tres ocasiones para firmar escritura de compraventa, si bien consta que la entidad de crédito les deniega la subrogación. La vendedora les exige el cumplimiento, admitiéndose sus pretensiones en la primera y la segunda instancia. La compradora acude al TS alegando, en primer lugar, que la vendedora que les había requerido por tres veces notarialmente había optado por la resolución. Esta tesis es rechazada por el TS. El vendedor había requerido a los compradores para comparecer y otorgar escritura de compraventa, con lo que era clara su intención; el hecho de que en el primer requerimiento les advirtiese de las posibles consecuencias de su incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código Civil, no implica que optasen

por la resolución. El otro motivo digno de atención es acudir al artículo 1184 del Código Civil. Se acogen los compradores a una imposibilidad sobrevenida, al no haber podido obtener financiación. Esta argumentación es rechazada por el TS, entendiendo que para que tenga lugar la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no ser por culpa del deudor. En este caso, la compra era con fines puramente especulativos, pretendiendo obtener un beneficio muy superior al del promotor inicial, con ello asumían un riesgo que no pueden imputar ahora a los vendedores. Hay culpa del deudor al no prever ese riesgo que asumía, dados los vaivenes económicos.

Por su parte, la sentencia de 1 de octubre de 2012 también entiende que en una compraventa el no ofrecer la posibilidad de financiación prometida no constituye incumplimiento esencial del contrato. Se otorga contrato de compraventa entre dos sociedades, por la que una de ellas vende a la otra tres viviendas. En el folleto informativo proporcionado por la vendedora, así como en el contrato firmado, ésta ofrecía financiación mediante la subrogación del comprador en el préstamo promotor contando con la autorización de la entidad financiera. La vendedora no obtiene esa financiación y la compradora no acude al otorgamiento de la escritura de compraventa, alegando que por la falta de financiación cuyo ofrecimiento había sido prometido por la vendedora, solicita la nulidad de los contratos por publicidad engañosa. El Tribunal Supremo aclara que no cabe la aplicación de la norma tuitiva de protección al consumidor, dada la naturaleza mercantil societaria de la compradora. Por otro lado, señala que es cierto que la entidad vendedora ofrecía posibilitar financiación, pero que su incumplimiento no se puede considerar como esencial o determinante de la resolución, ya que en última instancia la decisión final le correspondería a la entidad acreedora y tal financiación la puede solicitar directamente el comprador, cosa que intentó pero que no obtuvo. Señala el TS que para que haya incumplimiento determinante de la resolución ha de ser de esencia de lo pactado, que se frustre la finalidad económica perseguida por las partes, requisito que no se cumple en el caso de incumplimiento de una prestación accesoria.

La sentencia del TS, de 10 de diciembre de 2012, rechaza unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa, razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario.

El aspecto más novedoso de esta sentencia de 17 de enero de 2013 es el reconocimiento, hasta ahora inédito en la jurisprudencia de la Sala Primera del TS, de la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en algunos casos de imposibilidad de obtención de financiación por parte de los compradores de inmuebles. Señala la sentencia que una 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 junto con otros factores, una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS de 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 21 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 2007). Ya hemos visto que, en la actualidad, existe una tendencia en Derecho Comparado a que esta regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales como hemos expuesto.

Seguidamente y para eliminar cualquier atisbo de inseguridad jurídica, deja claro que el hecho de que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a deter-

minados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa, no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, ya que en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas y, en definitiva se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento.

En definitiva, la sentencia deja claro que la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar una serie de factores, necesitados de prueba, que posibilitarían su aplicación en este mismo contexto, enumerando entre ellos si bien no de forma exhaustiva o tasada los siguientes:

1. El destino de la cosa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia, o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
2. La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
3. La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar el precio pendiente que esperaba poder financiar.
4. El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para obtener financiación.
5. En definitiva, se habrán de valorar las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Precisamente, junto a la inaplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida (arts. 1182 a 1184 del CC) a las obligaciones pecuniarias, la no valoración de estos factores constituye la verdadera ratio de la sentencia, estimatoria del recurso de casación interpuesto. En concreto, se alude a que no se consideró necesaria la comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, se prescindió de analizar la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores con el insuficiente argumento de que se compraba para la sociedad de gananciales, se identificó la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una única entidad de crédito fundada en un alto endeudamiento que bien podía existir al tiempo de celebrarse el contrato y, por último se advierte que no se dio relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin que por ello se les exonerara del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de asignación de riesgos seguido por la sentencia del TS de 23 de abril de 2012.

Como vemos, el criterio restrictivo que ha seguido la jurisprudencia del TS en la aplicación de dicha cláusula deja paso, a través de esta sentencia, a contemplar posibilidades de aplicación de la misma, siempre que concurran determinadas circunstancias y enumerando una serie de factores necesitados de prueba que

posibilitarían su aplicación. Por todo lo expuesto, valoro muy positivamente esta sentencia.

Por otro lado, la STS de 18 de enero de 2013, también contempla el supuesto relativo a si la imposibilidad de obtener financiación para obtener el préstamo hipotecario puede considerarse como causa de resolución del contrato por parte de los compradores, los cuales basan su defensa en una situación de crisis económica. Pero esto lo hacen, como señala el TS, «sin mayor precisión, sin análisis comparativo de la situación económica de los compradores anterior y posterior y de su capacidad económica y sin valorar si existían posibilidades de financiación acudiendo a otras entidades de crédito distintas de aquella que les denegó la subrogación»[13].

Atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en este caso, el TS desestima la acción de resolución que había sido formulada por los compradores, alegando que no podían obtener el préstamo hipotecario para su financiación, ya que la imposibilidad liberatoria ha de ser posterior a la celebración del contrato. Como consecuencia, no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar. En este caso, el contrato regulaba las consecuencias de que los compradores no obtuvieran financiación para pagar el precio y esas consecuencias, consistieron precisamente, en la previsión del cumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado en las condiciones pactadas.

Finalmente, vamos a aludir a la sentencia del TS, de 26 de abril de 2013, en la cual el TS sí estima la resolución del contrato de compraventa de vivienda, ya que en este caso concurren dos factores imputables al vendedor, como son el retraso en el plazo de entrega, que supuso la entrada en el periodo más acusado de la crisis, y la falta de subrogación de la compradora en el préstamo hipotecario que había sido pactada en el contrato. Poniendo en relación ambas circunstancias (el incumplimiento del plazo y de la subrogación), el TS considera que es claro que el comprador se ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que estima que procede acordar la resolución, aplicando la doctrina de la base del negocio[14], así como el criterio jurisprudencial sentado en casos muy semejantes y recientes, como el reflejado en las SSTS de 16 de enero de 2013 y 12 de abril de 2013.

---

[13] En este sentido, la STS de 20 de mayo de 1997, precisó que «la imposibilidad de cumplimiento de la prestación que admite restrictivamente la jurisprudencia no puede venir referida a unas circunstancias como las de autos en las que influyó decisivamente el comportamiento del deudor, puesto que es meridiano, que existían más entidades de crédito para la concesión del préstamo hipotecario y que … la posible dificultad que hubiese habido en la obtención de dicho préstamo para financiar la construcción de la vivienda era cuestión razonablemente previsible a la celebración del contrato, sin perjuicio de que la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida».

[14] Base del negocio, a la que ya aludieron, especialmente, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus* las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 14 de junio de 1943, 30 de junio de 1948, 23 de noviembre de 1962. La base del negocio ha sido considerada como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o la que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato, y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho Contractual Europeo,* ed. Bosch, Barcelona, 2009.

BUSTO LAGO, J. M. (coord.): *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor,* ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea,* ed. Colex, Madrid, 2011.

CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código Civil comentado,* vol. III, Libro IV, ed. Aranzadi, 2011.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula* rebus sic stantibus*,* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft,* ed. Dykinson, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: «Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: *la cláusula rebus sic stantibus*», en *Colección Jurisprudencia Práctica,* ed. Tecnos, 1990.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «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, 7 de mayo de 2013.

VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (coords.): *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia,* ed. Atelier, Barcelona, 2012.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de diciembre de 1940.
- STS de 17 de mayo de 1941.
- STS de 13 de abril de 1944.
- STS de 30 de junio de 1948.
- STS de 17 de mayo de 1957.
- STS de 6 de junio de 1959.
- STS de 21 de octubre de 1958.
- STS de 23 de noviembre de 1962.
- STS de 28 de enero de 1970.
- STS de 16 de junio de 1983.
- STS de 27 de junio de 1984.
- STS de 17 de mayo de 1986.
- STS de 23 de marzo de 1988.
- STS de 21 de febrero de 1990.
- STS de 26 de junio de 1990.
- STS de 15 de noviembre de 1990.
- STS de 10 de diciembre de 1990.
- STS de 15 de abril de 1991.
- STS de 23 de diciembre de 1991.
- STS de 6 de noviembre de 1992.
- STS de 18 de mayo de 1993.

- STS de 24 de junio de 1993.
- STS de 26 de julio de 1993.
- STS de 10 de febrero de 1997.
- STS de 15 de noviembre de 2000.
- STS de 20 de febrero de 2001.
- STS de 28 de diciembre de 2001.
- STS de 22 de abril de 2004.
- STS de 1 de marzo de 2007.
- STS de 23 de abril de 2012.
- STS de 1 de octubre de 2012.
- STS de 8 de octubre de 2012.
- STS de 8 de noviembre de 2012.
- STS de 14 de noviembre de 2012.
- STS de 10 de diciembre de 2012.
- STS de 16 de enero de 2013.
- STS de 17 de enero de 2013.
- STS de 18 de enero de 2013.
- STS de 12 de abril de 2013.
- STS de 26 de abril de 2013.

RESUMEN

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS
CONTRATACIÓN INMOBILIARIA
IMPOSIBILIDAD DE FINANCIACIÓN

La cláusula rebus sic stantibus *trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, siempre que la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o acabe frustrando el propio fin del contrato.*

Analizamos el criterio jurisprudencial existente en esta materia que siempre ha sido muy restrictivo en la aplicación de dicha cláusula y estudiamos la interesante sentencia del TS de 17 de enero de 2013, cuyo aspecto más novedoso radica en admitir su aplicación en determinados supuestos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles como consecuencia de la crisis económica y siempre que concurran determinadas circunstancias que den lugar a una alteración extraordinaria de las circunstan-

ABSTRACT

CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS
REAL ESTATE CONTRACTS
IMPOSSIBILITY OF FINANCING

Clausula rebus sic stantibus *attempts to solve problems stemming from a supervening change in the circumstances that applied when a contract was concluded, causing a change so drastic that it either increases the burden in an extraordinary fashion or frustrates the contract's very purpose.*

We take a close look, showing that case law's position on the application of clausula rebus sic stantibus has always been very restrictive. We also study the interesting Supreme Court ruling of 17 January 2013, whose most novel aspect is that it accepts the application of clausula rebus sic stantibus in certain cases where the economic crisis has made it impossible for real estate buyers to obtain financing, provided that certain circumstances are present that give rise to an extraordinary change in the circumstances, making for a severe upset of the proportionality of the parties' obligations.

cias determinante de una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes.

La sentencia deja claro, alejando así cualquier atisbo de inseguridad jurídica, que la posible aplicación de la cláusula a compraventas de viviendas afectadas por la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba que enumera, si bien de forma no exhaustiva o tasada y que posibilitarían su aplicación en este contexto.

El criterio restrictivo que ha seguido el TS en la aplicación de esta cláusula deja paso, a través de esta sentencia, así como la de 26 de abril de 2003, a un criterio más aperturista, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, que considero muy acertado.

The ruling obliterates any hint of legal uncertainty by making it clear that any court considering the application of clausula rebus sic stantibus to purchases of homes affected by the crisis and ensuing financing difficulties would have to weigh a set of factors requiring proof (listed in the ruling, although not exhaustively or appraisingly), which would make it possible to apply clausula rebus sic stantibus in this context.

The restrictive criterion that the Supreme Court once hewed to regarding the application of clausula rebus sic stantibus gave way in this ruling and in the ruling of 26 April 2003 to a stance that looks more favourably on an open interpretation, taking account of the circumstances of each particular case, which the author considers wise.

1.6. Responsabilidad Civil

LOS MOTORES DE BÚSQUEDA: EL CARONTE DE INTERNET Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE A VULNERACIONES DEL DERECHO DE AUTOR (UNA REFLEXIÓN SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA DE INTERNET)

por

CLARA RUIPÉREZ DE AZCÁRATE
Doctora en Derecho, LL.M por la HU de Berlín y Abogada.
Profesora del Curso de Derecho de Autor y Propiedad Intelectual de la UNED

SUMARIO: I. REFLEXIONES PREVIAS.—II. LOS MOTORES DE BÚSQUEDA.—III. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD: 1. Introducción. 2. Desarrollo jurisprudencial. 3. Función básica de los motores de búsqueda. 4. Reproducción de obras protegidas: A) *Introducción.* B) *Reproducción de imágenes: El caso de los* thumbnails. C) *Reproducción de textos. El caso de los* snippets.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. REFLEXIONES PREVIAS

La realidad actual no podría entenderse sin la red de redes. Internet ha cambiado radicalmente nuestras rutinas y nuestra forma de interrelacionarnos en sociedad. Cada vez se integra de forma más acentuada en nuestro día a día y pocas son las actividades que no reciben su influencia.

Internet es como un gran río lleno de información y de recursos que requiere de la ayuda de un habilidoso guía capaz de dirigirnos hasta nuestro destino, de encontrar la orilla que queremos alcanzar. En esta era digital donde la red está repleta de datos, informaciones y recursos a nuestro alcance, los motores de búsqueda se erigen como los *Carontes* de la nueva era.

De nada sirve toda la información que navega por la red si no somos capaces de identificarla y acceder hasta ella. Aquí es donde juegan un papel imprescindible los motores de búsqueda (v.gr., Google[1], Bing[2], Yahoo[3], etc.), encargados de ayudarnos a identificar la información a cuyo puerto queremos llegar.

El tráfico de información y datos en Internet persigue principalmente un principio de prioridad, a través del cual, con independencia de su contenido, su autoría, su finalidad o su origen, los datos son identificados por estos motores de búsqueda, de forma tal, que el usuario que utiliza sus servicios, a través de la aportación de unas palabras clave, es capaz de acceder y disfrutar de ellos[4].

---

[1] www.google.com
[2] www.bing.com
[3] www.yahoo.com
[4] Wimmer, N., «Netzneutralität – Eine Bestandsaufnahme», en *ZUM,* 2013, pág. 641.

Entre ese torrente de informaciones se encuentran, como no podía ser de otro modo, numerosas obras protegidas por el derecho de autor. A este respecto, es importante recordar que el principio más básico de la propiedad intelectual reza la exclusión de su amparo el mundo ideas y, por tanto, de las «informaciones» que navegan en la red y que, como tales informaciones, no entran dentro de su ámbito de protección. El problema es que pese a que dichas informaciones, en sí no son objeto de protección, sí puede llegar a estarlo —y de hecho así ocurre en la mayoría de los supuestos— la forma en que han sido expresadas[5].

En el ámbito de la comunicación en red, nos encontramos, por tanto, con la convivencia ineludible de obras protegidas por el derecho de autor con creaciones que no disfrutan de dicha tutela y que son almacenadas, compartidas y difundidas, siendo categorizadas y ordenadas en función de la información contenida en ellas[6].

Uno de los principales problemas ante el que nos enfrentamos en Internet en relación con los derechos de propiedad intelectual y, en general, con los derechos sobre bienes inmateriales y derechos de la personalidad, es la facilidad con la que todos ellos son objeto de permanentes vulneraciones. Vulneraciones cuya persecución no resulta fácil no solo por la dificultad de la determinación de la ley aplicable, teniendo en cuenta el espectro internacional de las acciones en red, sino también por la multitud de agentes e intermediarios que intervienen en ella y cuya identificación no resulta en absoluto pacífica.

Es importante tener en cuenta que en el tráfico tradicional o físico de creaciones, el papel de los intermediarios nunca había gozado de la relevancia adquirida gracias al entorno digital. Así, la intervención decisiva de agentes como los motores de búsqueda, tiene como consecuencia una difícil adaptación de los esquemas tradicionales a estas nuevas formas de explotación y utilización de las obras[7], a lo que se une, a mayor abundamiento, la habitual colisión que los intentos de control de estos intermediarios puede tener con derechos básicos (y en principio, prioritarios) como la libertad de expresión y la libertad de información[8].

En el presente artículo se pretende hacer una reflexión sobre los problemas que plantea la identificación de responsables cuando se producen vulneraciones de derechos de propiedad intelectual en la red y, más concretamente, en la actividad de los motores de búsqueda, sin cuya intermediación difícilmente podría hoy en día entenderse el funcionamiento de la red.

---

[5] La Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto 1/1996, de 12 de abril (en adelante, «LPI») señala expresamente en su artículo 10 que «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte».

[6] Dreier T., y Leistner, M., «Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen», en *GRUR,* 2013, pág. 882.

[7] Dreier T., Leistner, M., *Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen,* cit., pág. 894.

[8] Cotino Hueso, L., «Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en internet», en *XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* pág. 2 (http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/Ponencia-LorenzoCotinoHueso.pdf consulta efectuada en septiembre de 2013).

II. LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

Como ya hemos adelantado en el apartado anterior, Internet se configura como un torrente de información que necesita ser canalizado a través de intermediarios capaces de permitir a sus usuarios la identificación de contenidos o informaciones cuya consulta se pretende.

Esos intermediarios ofrecen las herramientas capaces de identificar lo deseado a través de la simple indicación de determinadas directrices en forma de palabras o frases clave son los denominados «motores de búsqueda» («buscadores» en un castellano más coloquial).

Un motor de búsqueda consiste en un sistema informático que permite al usuario rastrear datos almacenados en diferentes servidores web, aplicando el principio de prioridad anteriormente mencionado.

De esta forma, los motores de búsqueda operan de forma automática, realizando dichas investigaciones a través de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas, ofreciendo al usuario, como resultado, un listado de enlaces a direcciones web en los que se mencionan temas relacionados con las expresiones clave previamente indicadas[9].

En relación con la definición de los motores de búsqueda, podemos acudir a la aportada recientemente en el marco de la Unión Europea por el Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C-131/12 como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[10]. Así, señala el Abogado General en sus conclusiones:

32. Al analizar la posición legal de un motor de búsqueda en Internet en relación con las normas de protección de datos, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos.

33. En primer lugar, en su forma básica, un motor de búsqueda en Internet, en principio, no crea nuevo contenido autónomo. En su forma más simple, únicamente indica dónde pueden encontrarse contenidos ya existentes, puestos a disposición en Internet por terceros, proporcionando un hipervínculo a la página web que contiene los términos buscados.

34. En segundo lugar, los resultados que ofrece un motor de búsqueda en Internet no se basan en una búsqueda instantánea de todo el World Wide Web, sino que se compilan a partir del contenido que el motor de búsqueda en Internet ha tratado previamente. Ello significa que el motor de búsqueda en Internet ha recopilado contenidos a partir de páginas web existentes y que ha copiado, analizado e indexado dicho contenido en sus propios dispositivos. Este contenido recuperado contiene datos personales si estos figuran en alguna de las páginas web fuente.

35. En tercer lugar, para que los resultados sean más fáciles de usar, los motores de búsqueda normalmente muestran contenidos adicionales además del enlace

---

[9] Además de los motores de búsqueda en sentido estricto, existen también los denominados «meta motores de búsqueda» que indagan, a su vez, en otros motores con el objetivo de aportar datos aún más relevantes o precisos. BRÜNTJEN, T.; RUTTEKOLK, I., y TESCHEMACHER, A., «Zur Vertraulichkeit von Internetrecherchen», en *GRUR,* 2013, pág. 898.

[10] Conclusiones del Abogado General señor Niilo Jääskinen, presentadas el 25 de junio de 2013 en el Asunto C131/12, Google Spain, S. L./Google Inc., contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González.

a las páginas web originales. Pueden ser extractos de texto, contenido audiovisual o incluso instantáneas de las páginas web fuente. Esta vista previa de la información puede, al menos en parte, recuperarse a partir de los dispositivos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, y no instantáneamente desde la página web original. Ello quiere decir que el proveedor del servicio está realmente en posesión de la información expuesta de este modo.

En la actualidad, el ejemplo paradigmático de buscadores generales de Internet lo encontramos en Google[11], que, tal y como tendremos ocasión de analizar, se ha convertido en los últimos años en protagonista de multitud de sentencias relacionadas con la responsabilidad en el entorno de Internet, estando permanentemente en el ojo de mira de Administraciones y órganos regulatorios en nuestro país y en otros Estados de nuestro entorno, por tratarse de un gigante de la red capaz de recopilar y difundir multitud de información y archivos a nivel internacional en décimas de segundo.

III. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Introducción

Internet se ha convertido en una gran plataforma a través de la cual millones de personas integran, acceden, generan y comparten todo tipo de información y creaciones, a través de la participación de intermediarios como los motores de búsqueda que posibilitan estas actividades en la red.

El problema es que Internet no solo es una gran fuente de información y creación sino que, además, se ha convertido en un inmenso nicho de vulneraciones de derechos sobre bienes intangibles como los derechos de autor. Ante esta situación, las personas afectadas por las mencionadas conculcaciones, tratan de buscar responsables que amortigüen de alguna forma su perjuicio. Siendo prácticamente imposible identificar a cada particular, ya sea persona física o jurídica, que comete ciertos quebrantamientos legales, existe el peligro de arremeter, consecuencia de la desesperación, de forma indiscriminada contra los servicios de intermediación, toda vez que no solo son de fácil identificación sino que, a mayor abundamiento, suelen ofrecer una solvencia muy superior.

Consciente de esta problemática y siempre teniendo en consideración el necesario equilibrio entre los diferentes agentes que operan en el entorno *online*, el legislador europeo decidió armonizar ciertos aspectos de la responsabilidad de los intermediarios que actúan en la red. En este sentido, en el año 2000 se aprobó la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de

[11] La expansión de Google ha sido tan sorprendente que hasta el término *to google* se ha pretendido utilizar como sinónimo de «buscar en un motor de búsqueda cualquiera». De hecho, con el objetivo de evitar la vulgarización de su marca, Google tuvo que instar la modificación del diccionario alemán de Duden. En efecto, en dicho diccionario en el año 2004 aparecía la primera definición del verbo *googeln* como «buscar en internet, especialmente en Google», y tras un comunicado de la propia compañía, en 2006 se modificó la definición por «buscar en Internet a través de Google». De esta forma, Google evitaba la utilización genérica de su marca como verbo definitorio de cualquier búsqueda realizada en Internet, pasando a hacer sólo referencia a la utilización del buscador específico de Google (Fuente: Redaktion beck-aktuell. Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews. Becklink 189820).

junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), cuyos artículos 14 y 15 han sido de especial relevancia en el desarrollo jurisprudencial posterior en los diferentes Estados miembros[12].

Los mencionados preceptos establecen la expresa prohibición a los Estados miembros de imponer una obligación general de supervisión por parte de servicios de intermediación, así como la prohibición de obligar a estos a realizar «búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas», pudiendo establecer, eso sí, ciertas obligaciones de notificación en caso de tener conocimiento de alguna de estas actividades[13].

Por su parte, el artículo 14 de la mencionada Directiva sobre el comercio electrónico, armoniza el esquema básico de responsabilidad al que deben aco-

---

[12] Sentencia del Juzgado Mercantil 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010.

[13] Artículo 15 de la Directiva sobre el comercio electrónico, que señala expresamente lo siguiente. *Artículo 15. Inexistencia de obligación general de supervisión. 1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.*

Sobre este particular, resulta interesante traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 noviembre de 2011, Asunto C-70/2010 Scarlet Extended Vs. SABAM, que establece literalmente lo siguiente: «(43) Ciertamente, la protección del derecho de propiedad intelectual está consagrada en el artículo 17, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). Ahora bien, ni de dicho precepto ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende en modo alguno que ese derecho sea intangible o que su protección deba garantizarse en términos absolutos. (…) (49) Dadas las circunstancias, procede considerar que el requerimiento judicial por el que se ordena establecer el sistema de filtrado litigioso no respeta el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y, por otro, la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los PAI».

Asimismo, es importante dejar apuntado lo que a este respecto se establece en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2012, Asunto C-360/10 SABAM vs. Netlog NV: (33) Por consiguiente, las citadas normas deben respetar, en particular, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un prestador de servicios de alojamiento de datos a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red (véase, por analogía, la sentencia Scarlet Extended, antes citada, apartado 35). (34) A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicha prohibición se extiende, concretamente, a las medidas nacionales que obliguen a un prestador de servicios intermediarios, como un prestador de servicios de alojamiento de datos, a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas (véase la sentencia Scarlet Extended, antes citada, apartado 36).

gerse los Estados miembros en la regulación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por su relevancia práctica, pasamos a reproducir el citado precepto, que se expresa en los siguientes términos:

Artículo 14. Alojamiento de datos:

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.
3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.

De esta forma, el mencionado artículo establece la necesidad de que exista un «conocimiento efectivo» para poder imputar cierta responsabilidad, sin especificar qué debe entenderse por tal. Concepto que, como veremos, ha sido desarrollado por la jurisprudencia tanto europea como nacional de los distintos países miembros.

Sobre este particular y haciendo referencia a la regulación de los motores de búsqueda en Internet, el Abogado General Niilo Jääskinen, hace ciertas observaciones en sus Conclusiones sobre el asunto C-131/12, originadas como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[14].

El Abogado General reconoce en sus Conclusiones que «el rol de los proveedores de servicios de Internet se ha considerado crucial para la sociedad de la información y se ha limitado su responsabilidad respecto de los contenidos de terceros que transfieren y/o almacenan a fin de facilitar sus actividades legítimas». Advierte que los motores de búsqueda en Internet no aparecen dentro de los servicios expresamente regulados en la normativa europea, si bien equivalen «a un servicio de la sociedad de la información consistente en la provisión de herramientas que permiten buscar, acceder y obtener datos». Una vez hechas estas afirmaciones, expone ciertas dudas sobre su susceptibilidad para ser englobados directamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva sobre el comercio

[14] Conclusiones del Abogado General señor Niilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013, en el Asunto C131/12, Google Spain, S. L./Google Inc., contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González.

electrónico[15]. Con todo, añade que, en cualquier caso, parece necesario tener en cuenta dicha Directiva sobre el comercio electrónico para la delimitación de su responsabilidad.

De vuelta a nuestro país, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI), es la encargada de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva sobre el comercio electrónico. En particular, es en los artículos 13 a 17 donde prevé el régimen de responsabilidad de los diferentes agentes de Internet.

Aunque la doctrina más autorizada considera está regulación poco clara y fuente de cierta inseguridad jurídica[16], en relación con los motores de búsqueda y siguiendo el ejemplo de la *Digital Millenium Copyright Act* norteamericana, de 28 de octubre de 1998[17], el legislador español regula expresamente, a diferencia de la Directiva sobre el comercio electrónico[18], el régimen de responsabilidad para los prestadores que ofrezcan servicios de motores de búsqueda.

A este respecto, el artículo 17 de la LSSI se expresa en los siguientes términos:

Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda:

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

---

[15] Señala expresamente el Abogado General: «No obstante, los proveedores de servicios de motores de búsqueda en Internet, como Google, que no prestan su servicio como contrapartida de una remuneración por parte de los usuarios de Internet, parecen, por su condición, estar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, sobre el comercio electrónico».

[16] TEJEDOR MUÑOZ, L., «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la sociedad de la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 727, pág. 2907.

[17] XALABARDER, R., «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», en *IDP,* 2, 2006, pág. 7.

[18] No olvidemos que el hecho de que la Directiva sobre comercio electrónico guarde silencio sobre la regulación de determinados agentes, como es el caso de los motores de búsqueda, no es obstáculo para que esta sea incorporada en la normativa nacional de los diferentes Estados miembros.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

De esta forma, el régimen de responsabilidad de los motores de búsqueda es análogo al de los prestadores de servicios que ofrecen enlaces («enlazadores»), no existiendo responsabilidad si no hay capacidad de decisión y regulando expresamente la LSSI la necesidad de existencia de un «conocimiento efectivo» para poder identificar aquella.

El mencionado precepto se refiere, en principio, al «conocimiento efectivo» como la declaración de ilicitud por parte de un órgano competente, debiendo el prestador ser conocedor de la correspondiente resolución, todo ello, eso sí, «sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

Concepto del «conocimiento efectivo» que, tal y como analizaremos a continuación, ha sido desarrollado por nuestros tribunales, siguiendo una clara y uniforme línea interpretativa.

2. Desarrollo jurisprudencial

Teniendo en cuenta el análisis de la regulación realizado en el punto inmediatamente precedente, resulta evidente la importancia clave que, en relación con la responsabilidad, adquiere el concepto del «conocimiento efectivo».

A continuación se propone una revisión y reflexión sobre la jurisprudencia más importante que en relación con este concepto se ha dictado en nuestro país por el Tribunal Supremo en los últimos años.

(i) En primer lugar, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2009 (Caso Asociación de Internautas)[19], que, en relación con el artículo 16 de la LSSI, ofrece ya un concepto amplio de «conocimiento efectivo», no limitado al conocimiento de una resolución judicial o administrativa.

A este respecto, señala expresamente el tribunal que «no es conforme a la Directiva —cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios— una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

[19] STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009.

(ii) Unos meses después, el Tribunal Supremo tuvo de nuevo la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de conocimiento efectivo y la sentencia de 18 de mayo de 2010 (Caso quejasonline)[20] pone de manifiesto la importancia que el conocimiento efectivo adquiere para determinar una posible exención de responsabilidad en el entorno *online*, recordando también la prohibición que la Directiva sobre el comercio electrónico impone a los Estados miembros para regular obligaciones generales de supervisión.

En esta ocasión, el más alto tribunal hace expresa referencia a la sentencia de 9 de diciembre de 2009, anteriormente comentada[21], remitiéndose a su criterio para la interpretación del conocimiento efectivo. Es decir, una vez más nos encontramos ante la exigencia de una interpretación amplia de dicho concepto.

(iii) En tercer lugar, consideramos relevante traer a colación otra sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2011 (Caso alasbarricadas.org)[22], que vuelve a remitirse a la interpretación amplia de conocimiento efectivo ofrecida por la sentencia de 9 de diciembre de 2009[23].

En esta ocasión, el Tribunal Supremo niega expresamente que el conocimiento efectivo pueda limitarse al conocimiento de una resolución judicial o decisión de otro órgano competente y lo hace en los siguientes términos: «Por su parte y en primer término, niega el recurrente que supiera de la ilicitud de las opiniones y comentarios vertidos por los usuarios hasta que no recibió la demanda origen del presente procedimiento y para ello se sirve del significado que a las palabras «conocimiento efectivo» atribuye el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002 —«se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo *a)* cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución»—. Añade que, en el caso, ningún órgano competente había declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los actores y, menos, ordenado la retirada de contenidos.

Esta interpretación que ofrece el recurrente del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002, no es conforme a la Directiva, como ya lo analizó esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 *(RC* núm. 914/2006) ya que reduce, injustificadamente, las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía, correlativamente, el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva —al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»—, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate».

---

[20] STS 316/2010, de 18 de mayo de 2010.
[21] STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009.
[22] STS 72/2011, de 10 de febrero de 2011.
[23] STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009.

Nos encontramos, por tanto, ante el reconocimiento, de nuevo, de una interpretación extensiva del concepto de conocimiento efectivo, no limitada al conocimiento de una resolución judicial o administrativa sobre la ilicitud de la actividad o del contenido.

(iv) Por último, y en la misma línea que las anteriores resoluciones, ofreciendo una interpretación amplia del concepto de «conocimiento efectivo», traemos a colación otra sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2012 (Caso merodeando.com)[24], que reitera la línea argumental de sus predecesoras en los siguientes términos: «Esta Sala, en sentencias de 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011, se ha pronunciado sobre la interpretación de ese artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos».

Y, en relación con los medios de conocimiento efectivo a los que hace expresa mención la Directiva, señala el Tribunal que «no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. En consecuencia de conformidad con la doctrina expuesta, en cumplimiento de la carga prevista en la letra *b)* del artículo 16 y 17 de la Ley 34/2002, el recurrente puede ser responsable por el contenido de las otras páginas webs de las que facilitó el enlace, pues en su propia página se indica cómo acceder a otras en las que se proporciona una información explícita sobre la actividad comercial desempeñada por la SGAE y la condición de «ladrones» atribuida. Responsabilidad que será analizada, en su caso, desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho al honor, pues la palabra «ladrones» puede ser utilizada en el lenguaje coloquial para referirse a la exacción de prestaciones, que, aunque legales, se consideran ilegítimas por lo que tal expresión no puede ser necesariamente considerada como expresiva de una conducta delictiva. De igual forma como titular de la página web, tenía capacidad de disposición sobre los contenidos incorporados a dicha página por diferentes usuarios de Internet».

De esta forma, nuestro Tribunal Supremo ha sentado las bases en relación con la interpretación amplia del conocimiento efectivo necesario para poder responsabilizar a los motores de búsqueda de las vulneraciones que tienen lugar en el entorno *online* y de las que son «testigos» a través de sus servicios de intermediación entre los usuarios y los proveedores de contenidos.

3. Función básica de los motores de búsqueda

Al analizar el concepto de «motor de búsqueda» en páginas precedentes[25], hemos tenido la oportunidad de traer a colación las Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen en el asunto C-131/12 que, como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española ante

[24] STS 742/2012, de 4 de diciembre de 2012.

[25] Vid., Punto II del presente artículo.

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exponía las características básicas de los motores de búsqueda en Internet[26].

En efecto, el Abogado General señala que la función básica de un motor de búsqueda consiste, únicamente, en indicar en qué lugar es posible encontrar contenidos ya existentes, proporcionando al usuario un enlace que le permite acceder a la página web que almacena dichos contenidos[27].

De esta forma, en su función más elemental, el motor de búsqueda no genera contenidos, limitándose a ofrecer una relación de hipervínculos a páginas webs de otros usuarios y, por tanto, su responsabilidad solo podrá ser tomada en consideración cuando tenga conocimiento efectivo de que la información a la que remite es ilícita o si, teniendo dicho conocimiento, no actúa con diligencia para inutilizar dicho enlace[28].

Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad de un motor de búsqueda, cuando se limita a ejercitar su función básica de identificación y oferta de hipervínculos, solo podría ser planteable en el supuesto de que dicho buscador tenga conocimiento efectivo de que el contenido al que enlaza es ilícito o vulnera bienes o derechos de un tercero susceptibles de ser indemnizados[29].

A este respecto es importante recordar que, tal y como pone expresamente de manifiesto la Directiva sobre el comercio electrónico, no es posible establecer una obligación general de control a este tipo de servicios ya que ello supondría, de hecho, una injustificada alteración y un importante obstáculo al funcionamiento de la red[30].

No obstante lo anterior, tal y como ha puesto de manifiesto expresamente la jurisprudencia de países de nuestro entorno, tal obligación de control podría ser susceptible de ser planteada en supuestos concretos en los que es posible identificar determinadas fuentes que, de forma reiterada, ofertan contenidos vulneradores de derechos[31].

---

[26] Conclusiones del Abogado General, señor Niilo Jääskinen, presentadas el 25 de junio de 2013, en el Asunto C131/12, Google Spain, S. L./Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González.

[27] Señala el Abogado General en apartado (33) de sus Conclusiones: «En primer lugar, en su forma básica, un motor de búsqueda en Internet, en principio, no crea nuevo contenido autónomo. En su forma más simple, únicamente indica dónde pueden encontrarse contenidos ya existentes, puestos a disposición en Internet por terceros, proporcionando un hipervínculo a la página web que contiene los términos buscados».

[28] No olvidemos que, a diferencia de lo que ocurre en la normativa europea, nuestra LSSI contiene un artículo 17, que sí regula expresamente la responsabilidad de los prestadores de servicios que «faciliten instrumentos de búsqueda», estableciendo expresamente la exención de responsabilidad por la falta de conocimiento efectivo. En otras legislaciones de nuestro entorno, a falta de una regulación expresa, el régimen de responsabilidad que se les aplica a los motores de búsqueda es, por analogía, el de los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos [Reber, «Haftung für Rechtsverletzungen im Internet (Providerhaftung)», en *Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht,* Beck, marzo de 2013, Rn.78.

[29] Reber, *op.* y *loc. cit*.

[30] Artículo 15 de la Directiva sobre Comercio Electrónico.

[31] OLG Hamburg GRUR 2012, 62, 63 y sigs.

4. Reproducción de obras protegidas

A) *Introducción*

Ya hemos visto que la función básica de los motores de búsqueda es ofrecer una serie de hipervínculos que dirigen al usuario a páginas web que almacenan contenido relacionado con los términos clave aportados por él mismo en el servidor. Como es lógico, con el avance de la técnica, los motores de búsqueda han ido sofisticando su actividad, incorporando determinadas funcionalidades que mejoran sus servicios[32].

A pesar de que, en principio, los buscadores se limitan a llevar a cabo la mencionada relación de hipervínculos, la incorporación de estas nuevas funcionalidades ha supuesto que, en muchas ocasiones, se lleven a cabo ciertas reproducciones de contenidos protegidos por el derecho de autor con el objetivo de facilitar la identificación, por parte del usuario, del contenido deseado desde la propia página del buscador sin necesidad de acceder al enlace propuesto.

A este respecto, volvemos a la ilustrativa definición aportada por el Abogado General Niilo Jääskinen en sus Conclusiones sobre el asunto C-131/12[33], que en referencia a esta cuestión, advierte que «para que los resultados sean más fáciles de usar, los motores de búsqueda normalmente muestran contenidos adicionales además del enlace a las páginas web originales. Pueden ser extractos de texto, contenido audiovisual o incluso instantáneas de las páginas web fuente», a lo que añade conscientemente que «esta vista previa de la información puede, al menos en parte, recuperarse a partir de los dispositivos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, y no instantáneamente desde la página web original. Ello quiere decir que el proveedor del servicio está realmente en posesión de la información expuesta de este modo».

Es precisamente esta reproducción de obras protegidas por el derecho de autor o extractos de las mismas por parte de los buscadores, las que han puesto el dedo en la llaga de autores y titulares de derechos, que viendo vulnerados sus derechos provocan que la cuestión de una posible responsabilidad por parte de estos motores de búsqueda sea objeto de debate por parte de la doctrina y jurisprudencia internacionales.

B) *Reproducción de imágenes: El caso de los* thumbnails

Uno de los supuestos más problemáticos que se han suscitado en relación con la reproducción, por parte de los motores de búsqueda, de obras protegidas

---

[32] El clásico problema de la memoria caché de Google llegó a nuestros tribunales de forma muy temprana con el llamado caso Megakini, llegando hasta las más altas instancias con la histórica y muy comentada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmada por el Tribunal Supremo, en sentencia STS 172/2012, de 3 de abril de 2012. A este respecto, resulta interesante revisar la opinión de la doctrina alemana que profundiza en el análisis del caso y de las conclusiones aportadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la citada sentencia: TT. S., «Spanien: Google Cache nicht urheberrechtswidrig», en *MMR*, 2008, pág. XII.

[33] Conclusiones del Abogado General señor Niilo Jääskinen, presentadas el 25 de junio de 2013, en el Asunto C131/12, Google Spain, S. L./Google Inc., contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)/Mario Costeja González.

por el derecho de autor, lo encontramos en la aparición de reproducciones a pequeña escala de imágenes dentro de los resultados de la búsqueda.

Existen en la actualidad buscadores (v.gr., Google) que ofrecen la posibilidad de hacer búsquedas por palabras, pero limitando la obtención de resultados a «Imágenes» y ofreciendo, de hecho, una pestaña particular para llevar a cabo esta actividad[34].

A simple vista podríamos presuponer que dicha reproducción es susceptible de consistir en una vulneración de los derechos de propiedad intelectual, puesto que el motor de búsqueda no se está limitando a ofrecer listados de hipervínculos sino que está llevando a cabo reproducciones de imágenes que son objeto de propiedad intelectual.

En principio, parece muy discutible que por el hecho de que las imágenes aparezcan en un formato más reducido (los llamados *Thumbnails),* podamos estar hablando de una vulneración del derecho de transformación[35].

No obstante lo anterior, podría plantearse la posibilidad de encontrarnos ante una vulneración del derecho de puesta a disposición. Partiendo de esta hipótesis, el Tribunal Federal alemán ha tenido la ocasión de analizar la cuestión en dos relevantes sentencias[36] que bien podrían servir de referente en futuros desarrollos jurisprudenciales en los casos susceptibles de plantearse en nuestros Tribunales.

Sobre este particular, el más alto tribunal alemán sentencia que no existe vulneración de los derechos de autor por parte del gigante Google cuando, a través de su buscador, se realizan búsquedas de imágenes y apoya su razonamiento en el propio funcionamiento práctico de la red.

Teniendo en cuenta que el titular de los derechos sobre las imágenes en conflicto es quien las ha puesto a disposición de los usuarios en la red, sin hacer uso de las posibilidades que ofrece la técnica para limitar que dichas fotografías sean incluidas en motores de búsqueda tipo Google, este último puede presuponer la existencia de un consentimiento tácito para llevar a cabo la utilización de dichas imágenes en forma de *Thumbnails* dentro de su buscador.

En el supuesto de que dichas fotografías hubieran sido comunicadas públicamente en la red de forma ilegítima por personas no autorizadas para llevar a cabo tal actividad, es evidente que los motores de búsqueda no podrán partir de la mencionada presunción de haber obtenido el tácito consentimiento de sus legítimos titulares, puesto que estos no han autorizado la primera puesta a disposición de dichas fotografías.

En este caso, habrá que acudir al sistema del conocimiento efectivo. Es decir, sólo una vez que se acredite que el motor de búsqueda en cuestión ha tenido efectivo conocimiento de la existencia de una vulneración de los derechos de autor en la puesta a disposición de dichas imágenes que aparecen, en forma de *thumbnails,* entre sus resultados, se le podrá atribuir responsabilidad sobre dicho acto ilegítimo.

---

[34] Google Images (https://www.google.com/imghp?hl=en&tab=wi).

[35] Reber, «Haftung für Rechtsverletzungen im Internet (Providerhaftung)», en *Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht*. Beck, marzo de 2013. Rn. 79. Opinión que, tal y como pone de manifiesto el propio Reber, no ha sido compartida por algunos tribunales germanos: LG Hamburg GRUR-RR 2004, 313 y OLG Jena MMR 2008, 408.

[36] BGH GRUR 2010, 628 - Vorschaubilder; BGH GRUR 2012, 602 - Vorschaubilder II.

C) *Reproducción de textos: El caso de los* Snippets

Otra de las funcionalidades más extendidas entre los motores de búsqueda, consiste en la reproducción de pequeños extractos de textos incluidos en las páginas webs a las que enlazan. En relación con la reproducción de estos fragmentos de textos extraídos de artículos periodísticos (también denominados *Snippets)* se ha convertido en centro de discusión y crítica por parte de editores y periodistas, que consideran vulnerados sus derechos y critican el injustificado lucro que, de forma directa o indirecta, adquieren ciertos buscadores a través de esta actividad[37].

De la misma forma que ocurría con la reproducción de fotografías, en términos similares, grandes motores de búsqueda ofrecen la posibilidad de limitar su búsqueda a «Noticias»[38]. De este modo, el usuario introduce las palabras clave en el buscador y éste ofrece una lista de resultados limitado a hipervínculos de páginas web de noticias que puedan estar relacionadas con esos términos y a cuyo efecto incluye también extractos de los textos de las noticias (los llamados *Snippets)* de una extensión aproximada de dos a cuatro líneas.

Tal y como se ponía de manifiesto en las páginas iniciales del presente artículo, la información, como tal, no es objeto de protección por el derecho de autor, siéndolo, sin embargo, la forma concreta en que dicha información es expresada cuando ha adquirido el grado de originalidad suficiente.

En principio, teniendo en cuenta la normativa vigente, solo podrá concurrir vulneración de derechos de autor, si los fragmentos de textos reproducidos por el motor de búsqueda contienen un grado de originalidad tal que les permita estar incluidos en el ámbito de protección ofrecida por la normativa sobre derechos de autor.

Esta cuestión en concreto ha sido analizada en diversas ocasiones por los tribunales alemanes, que han reconocido el suficiente grado de originalidad a *Snippets* de extensiones de 35 a 50 palabras[39] y de 60 palabras[40] por ser capaces de haber introducido, entre otros aspectos, el dramatismo, la ironía o el estilo aportado por el periodista en cuestión[41].

Teniendo en cuenta la proliferación de sentencias a este respecto y la presión ejercida por las asociaciones de prensa, que consideran que servicios como el prestado por Google Noticias incrementan sus pérdidas, acentuando la crisis que sufren desde hace unos años —principalmente por la migración del formato tradicional de prensa escrita a la digital— el 1 de marzo de 2013, el Parlamento alemán puso en marcha una reforma de la Ley de Derechos de Autor germana, que introduce un derecho exclusivo específico para editores de prensa.

No obstante lo anterior, la nueva normativa introducida incorpora una excepción en relación con «palabras individuales y pequeños extractos de textos», de forma tal, que se les permite a los motores de búsqueda introducir pequeñas descripciones sobre las noticias a las que enlazan los hipervínculos, que ofrecen los resultados de las búsquedas realizadas por los usuarios[42].

---

[37] De nuevo es el gigante Google y su buscador especializado en «Noticias» el que se ha convertido en diana de esta discusión sobre la legitimidad de este tipo de actuaciones.

[38] Google News (https://news.google.com/nwshp?hl=en&tab=wn).

[39] LG München I, 14-4-2011.

[40] LG München I, 24-7-2012.

[41] Schippan, M., «Der Schutz von kurzen Textwerken im digitalen Zeitalter», en *ZUM,* 2013, pág. 368.

[42] Hossenfelder, M., «Die Nachrichtendarstellung in Suchmaschinen nach der Einführung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger», en *ZUM,* 2013, pág. 376; Podszun,

Esta discusión no es ajena a otros Estados de nuestro entorno europeo, si bien países como Bélgica[43] o Francia[44] han buscado otras fórmulas más imaginativas y han preferido optar por la negociación. De este modo, motores de búsqueda como Google han llegado a relevantes acuerdos comerciales con las editoriales y sectores de prensa de dichas naciones.

IV. CONCLUSIONES

Los motores de búsqueda se han convertido en herramienta indispensable en el funcionamiento de Internet, ya que sin su intermediación es difícil imaginar, hoy en día, mecanismos alternativos de rastreo capaces de permitir a los usuarios identificar contenidos directa o indirectamente relacionados con el objeto interesado.

Una vez más, somos testigos de cómo la ley avanza muy por detrás de la realidad, encontrándose con evidentes dificultades para conjugar los intereses de los diferentes agentes intervinientes en Internet sin imposibilitar la forma de operar de la red de redes.

Habiendo tenido la oportunidad de analizar los problemas que se plantean en la práctica en relación con la atribución de responsabilidad a los motores de búsqueda, intermediarios omnipresentes hoy en día en Internet, parece evidente la necesidad de establecer una normativa armonizadora europea que, de forma eficaz, otorgue pautas para determinar tanto la construcción de la responsabilidad de este tipo de servicios, como, en relación con esta, la generación de requisitos específicos en la creación de mecanismos de procedimientos de detección y retirada *(Notice-and-Take-Down)*[45], evitando así la inseguridad jurídica a la que nos enfrentamos en este ámbito.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abrar, S.: «Keyword-Advertising auch ohne Darstellung der eigenen Marke zulässig» en *GRUR-PRAX,* 2013, págs. 85-86.

Brüntjen, T.; Ruttekolk, I., y Teschemacher, A.: «Zur Vertraulichkeit von Internetrecherchen», en *GRUR,* 2013, págs. 897-902.

Cotino Hueso, L.: «Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet», en *XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* págs. 1-4 (http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/Ponencia-LorenzoCotinoHueso.pdf)

Clark, B.: «Adwords-Interflora», en *GRUR-Prax,* 2013, págs. 359-360.

Dreier T., y Leistner, M.: «Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen», en *GRUR,* 2013, págs. 881-897.

R., «Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law», en *IIC,* 2013, pág. 260.

[43] http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/google-einigt-sich-mit-belgischen-zeitungsverlagen-a-872639.html

[44] Podszun, R., «Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law», en *IIC,* 2013, pág. 260.

[45] Resulta ilustrativa, a este respecto, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010.

García Cabeza, S.: «La responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet por infracciones de derechos de propiedad intelectual», en *Publicación conmemorativa XV Aniversario AAML,* págs. 1-16.

Garrote Fernández-Díez, I.: «Responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», en *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual,* 6, 2000*,* págs. 9-69.

Hager, J.: «Persönlichkeitsrecht und "Autocomplete-Funktion"», en *JA,* 2013, págs. 630-632.

Hossenfelder, M.: «Die Nachrichtendarstellung in Suchmaschinen nach der Einführung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger», en *ZUM,* 2013, págs. 374-379.

Klass, N.: «Sinnvolles Vervollständigungsinstrument oder manipulative Gerüchteküche? Die Autocomplete-Funktion der Suchmaschine Google und ihre Bewertung durch die Gerichte - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14. Mai 2013», en *ZUM,* 2013, págs. 553-556.

Lasarte Álvarez, C.: «Comunicaciones electrónicas *peer-to-peer* (P2P) *versus* derechos de autor», en *Diario La Ley*, 2008, págs. 6951 y sigs.

Lipszyc, D.: «El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital», en *OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7,* de 3 de noviembre de 2005 (http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=9303)

Mac Sithigh, D.: «The fragmentation of intermediary liability in the UK», en *GRUR-Int,* 2013, págs. 601-608.

Mäsch, G.: «Deliktsrecht: Persönlichkeitsschutz bei Suchergänzungsvorschlägen einer Internet-Suchmaschine», en *JuS,* 2013, págs. 841-845.

Moretón Sanz, F.: «La transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación devengados de las creaciones literarias, artísticas y científicas: Controversias testamentarias en materia de propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 736*,* págs. 1151-1174.

— «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa:* Indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737*,* págs. 1917-1950.

Ott, S.: «Spanien: Google Cache nicht urheberrechtswidrig», en *MMR,* 2008, págs. XII-XII.

Podszun, R.: «Searching the Future of Newspapers: With a Little Help from Google and IP Law», en *IIC,* 2013, págs. 259-261.

Reber: «Haftung für Rechtsverletzungen im Internet (Providerhaftung)», en *Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht*. Beck, marzo de 2013.

Rogel Vide, C., y Serrano Gómez, E.: *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI.* Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2012.

Ruipérez de Azcárate, C.: *Las obras del espíritu y su originalidad.* Ed. Reus, Madrid, 2012.

Schippan, M.: «Der Schutz von kurzen Textwerken im digitalen Zeitalte», en *ZUM,* 2013, págs. 358 y sigs.

Soler Presas, A.: «Am I in *Facebook?* Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *online* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», en *InDret* 3/2011*,* págs. 1-44.

Splittgerber, A.: «Google France und Google–Klärung bei Markenrechtsverletzungen», en *NJW* 2010, págs. 2014-2017.

Tejedor Muñoz, L.: «*Hosting* o administradores de servicios de páginas web e intromisión al derecho al honor: la responsabilidad civil en el marco de la socie-

dad de la información», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 727, págs. 2901-2927.
WIMMER, N.: «Netzneutralität-Eine Bestandsaufnahme», en *ZUM,* 2013, págs. 641-652.
XALABARDER, R.: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», en *IDP,* 2, 2006, págs. 1-15.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 24 de noviembre de 2011 - Asunto C-70/2010, Scarlet Extended vs. SABAM.
- STJUE de 16 de febrero de 2012 - Asunto C-360/10 SABAM vs. Netlog NV.

ESPAÑA

- STS 773/2009, de 9 de diciembre de 2009 (Caso Asociación de Internautas).
- STS 316/2010, de 18 de mayo de 2010 (Caso quejasonline).
- STS 72/2011, de 10 de febrero de 2011 (Caso alasbarricadas.org).
- STS 172/2012, de 3 de abril de 2012 (Caso Megakini).
- STS 742/2012, de 4 de diciembre de 2012 (Caso merodeando.com).
- JMerc número 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010 (Caso youtube).

ALEMANIA

- BGH GRUR 2010, 628 - Vorschaubilder.
- BGH GRUR 2012, 602 - Vorschaubilder II.
- OLG Jena MMR 2008, 408.
- OLG Hamburg GRUR 2012, *62*.
- LG Hamburg GRUR-RR 2004, 313.
- LG München I, 14-4-2011.
- LG München I, 24-7-2012.

RESUMEN

MOTORES DE BÚSQUEDA; RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL; DERECHOS DE AUTOR; THUMBNAILS; SNIPPETS; *CONOCIMIENTO EFECTIVO*

La responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet se configura

ABSTRACT

WEB SEARCH ENGINES; LIABILITY; COPYRIGHT; THUMBNAILS; SNIPPETS; *EFFECTIVE KNOWLEDGE*

Nowadays, the liability of web search engines is a highly debated issue by consumers, authors and judges. The sophistication in the ways that web

en la actualidad como una problemática objeto de intenso debate social, doctrinal y jurisprudencial. La sofisticación en las formas de ofrecer sus servicios, supera la mera aportación de listados de hipervínculos relacionados con las búsquedas realizadas y trae como consecuencia la adquisición de papeles más activos por parte de dichos motores de búsqueda en la prestación de tales servicios, replanteándose la posibilidad de atribuirles cierta responsabilidad sobre las vulneraciones que se producen en ese marco. El presente trabajo pretende analizar las bases de la responsabilidad de este tipo de servicios, reflexionando sobre las controversias jurídicas planteadas como consecuencia del desarrollo de estas nuevas formas de ofrecer sus servicios en la práctica.

search engines are offering their services exceeds the simple provision of lists of hyperlinks related to the searches conducted and is causing the acquisition of more active roles by these web search engines, which is leading to a new debate regarding the possible liability of these providers for the infringements, which may occur in these new scenarios. This paper analyzes the schema of liability attribution, taking into account the new developments in the way that the web search engines are offering their services and their consequences at a legal level.

1.7. Concursal Civil

LA DEUDA REMANENTE Y LA MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL DEL DEUDOR HIPOTECARIO EJECUTADO, TRAS LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY 1/2013.—II. LA DEUDA RECLAMADA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. EL *STATUS QUESTIONIS* A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013.—III. MEJORAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 1/2013 EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: 1. CLÁUSULAS ABUSIVAS, INTERESES MORATORIOS Y DEUDA REMANENTE. 2. OTROS MECANISMOS PARA DISMINUIR LA DEUDA REMANENTE.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA MODERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY 1/2013.

La AP de Navarra (Sección 2.ª), por Auto de 17 de diciembre de 2010, abrió una línea jurisprudencial consistente en entender que, tras la ejecución hipotecaria en que se hubiese producido una adjudicación de la vivienda hipotecada al acreedor, por no concurrir postores a la subasta, solo procedería continuar la ejecución como ordinaria, por las cantidades que en su día resultasen ser superiores al 100 por 100 del valor de tasación inicial del inmueble (tipo de la subasta), una vez sumados principal reclamado (cuotas impagadas, principal vencido anticipadamente, intereses de demora liquidados en la certificación de la deuda), más intereses (devengados durante el procedimiento de ejecución) y costas que se tasasen y aprobasen. Por el contrario, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, refiriéndose al antiguo procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, con tres subastas, y la tercera sin sujeción a tipo, permitía reclamar al acreedor hipotecario, sobre otros bienes del deudor, la diferencia entre el montante total de la deuda y el importe nominal de la adjudicación[1]. En relación con la

[1] Así STS de 16 de febrero de 2006 *(RJ* 2006/720), que niega en casos como el enjuiciado por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª) la existencia de un enriquecimiento sin causa o de un abuso de derecho, línea seguida también por las SSTS de 8 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3782), 8 de julio de 2003 *(RJ* 2003/4334), 18 de noviembre de 2005 *(RJ* 2005/7733), 24 de mayo de 2007 *(RJ* 2007/3438), 2 de julio de 2007 *(RJ* 2007/3788) y 25 de septiembre de 2008 *(RJ* 2008/5570). Según el Tribunal Supremo, no cabe aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa cuando el beneficio patrimonial es consecuencia de pactos libremente asumidos (STS de 26 de junio de 2002, *RJ* 2002/5499) o existe una expresa disposición legal que lo autoriza (STS de 31 de julio de 2002, *RJ* 2002/8436), debiendo exigirse

nueva LEC 2000, la cuestión de la interpretación de los artículos 671 y 579 LEC se perfilaba del siguiente modo. El artículo 671 LEC señalaba: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». Según una primera interpretación, esta segunda alternativa sólo acontecería cuando la cantidad adeudada fuera inferior a aquel porcentaje (el 50 por 100 del valor de tasación), de modo que la ley fijaría como mínimo legalmente admisible para aceptar la adjudicación el importe global de lo reclamado. Se decía que esta interpretación era acorde con el artículo 670.4. III, 647 y 651 LEC y que otra interpretación carecería de sentido. De tal manera que la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación, de conformidad con los artículos 570, 654.1 y 672.1.I LEC, no extinguiría la deuda. La LEC 2000 no obligaría al acreedor ejecutante que se adjudica el bien hipotecado subastado a otorgar carta de pago, permitiéndole reclamar la diferencia entre la cantidad adeudada inicialmente (incrementada por los intereses de demora, costas y gastos de la ejecución) y el precio de adjudicación del bien (50 por 100 del valor de tasación), incluso en aquellos casos en los que el acreedor hubiera enajenado a un tercero el bien que se adjudicó y hubiera obtenido con dicha venta una cantidad suficiente para saldar la totalidad de la cantidad adeudada inicialmente o incluso mayor que esta. En consecuencia, por «producto» en el artículo 579 habría que entender el «importe nominal de la adjudicación» y no el bien en sí mismo considerado [como hizo el AAP de Navarra (Sección 2.ª) de 17 de diciembre de 2010], pues de otro modo, el artículo 579 carecería de sentido por falta de objeto, como igualmente los artículos 654, 672 ó 692, todos ellos de la LEC. Esta interpretación se ha perfilado como mayoritaria en la jurisprudencia[2].

---

para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 18 de febrero de 2003, *RJ* 2003/1049). En relación con las alegaciones de abuso de derecho, el Alto Tribunal en STS de 16 de febrero de 2006 señala: «Como dice la STS de 8 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3782)… no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial». Pero la cuestión no era pacífica en las Audiencias (SAP de Gerona, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002; SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 4 de septiembre de 1997).

[2] En la Jurisprudencia menor puede citarse en contra del sentir del AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, la SAP de Granada (Sección 3.ª), de 25 de febrero de 2004 *(JUR* 2004/105900); SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249236); AAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 30 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004/286374); SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 13 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005/147276);

Pero el AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 7 de marzo de 2006, aunque no lo compartiese, reconoció que era posible argumentar que sólo se podía acudir a la facultad de adjudicarse el bien por el 50 por 100 del valor de tasación en el caso de que la deuda fuese igual o inferior a ese valor, adjudicándose por la cantidad que se deba por todos los conceptos cuando la deuda es superior a la mitad del valor de tasación del inmueble. Desde esta perspectiva, parecía lógico que pudiera entenderse que el artículo 579 LEC cuando hablaba de «producto» de la subasta se refiriese al bien en sí mismo, valorado según la tasación inicial (base de la concesión del crédito) y que servía de tipo a la subasta, pues con ello se matizaba en beneficio del acreedor el artículo 671 LEC, permitiéndole reclamar la diferencia entre el total de la deuda reclamada y el 100 por 100 del valor de tasación, respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 y 140 LH y 1911 CC). Que era posible dar aquella interpretación al artículo 671 LEC se desprendería de lo siguiente. Si observamos el artículo 670.4.III (en su redacción anterior a la Ley 13/2009) que contiene la última regla sobre aprobación de remate, en caso de subasta con postores, el precepto señalaba que «se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente». De acuerdo, pues, con dicho precepto, si la postura no alcanzaba a cubrir la cantidad por la que se había despachado la ejecución y suponía un sacrificio patrimonial importante para el deudor, el tribunal no aprobaría el remate, aplicándose el artículo 671 LEC. Significa esto que la *ratio* del artículo 671 en relación con el artículo 670.4.III consistía en evitar un sacrificio patrimonial importante para el deudor. Por otro lado, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 647.2 LEC, el acreedor ejecutante había de mejorar la postura que se hubiere hecho, evidentemente, de modo sustancial, para lograr la *ratio* de evitar ese sacrificio patrimonial importante para el deudor. Pero ello sólo se lograba con la segunda interpretación ofrecida, que se tornaba así una interpretación perfectamente viable en términos jurídicos.

Esta interpretación pudo igualmente mantenerse, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011 con la diferencia de que el importe mínimo de la adjudicación al acreedor hipotecario era el 60 por 100 del valor de tasación, debiendo este adjudicarse la vivienda por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, teniendo presente que la adjudicación por un importe superior a ese límite inferior legalmente establecido no podía quedar, tal y como

---

SAP de Sevilla (Sección 6.ª), de 29 de abril de 2005 *(JUR* 2005/142979); AAP de Madrid, (Sección 19.ª), de 14 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/173153); AAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2007 *(JUR* 2007/201109); SAP de Murcia (Sección 3.ª), de 19 de noviembre de 2007 *(JUR* 2008/133284); AAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 11 de febrero de 2008 *(JUR* 2011/233600); AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de mayo de 2008 ((*JUR* 2008/310439).

parecía resultar de una primera lectura del artículo 671 LEC (que es un precepto sustantivo), a la libre determinación del acreedor. La adjudicación, pues, por el 60 por 100 debía determinarse en caso de que la deuda fuera de importe igual o inferior (abonando el acreedor la diferencia). En caso de que la deuda fuera de importe superior, por el porcentaje equivalente a dicho importe, por lo menos, adjudicándose por el 100 por 100 del valor de tasación inicial, si la deuda era superior a tal valor, y reclamando la diferencia entre deuda global y dicho 100 por 100, mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC. Era evidente que el precio de la adjudicación no podía quedar a la libre determinación del acreedor, pues a ello se oponía el artículo 1256 del Código Civil, según el cual el cumplimiento (también el forzoso), del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y el artículo 1449 del Código Civil, según el cual en la compra-venta, el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes, teniendo presente que en la adjudicación al acreedor subyace una venta en la que el precio es el crédito o parte de crédito que se extingue. Por lo tanto, había que interpretar que la libertad del acreedor radicaba en decidir si procedía o no a solicitar la adjudicación, y en este sentido debía entenderse el verbo «podrá», pero tomada la decisión de adjudicación, el precio de la misma (o importe de crédito que se extingue), se determinaba de forma objetiva en el sentido explicado, pudiendo verificarse también una nueva tasación ajustada al valor actual de mercado, de modo que dicho precio fuese el importe de adjudicación, como postulaba GÓMEZ GÁLLIGO, pero únicamente si dicho valor era superior al 60 por 100 del valor inicial de tasación (por imperativo legal) y siempre que con dicho importe se extinguiese la totalidad de la deuda. En caso contrario, deberían aplicarse las reglas indicadas antes. Se trataba, en todo caso, de escoger la regla objetiva que en el caso concreto mejor respondiese al espíritu del precepto, que era maximizar el resultado de la subasta en beneficio del deudor. De manera que si la deuda era igual o inferior al 60 por 100 del valor de tasación, la adjudicación debía producirse, como mínimo, por el 60 por 100 aportando el acreedor en metálico la diferencia entre el precio de adjudicación y crédito que se extinguía (pero el Tribunal podía exigir una tasación actual y aplicar dicho precio, si el precio resultante de la nueva tasación fuese superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial); si el importe de la deuda era superior al 60 por 100 del valor de tasación inicial e inferior al 100 por 100 de dicho valor, por lo menos, el acreedor debía adjudicarse el bien por el importe de la deuda (si bien nuevamente el Tribunal podía exigir una tasación actual, y si el precio resultante de la misma fuese superior al importe de la deuda, entender adjudicado el bien por dicho precio, aportando el acreedor en metálico la diferencia) y si el importe de la deuda total (principal, más intereses y costas devengados en el procedimiento de ejecución) era superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, lo que era lo más frecuente según se desprendía de la jurisprudencia que seguía la línea iniciada por el AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, la adjudicación procedería por importe igual al 100 por 100 de dicho valor de tasación inicial, aunque el valor de mercado actual fuera inferior, pudiendo reclamar el exceso sobre ese 100 por 100 mediante ejercicio de la acción personal a través del artículo 579 LEC. De este modo se trasladaba al acreedor hipotecario el riesgo de depreciación del inmueble que voluntariamente asumió al conceder un crédito inflado sobre una tasación sobrevalorada. Se lograba además así una interpretación sistemática del artículo 671 LEC con el artículo 670.III.4 del mismo cuerpo legal y con los artículos 1256 y 1449 y 1859 del Código Civil. Igualmente, se obtenía una interpretación acor-

de con la *mens legislatoris*, pues el legislador, en el Real Decreto-ley 8/2011 (Exposición de Motivos) señalaba que «se modifica la LEC para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por un precio nunca inferior al 60 por 100 del valor de tasación. Se establece, por tanto, un límite equilibrado, impidiéndose cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60 por 100 del valor de tasación, independientemente de la cuantía de la deuda total, y ello con el fin de evitar el despojo del deudor». Dadas las circunstancias en que se han concedido los préstamos hipotecarios y la situación excepcional que atraviesa España, probada por la misma forma de legislar a base de Decretos-leyes, previstos por el artículo 86 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad, había que pensar además que el elemento de la realidad social en la interpretación de las normas exigía no tomar literalmente el artículo 671 que hablaba de que el acreedor «podrá» adjudicarse el bien por cantidad igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación, sino, acomodándolo a las circunstancias pretéritas (de concesión de los préstamos) y presentes (de crisis económica extraordinaria), en el sentido de que el acreedor era libre o no de pedir la adjudicación, pero no libre de fijar su precio cuando ha realizado o ha admitido una valoración artificiosa del inmueble, y por lo tanto ha procedido a «inflar» el crédito concedido. En conclusión, resultaba preciso interpretar el artículo 671 LEC de manera que pudiera anularse o reducirse al máximo la deuda pendiente, entendiendo, por lo menos siempre que pretenda proseguirse una ejecución ordinaria por un remanente de deuda y ésta en su conjunto (principal, intereses y costas) fuese superior al 100 por 100 del valor de tasación inicial, que el «producto insuficiente» de la subasta, era el bien en sí mismo considerado valorado según la tasación inicial. Con ello se moderaba el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (arts. 105 LH y 1911 CC) y normalmente quedaba cubierto el capital. De este modo, en ejecución ordinaria posterior, solo podría exigirse el exceso de capital no cubierto [en su caso], la liquidación de intereses y las costas del procedimiento de ejecución hipotecaria, teniendo presente también que la responsabilidad personal del deudor por el concepto de intereses moratorios podía reducirse también por la vía de eliminar la cláusula de intereses moratorios abusivos (sin integración del contrato) [SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013][3]. Esta

[3] Esta interpretación es la que expresamente acoge el Auto de 10 de enero de 2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 3 de Torrejón de Ardoz *(JUR* 2012/59745). Producida una adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación a favor de la entidad ejecutante, el ejecutado recurrió en revisión el decreto de adjudicación, solicitando que la adjudicación se verificara por el total por el que se despachó la ejecución, sin perjuicio de la liquidación de los intereses y costas pendientes, liquidación a la que debería restarse la cantidad resultante de restar al valor de tasación el principal reclamado. El Juzgado estimó el recurso por entender que si bien el artículo 671 faculta en principio al ejecutante a actuar como obró, y que formalmente su actuación estaría amparada en la norma, «sin embargo, a otra conclusión se llega si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto de aquel, tal y como aduce el recurrente. Para llegar a esta conclusión es necesario poner de manifiesto dicho contexto como pauta interpretativa que ha de guiar la aplicación sistemática de las normas (art. 3.1 CC)». «TERCERO.—Es un hecho notorio, exento de prueba (art. 281.4 LEC), que al menos

durante una década, que podría situarse entre la segunda mitad de los años 1990 y el año 2008, tomando como hitos las fechas de aprobación en el ámbito estatal, de sucesivas leyes del suelo en nuestro país (Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo del Suelo, derogada, a su vez, por el actual Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que el mercado inmobiliario nacional e internacional ha sido utilizado como moneda de cambio. Las entidades bancarias y otros operadores del mercado financiero concedían préstamos para sufragar cualquier tipo de operación (empresa, negocio o contrato) en la que hubiera de por medio un bien inmueble que les sirviera de garantía. Frente a un eventual impago del crédito financiado, la entidad confiaba en no tener problema en ver satisfecho su crédito, pues la garantía que se le ofrecía a cambio valía la cantidad prestada, si no más. Haciendo un paralelismo histórico, parecía que un nuevo patrón-oro iba a descubrirse: el patrón-inmueble. Sin embargo, al igual que ocurriera con el patrón-oro, la moneda de cambio terminó por devaluarse por una situación de crisis económica internacional, todavía vigente y que puso y ha puesto de manifiesto que el bien en el que se confiaba como sustento del sistema económico había sido valorado artificiosamente y que no valía aquello que quienes habían fijado su precio —las entidades de crédito— decían que valía. Estalló la denominada "burbuja inmobiliaria", propiciada por tales entidades, haciendo tambalearse al sistema económico. CUARTO.—Llegados a este punto, la solución del caso planteado en vía de recurso pasa por aplicar la ley teniendo en cuenta esta situación de excepción. Podría objetarse que no existe tal situación y que no hay razón alguna para no hacer una lectura literal del artículo 671 LEC y desestimar el recurso. Sin embargo, que la situación de crisis económica es especialmente grave y excepcional, comparable al *crack* de 1929 o a la crisis del petróleo de 1973, es otro hecho difícil de rebatir y en todo caso resulta probado por la forma de legislar a base de la aprobación gubernamental de continuos Decretos-leyes desde 2008, como autoriza el artículo 86.1 de la CE, dirigidos en su mayoría a paliar los efectos de la crisis: paro, endeudamiento y falta de liquidez pública y privada. En concreto, en el año 2008 se dictaron diez Decretos-leyes; en el año 2009, su número ascendió a catorce; a quince se llegó en 2010 y el 2011 se cerró con veinte Decretos-leyes dictados [muchos de los cuales enuncia a continuación]... QUINTO.—La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria, desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional, conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. De permitir esto se estaría amparando una operación, si bien más sofisticada y perjudicial para el sistema económico global como se ha demostrado, que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 (arts. 1 y 9)», concluyendo que la actuación de la parte ejecutante de solicitar la adjudicación en tales términos y pretender continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor constituye un enriquecimiento injusto y un abuso de derecho. El Juzgado estima el recurso, revisando el decreto de adjudicación, en el sentido de establecer que la adjudicación se produzca por la cantidad debida por todos los conceptos, declarando saldada la deuda [el valor de tasación era superior al principal], estableciendo que «siendo líquida la cantidad debida en concepto de principal de 263.553,74 euros, y con carácter previo a fijar definitivamente el importe de adjudicación, habrá de practicarse la liquidación de los intereses y las costas devengados en la ejecución, una vez firme el presente». La argumentación que he dado en el cuerpo del trabajo se apoyaría también en algunos de los argumentos esgrimidos por el AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012.

De fechas recientes, puede citarse en contra de la línea del AAP de Navarra, Sección 2.ª, el AAP de Navarra (Sección 3.ª), de 28 de enero de 2011 *(AC* 2011/40); SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 13 de diciembre de 2010 *(JUR* 2011/54485); AAP de Madrid, (Sección 11.ª), de 26 de octubre de 2010 *(AC* 2010/2046); AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 15 de octubre de

interpretación la apoyamos en diversos argumentos adicionales[4]. Si bien estos argumentos adicionales siguen siendo válidos, la nueva redacción dada a los artículos 579, 654, y 671 LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, pienso que dificulta la interpretación que ofrecíamos de tales preceptos en relación con el artículo 670.III.4 LEC, si bien hay que destacar que el legislador la acoge en cierta manera, pues la reforma operada en la LEC tendría por finalidad moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y facilitar la extinción de la deuda remanente, fin éste que debe guiar la interpretación de los nuevos preceptos legales.

II. LA DEUDA RECLAMADA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. EL *STATUS QUESTIONIS* A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2013

El préstamo hipotecario que se concierta con una entidad financiera supone para el deudor el pago de un tipo de interés remuneratorio fijo o variable. En este caso, el tipo de interés aplicable resulta de un tipo de referencia al que se le aplica un diferencial, de manera que la evolución del tipo de referencia marca el tipo final aplicable (art. 573 y 574 LEC). En caso de mora del deudor, puede aplicarse un interés moratorio que tiene naturaleza indemnizatoria, por la falta de cumplimiento de la obligación principal, además de disuasoria del incumplimiento. Dicho interés moratorio nace de la voluntad de las partes (art. 1108 CC). Distinto de los anteriores es el interés de la mora procesal (art. 576 LEC), que nace *ope legis*[5]. Se ha planteado si el pacto de intereses moratorios de naturaleza convencional establecido por los contratantes o la aplicación de intereses especiales fijados por la ley, desplazan al interés legal incrementado en dos puntos, acaecido el supuesto del artículo 576 LEC, o bien, si ambos intereses son compatibles y acumulables[6].

2010 ((*JUR* 2011/17660). Los argumentos de contrario que formulan doctrina y jurisprudencia pueden encontrarse resumidos en el AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 20 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/165579). A favor, sin embargo, AJPI núm. 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011 *(AC* 2011/42); AJPI núm. 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012 *(AC* 2012/357); AJPI núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012 *(JUR* 2012/59745); AAP de Girona (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2011 *(AC* 2011/2172); AAP de Ciudad Real, Sección 2.ª de 17 de enero de 2011. AJPI núm. 1 de Mataró, de 4 de febrero de 2012; AJPI núm. 6 de Figueres, de 12 de abril de 2012, y AJPI núm. 7 de Tarrasa, de 16 de octubre de 2012.

[4] Jiménez París, T. A. (2013) (1), págs. 245 a 263.

[5] A partir del Acuerdo de la Sala 1.ª del TS, de 20 de diciembre de 2005, se consolida una moderna orientación, plasmada en las SSTS de 4 de junio de 2006, 9 de diciembre de 2007, 14 de junio de 2007 y 2 de julio de 2007, 16 de noviembre de 2007, 3 de noviembre de 2008, 25 de marzo de 2009, 6 de julio de 2009, 16 de octubre de 2009, 22 de febrero de 2010, 17 de junio de 2010, que atiende «al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses [de mora procesal] y concreción del *dies a quo* del devengo», en función de «las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado». Caballero Gea, 2012, pág. 112.

[6] El artículo 576 LEC señala: «1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará en favor del acreedor el devengo de un interés legal del dinero incrementado en dos puntos

Normalmente, los préstamos hipotecarios incluyen una cláusula de vencimiento anticipado, para caso de impago de una o varias cuotas hipotecarias (pacto que sólo considera válido el legislador en los términos indicados en la nueva redacción dada al artículo 693 LEC por Ley 1/2013). Vencido anticipadamente el préstamo, e iniciada la ejecución hipotecaria, el deudor debe restituir las cuotas de amortización impagadas (que normalmente incluyen principal e intereses), la parte de principal dada por vencida anticipadamente y los intereses moratorios. El deudor pierde el beneficio del plazo, y por lo tanto, ya no está obligado a retribuir al acreedor por un capital que debe restituir (dicho capital no puede dar origen a más intereses remuneratorios[7]). Sí se generan intereses moratorios o indemnizatorios en los términos del artículo 1108 y 1109 del Código Civil o 316, 317 y 319 del Código de Comercio, si el préstamo es mercantil[8].

---

o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley. 2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. 3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas».

Según la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), de 30 de enero de 2009, «el carácter disyuntivo que establece el artículo 576 LEC determina que, producida en primera instancia la condena al pago de una cantidad dineraria, ello supone que se devengarán intereses, pero sólo un tipo de interés de los posibles.

Así, si concurren intereses pactados, una vez recaída sentencia de primera instancia, continuarán devengándose, pues se mantiene prácticamente sin discrepancia doctrinal y jurisprudencial el alargamiento del interés convencional pactado a la posterior situación de mora, pues no debemos olvidar la equivalencia jurisprudencial entre intereses moratorios y procesales del artículo 576 LEC.

En este sentido, el tenor literal del precepto habla de "pacto de las partes", lo cual da pie a entender que será aplicable cualquier convenio que sobre intereses las partes hubieran establecido en la celebración o posterior ejecución del contrato».

[7] Cuando el acreedor da por vencido anticipadamente el préstamo, renuncia al beneficio que el plazo le genera (el interés remuneratorio), por eso la reclamación conjunta de los intereses moratorios y de los remuneratorios de las cuotas de amortización dadas por vencidas anticipadamente, es nula por abusiva, pues se exigen unos intereses por periodos de tiempo no transcurridos, no respeta el equilibrio de las prestaciones y perjudica de manera desproporcionada e injustificada al consumidor. Así, STS de 2 de noviembre de 2000 *(RJA* 2000/8492). Díez García, 2012, págs. 252 y 253.

[8] De acuerdo con los artículos 1108 y 1109 del Código Civil, parecería que en el caso de deudas de dinero, el pacto por el que se establece un interés moratorio convencional, debe referirse al capital impagado (art. 1108 CC), no pudiendo aplicarse a los intereses vencidos y no pagados, pues el artículo 1109 del Código Civil es precepto especial relativo a tales intereses y prevé que los mismos «devengan el interés legal [como interés moratorio] desde que son judicialmente reclamados [por lo tanto, no antes], aunque la obligación nada disponga al respecto». Señala Albaladejo (Albaladejo, 1994, pág. 75, nota 16): «Parecería más justo, en relación con lo que establece el artículo 1109, que los intereses vencidos produjeran desde que se reclaman el interés pactado para el capital. Por lo menos los producirán si, al prestar el capital, se pactó que los intereses vencidos devengarán el mismo interés que el capital». Ahora bien, en mi opinión esto es precisamente lo que quiere impedir el Código Civil, estableciendo dos normas sobre los intereses moratorios que generan las deudas de dinero, una, en el artículo 1108, para el capital y otra, semi-imperativa, en el artículo 1109, de modo que el interés moratorio del interés remuneratorio vencido y exigible y no satisfecho no puede ser superior al interés legal, devengándose exclusivamente desde la reclamación judicial, lo que impide que el acreedor, al retrasarse en la reclamación de tales intereses

«Resulta comúnmente admitido que la cuantía pactable por intereses remuneratorios no tiene otros límites que los derivados de la Ley de Usura y, tratándose de consumidores, [además] de los establecidos en el TRLGDCU[9]. Sin embargo, cuando se trata de intereses de demora, resulta discutido y no unánimemente

---

remuneratorios, pueda acumular a su favor una cantidad extraordinaria por la demora. A la misma idea responderían los artículos 1966.3.º del Código Civil y artículo 114 LH (cfr., DÍEZ GARCÍA, 2012, pág. 239). De acuerdo con el artículo 1109.2.º: «en los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio». Y para el préstamo mercantil, el Código de Comercio prevé lo siguiente: «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses [moratorios]», aunque se admite el pacto de anatocismo para los intereses remuneratorios vencidos pero aún no exigibles, pues se señala: «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que como aumento de capital devengarán nuevos réditos». Según DÍEZ GARCÍA (*op. cit.*), el artículo 317 del Código de Comercio presupone que: «cuando los intereses son debidos y exigibles autónomamente, por eso mismo, no pueden acumularse al capital, ya que se entiende que el acreedor ha podido cobrarlos sin dejar que se acumulen engrosando la cuantía de lo adeudado. No sucede así, en cambio, con los intereses devengados que no resultan todavía exigibles, al resultar pagaderos cuando venza la deuda de capital (intereses que, según el art. 317 CCom, sí se podrían capitalizar…). La mera interposición de demanda no permitirá acumular el interés (remuneratorio o moratorio) al principal para exigir un rédito mayor (art. 319 CCom). Por lo tanto, si el préstamo hipotecario es mercantil, el artículo 317 del Código de Comercio prohibiría que el interés vencido y no pagado devengase interés moratorio; y si el préstamo es civil, el artículo 1109 del Código Civil establecería un límite máximo al interés moratorio que tales intereses pueden generar en el interés legal del dinero. Para que el préstamo sea mercantil, según una opinión deben concurrir simultáneamente las dos circunstancias establecidas en el artículo 311 del Código de Comercio, como ha señalado el TS en diversas Resoluciones (SSTS de 11 de octubre de 1918, 10 de febrero de 1950, 16 de junio de 1969, 7 de diciembre de 1954 y 30 de junio de 1964). Pero este criterio jurisprudencial «ha sido criticado por diversos autores, los cuales han afirmado, en primer lugar, que entraña un elemento de inseguridad importante, ya que para saber la disciplina aplicable a un determinado contrato ha de desentrañarse el elemento intencional de conocer el destino que ha de dar el prestatario a las cosas recibidas en préstamo, y en segundo término, que aplicar tal criterio implica negar el carácter mercantil de los préstamos concedidos por los bancos, que unas veces serían mercantiles y otras civiles. Por esta razón, el propio TS, basándose en el artículo 2 del Código de Comercio y en la circunstancia de que diversos artículos del mismo, como los artículos 175, 177, 199, 212, califican las operaciones bancarias como mercantiles, ha afirmado en otras sentencias que aunque no se destinen las cosas dadas en préstamo a actos de comercio, los préstamos son mercantiles si son operaciones bancarias (STS de 9 de mayo de 1944 y RDGRN de 1 de febrero de 1980). SÁNCHEZ CALERO, 1997, págs. 265, 266 y 272.

[9] La STS de 1 de julio de 2010, haciendo suya la doctrina sentada por la STJUE, de 4 de junio de 2009, asunto C-243/8 (Pannon GSMZrt contra Erzsébet Sustikné), señala que el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias sino que puede extenderse, también, a las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la economía del negocio. Desde este punto de vista sería posible la estimación de nulidad del préstamo hipotecario por usurario en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien a través de la vía del artículo 698 LEC, debiendo en este caso, en aplicación de la doctrina sentada por la STJUE, de 14 de marzo de 2013, adoptar como medida cautelar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. Vid., a este respecto, el AJPI núm. 13 de Madrid, de 15 de marzo de 2013, sobre los requisitos para acordar la suspensión de un procedimiento de ejecución hipotecaria, como medida cautelar, en el seno de un procedimiento del artículo 698 LEC. En contra de la STS de 1 de julio de 2010, vid., STS de 18 de junio de 2012, según la cual, aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, los elementos esenciales del contrato, estarían excluidos del

admitido que quepa aplicar las disposiciones de la Ley Azcárate a esa última clase de intereses, en atención a su función indemnizatoria, distinta de la retributiva, propia de los convencionales o remuneratorios. Lo llegó a admitir el TS (STS de 7 de mayo de 2002 [*RJ* 2002/4045]) y es defendido por la doctrina (ORDÁS, RUIZ RICO), así como por algunas decisiones de la denominada jurisprudencia menor (vid., SAP de Tarragona, de 4 de abril de 2005 [*JUR* 2005/172720]; SAP de Asturias de 3 de mayo de 2005 [*JUR* 2005/217919])[10] sobre la base fundamental de la falta de cualificación en aquel texto legal de los intereses y la existencia de una idéntica *ratio* a la hora de reputar usurario a un préstamo cuando los intereses moratorios son desproporcionados. Sin embargo, la mayoría de las resoluciones judiciales niegan su aplicación a esta clase de intereses…». En cuanto a la posibilidad de moderación de tales intereses *ex* artículo 1154, a favor, SAP de Madrid, de 31 de marzo de 2004; AAP de Cádiz, de 19 de septiembre de 2005, y SAP de Vizcaya, de 30 de diciembre de 2008. En contra, SAP de Tarragona, de 4 de abril de 2005, y SAP de Barcelona, de 23 de febrero de 2010 (DÍEZ GARCÍA, 2012, pág. 254). Lo que resultaba incuestionable era la aplicación del artículo 85.6 TRLGDCU, si bien atendiendo al artículo 83.2 TRLGDCU, era precisa la integración del contrato, lo que muchas resoluciones hicieron aplicando por analogía el límite del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo. No obstante, podía pensarse que en tal caso el legislador remitía a la norma dispositiva (arts. 1108 y 1109 CC). El artículo 82.3 TRLGDCU permitiría pues una reducción de la cláusula nula por abusiva, de manera que subsistiría dentro de los límites permitidos. El alcance de las prestaciones se disminuiría para ajustarlas a las exigencias legales (art. 6.2 CC *in fine*).

Como el principio de especialidad impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien hipotecado por principal y por intereses (art. 12 LH y 220 RH), no cabe que el acreedor pueda cobrar en la ejecución hipotecaria intereses con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa, salvo el caso contemplado en el artículo 692 LEC[11]. Cada cantidad que en su día se reclame lo tendrá que ser por un determinado concepto, y deberá caber dentro de la cifra de responsabilidad prevista para dicho concepto. Lo contrario vulneraría las exigencias del principio de especialidad y los artículos 104 y 114 LH y 220 RH[12].

---

control de contenido, aunque podrían ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia (arts. 5.5 y 7 LCGC).

[10] Igualmente, SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2008.

[11] Artículo 692 LEC. Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante: «1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra».

[12] Doctrina y jurisprudencia admiten que la garantía de la hipoteca puede extenderse a los intereses de demora, siempre que se cumplan determinados requisitos, básicamente

De acuerdo con la STS de 23 de septiembre de 2010 *(RJ* 2010/7296), que cita las de 24 de octubre de 1994 *(RJ* 1994/7681) y 25 de junio de 1999 *(RJ* 1999/5963), la cantidad obtenida en la subasta se imputaba primero a los intereses (art. 1173 CC), completos (remuneratorios y moratorios), y luego al capital. En la misma línea, SAP de Toledo, de 8 de noviembre de 2003 *(JUR* 2003/42430), SAP de Alicante de 24 de febrero de 2006 *(JUR* 2006/243629). Sin embargo, como se ha señalado (DÍEZ GARCÍA, 2012, págs. 248 y 249), cabría defender el difícil encaje de una norma de esta naturaleza [de imputación de pagos] en un ámbito en el que la prestación para pago que recibe el acreedor opera con independencia de la voluntad del obligado. Tampoco parece que sea éste un contexto en el que el acreedor pueda proponer una determinada imputación que sea consentida por el deudor. Pudiera entonces pensarse que los artículos 1172 y 1173 del Código Civil para el caso de ejecución hipotecaria quedarían desplazados por los más específicos que regulan la realización de la garantía y, por tanto, si en este ámbito existieran normas especiales que ordenaran el destino del precio de remate, aquellos preceptos no resultarían de aplicación.

Así lo entendieron las SSAP de Alicante, de 31 de marzo de 2003 *(JUR* 2003/124188) y de 26 de mayo de 2005 *(AC* 2005/1419). A su entender, el artículo 1173 del Código Civil queda desplazado por los más específicos preceptos que regulan la realización de la garantía hipotecaria que, por su carácter especial, resultan de preferente aplicación (regla 16.ª del art. 131 LH y arts. 681 y 692.1 LEC). Por tanto, a su juicio, el producto del remate debe destinarse, en primer lugar, al pago del principal y en el mismo procedimiento el acreedor ha de solicitar la liquidación de intereses y la tasación de costas para que resulte determinado el exceso a solicitar en juicio declarativo ulterior[13]...

Sin embargo [en opinión de DÍEZ GARCÍA] no se puede afirmar de forma tajante que los preceptos relativos a la ejecución hipotecaria realicen de forma directa esta imputación. Los preceptos invocados y los argumentos esgrimidos como fundamento de la solución que se propone, únicamente parten de la imposibilidad de liquidar intereses (moratorios) y tasar las costas en tanto no haya concluido la ejecución, pues no será hasta ese momento cuando se habrá fijado el *dies ad quem*. Pero no establecen ningún orden riguroso en el pago de capital e intereses [y por ello se hacía preciso una reforma legal que aclarara la cuestión[14]]».

---

que dicha cobertura se haya pactado expresamente y que se haya determinado el alcance máximo de la responsabilidad de la hipoteca por ese concepto, lo que puede señalarse mediante una cifra máxima de intereses asegurados o por medio de una tasa máxima de interés, en ambos casos indicándose el número de años asegurados. Ello determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente, en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. CABALLERO GEA, 2012, pág. 134.

[13] Actualmente, el artículo 579 LEC permite al acreedor continuar la ejecución como ordinaria, mediante nuevo despacho de la ejecución. Pero esa posibilidad no existía en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, debiendo reclamarse la deuda remanente mediante ejercicio de la acción personal en un procedimiento declarativo ulterior, aunque también se admitía en ocasiones la ejecución del Auto aprobatorio de la liquidación de intereses y costas. Tal posibilidad se ha rechazado por la AAP de Murcia, de 5 de julio de 2008 *(JUR* 2008/392631) y AAP de Jaén, de 8 de mayo de 2006 *(JUR* 2007/28703). (DÍEZ GARCÍA, 2012, págs. 236 y 237).

[14] A juicio de la SAP de Madrid, Sección 21.ª, de 16 de febrero de 2010, «el artículo 1173 del Código Civil… es aplicable a los pagos parciales realizados durante la tramitación de un procedimiento de ejecución: Así lo han entendido los AAPP de Madrid, Sección 10.ª, de

Algunas resoluciones judiciales han considerado que, tras la ejecución hipotecaria, resultaba novado el crédito del ejecutante, de manera que, a partir de la realización de la garantía, surgiría un crédito radicalmente distinto al asegurado mediante hipoteca y que dejaría de estar regido por lo pactado en la escritura de préstamo hipotecario [SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2004 *(JUR* 2004/249332)][15]. Ello conduciría a entender que de acuerdo con el artículo 576 LEC, los intereses moratorios a aplicar al nuevo crédito serían los de mora procesal y no los moratorios propiamente dichos [SAP de Las Palmas, de 25 de mayo de 2006 *(JUR* 2006/198581)]. Al figurar la deuda recogida en una resolución judicial, auto aprobatorio de las costas e intereses recaído en la ejecución hipotecaria, el deudor debe los intereses de mora procesal desde la fecha de dicho Auto al tipo legal incrementado en dos puntos, y no al tipo pactado en la escritura de préstamo hipotecario, no pudiendo los intereses de mora procesal, además, acumularse a la deuda remanente de la ejecución hipotecaria, para

---

19 de febrero de 2000, y Toledo, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2003, y SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 8 de noviembre de 2012. También lo consideró así esta propia Sección de la AP de Madrid, en Auto de 5 de julio de 2005; pero lo anterior es sin perjuicio de la total validez de la imputación de pagos parciales al capital cuando existe una resolución firme del órgano judicial en este sentido o cuando el acreedor aplica el pago parcial al capital, lo que en la práctica es muy usual, incluso por entidades financieras, probablemente para facilitar la liquidación de los intereses devengados». Considerando que siempre es aplicable el artículo 1173 del Código Civil, STS de 25 de junio de 1999 y SAP de Orense, Sección 1.ª, de 26 de julio de 2011.

[15] Señala esta resolución judicial: «Ciertamente la reclamación de la demandante es excesiva y abusiva. Es excesiva porque si bien no indica en sus liquidaciones cómo ha calculado el interés, una mera operación matemática pone de manifiesto que no se aplicó el interés por mora sólo al capital, sino a la suma de éste y los intereses que iban venciendo, es decir, aplicó anatocismo, y debe tenerse en cuenta que éste sólo es aplicable, cuando se pacta, a los intereses vencidos derivados del contrato, pero una vez que se ha ejecutado la hipoteca y cobrado por ello el principal prestado y los intereses remuneratorios, la satisfacción de la deuda originaria se ha cumplido y únicamente resta satisfacer los daños y perjuicios derivados de la mora en el pago, que habrán de calcularse [desde la certificación y liquidación de la deuda] hasta el momento de aprobación del remate, pues es hasta entonces cuando el comportamiento omisivo del deudor ha entorpecido el cumplimiento del contrato. Pero a partir de ese momento y en cuanto el acreedor ha visto satisfecha de manera forzosa la expectativa económica causal del contrato, el nuevo devengo de intereses indemnizatorios aplicado a la indemnización por retraso supone una duplicidad retributiva ajena a la finalidad de resarcir un perjuicio, pues no se contempla resarcir por la mora en el cumplimiento de la obligación, sino por el impago de una deuda derivada de la ejecución hipotecaria y que precisa ser calculada. Es más, podría decirse que tras la ejecución hipotecaria y la obtención del capital e intereses pactados en el contrato, se produce la consumación de éste y, por ello, deja de producir efectos, de manera que no es posible ya aplicar los acuerdos sobre intereses que se hubieran convenido en el contrato. Lo que desde ese momento existe es una nueva cantidad adeudada cifrada en el importe pendiente de pago al tiempo de llevarse a cabo … Estamos, pues, ante un nuevo crédito nacido tras la ejecución hipotecaria que precisa de ser determinado y liquidado…

Es abusiva [la pretensión] porque la ejecutante, en lugar de intentar actuar seguidamente a la adjudicación del inmueble contra el ejecutado en reclamación de la parte de la deuda que le restaba por cobrar, dejó pasar cinco años creando así un incremento desorbitado de la deuda al computar intereses a la suma acumulada de los que en cada periodo se iban devengando».

devengar nuevos intereses, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 319 del Código de Comercio (DÍEZ GARCÍA, 2012, pág. 235 y 251)[16].

Esta tesis, señala DÍEZ GARCÍA, «puede resultar sugestiva para los intereses del deudor, pero parte de una premisa errónea. Tras la ejecución hipotecaria habrá consumación, si se quiere, de la garantía, pero si esta resulta insuficiente, resulta obvio que el crédito no se ha extinguido totalmente y que los acuerdos alcanzados por las partes en el plano obligacional no han perdido su vigencia.

Cuestión distinta es que quepa entender que, tras la efectividad del derecho real, resulte necesario proceder a una liquidación de lo debido (por principal e intereses) para que resulte determinado exactamente el crédito pendiente y que se pueda reputar que, para ello, quizá no resulte bastante con descontar del precio del remate el importe de las cantidades por las que se ordenó el despacho de la ejecución [art. 575 LEC], pues habría que adicionar los intereses (moratorios) vencidos durante la tramitación del procedimiento de ejecución. Puede pensarse además que, mientras no se efectúe la determinación exacta de la nueva cantidad adeudada —resultante del pago parcial— no cabrá tampoco que se puedan devengar nuevos intereses de demora —pues no existiría una cantidad líquida—…» (DÍEZ GARCÍA, 2012, págs. 235 y 251). Ahora bien, veremos como la Ley 1/2013 considera que tras la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del deudor se produce una novación del crédito, que ya no queda sujeto a los pactos de las partes, sino a lo previsto en los artículos 576 y 579 LEC.

La liquidación de intereses, a que hemos hecho referencia, se solía tramitar por el cauce de los artículos 712 y siguientes de la LEC. Como señala el AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 23 de octubre de 2008, no era admisible que la parte ejecutante modificase su pretensión en relación con lo pedido en la demanda inicial, en el acto de juicio, incrementando las cuantías, ni que dejase abierta la cuantificación de forma permanente. Las costas generadas en el proceso de ejecución hipotecaria eran a cargo del ejecutado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 539.2.2.º y 583.2 LEC.

---

[16] En efecto, los hechos que dieron lugar a la SAP de Las Palmas (Sección 5.ª), de 25 de mayo de 2006, fueron los siguientes. En un procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, se reclamó un principal (comprensivo de capital vencido y no pagado, capital vencido anticipadamente, intereses remuneratorios vencidos, intereses moratorios e indemnización pactada). Aprobado el remate, no hubo sobrante, y se liquidaron los intereses moratorios devengados desde la fecha de certificación y liquidación de la deuda (previa a la presentación de la demanda ejecutiva), así como las costas. Años después, el acreedor inició un procedimiento declarativo ordinario en el que reclamaba dicha cantidad, aplicándole un interés moratorio al tipo del 21 por 100, que era el tipo pactado en el contrato para los intereses moratorios respecto del préstamo que venza anticipadamente. La sentencia señala que tal pretensión altera la naturaleza de la deuda, contraviene lo dispuesto en el artículo 319 del Código de Comercio (siendo el préstamo mercantil), considerando que el principal reclamable en el declarativo ordinario debe quedar reducido a la cantidad pendiente de satisfacer en el proceso del artículo 131 LH, y determinada en el Auto aprobatorio de costas e intereses, en la cuantía no cubierta por el exceso del precio de adjudicación de las fincas respecto del principal por el cual se despachó ejecución, incrementada con los intereses de la mora procesal (que no pueden acumularse al principal reclamado para devengar nuevos intereses), ya que dicha suma está contenida en una resolución judicial firme, y su definitiva liquidación se verificará en ejecución de la sentencia recaída en el declarativo, precisando que el *dies a quo* del devengo es el de la fecha del Auto que aprobó la liquidación de intereses y tasación de costas.

III. MEJORAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 1/2013 EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. Cláusulas abusivas, intereses moratorios y deuda remanente

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[17] 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 artículo 681.1, 564 y 698, y modificados posteriormente por la Ley 8/2013, de

---

[17] Señala la STJUE, de 21 de febrero de 2013, asunto C —472/11— que sintetiza toda la doctrina anterior:

«Apartado 21. El Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato…

Apartado 22. A la luz de estas consideraciones, el TJ ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional…

Apartado 23. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello…

Apartado 29. Sin embargo, al aplicar el Derecho de la Unión, el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio…

Apartado 30. Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. El TJ ha subrayado que, en efecto, para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo, procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento…

Apartado 31. De ello se infiere que, en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado —sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto— que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

26 de junio, Disposición Final 4.ª, para la ampliación de los plazos a disposición de las partes[18]). Para los procedimientos en trámite (ya sean procedimientos de ejecución hipotecaria o de ejecución ordinaria y recaigan o no sobre la vivienda habitual del deudor), en los que hubiere transcurrido el plazo de oposición, se establece en la Disposición Transitoria 4.ª 2 la concesión de un plazo preclusivo de un mes a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (por lo tanto, desde el 16 de mayo de 2013, vid. Disposición Final 4.ª en relación con la Disposición Transitoria 4.ª), para formular un incidente extraordinario de oposición, suspendiéndose el curso del proceso hasta la resolución del incidente, aplicándose esta disposición a todo procedimiento ejecutivo que no hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente. Es evidente que la depuración de las cláusulas abusivas del título ejecutivo, determinantes de la cantidad exigible, incide en minorar la responsabilidad patrimonial del deudor.

Mención especial merece la problemática de los intereses moratorios abusivos. El artículo 3.Dos de la Ley 1/2013, modifica el artículo 114 de la LH, añadiendo un tercer párrafo del siguiente tenor: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en artículo 579.2.*a)* de la LEC». Esta previsión introduce las siguientes novedades en el ordenamiento español: un límite máximo al interés moratorio, traspasado el cual, el interés es considerado por el legislador usurario y abusivo. La prohibición de devengarse sobre intereses remuneratorios (con lo que se impide la aplicación del art. 1109 del CC: la ley especial deroga la ley general para los préstamos hipotecarios otorgados para la adquisición de la vivienda habitual y garantizados con hipoteca sobre dicha vivienda). Se genera la duda acerca de si deberán devengarse sobre las cuotas impagadas (*strictu sensu*, principal pendiente de pago, diverso del principal vencido anticipadamente, y que hay que devolver por mor del cumplimiento de la condición resolutoria) o sobre aquellas más el principal vencido anticipadamente. Se prohíbe además el pacto de anatocismo en relación con los intereses moratorios, pues se impide que los devengados se acumulen al capital para generar mayores intereses. Del espíritu del precepto se desprende, igualmente, la imposibilidad de añadir a los intereses moratorios, el devengo de intereses remuneratorios por el principal vencido anticipadamente. Únicamente se permite la capitalización del interés moratorio en el caso previsto en el artículo 579.2.*a)* de la LEC, caso en el que la deuda remanente de la ejecución hipotecaria, que puede incluso estar constituida exclusivamente por intereses moratorios devengados durante la ejecución hipotecaria (dada la nueva norma de imputación del pago parcial prevista en el art. 654.3 LEC), va a poder devengar un interés moratorio legal, equivalente al interés legal del dinero, hasta el momento de pago en cinco o diez años.

---

[18] Esta Ley introduce mejoras técnicas en las Disposiciones Transitorias 4.ª y 5.ª de la Ley 1/2013 (Disposición Final 17.ª de la Ley 8/2013) y modifica las previsiones en torno al fondo social de viviendas, restringiendo su ámbito de aplicación y eliminando la posibilidad de su futura ampliación. Por su parte, el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, introduce en el artículo 669 de la LEC, la medida anunciada por la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, y que no se adoptó en su articulado, de reducir del 20 al 5 por 100, el importe a depositar por los postores para participar en la subasta de bienes inmuebles.

Esta norma se aplicará a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (Disposición Transitoria 2.ª 1). Pero también a las constituidas con anterioridad, siempre que se trate de intereses moratorios devengados con posterioridad a su entrada en vigor, así como de intereses que habiéndose devengado a fecha 15 de mayo de 2013, no hubieran sido satisfechos. Se establece, pues, una retroactividad de grado medio de la norma. En los procedimientos de ejecución (hipotecaria u ordinaria) iniciados y no concluidos (con la puesta en posesión del inmueble al adquirente o, en el caso de la ejecución ordinaria, con la plena satisfacción del ejecutante) a la fecha de entrada en vigor de la Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita el despacho de la ejecución, el secretario judicial dará al ejecutante un plazo de diez días para que se recalcule dicha cantidad, o sea la cantidad por la que se ha despachado la ejecución.

Es probable que la entidad financiera recalcule el tipo de interés moratorio según el límite de tres veces el interés legal del dinero, sobre el capital pendiente de pago (incluido el vencido anticipadamente), excluidos los intereses remuneratorios, y sin capitalización del interés de demora que se hubiese generado desde la fecha del vencimiento anticipado hasta la liquidación extrajudicial de la deuda y presentación de la demanda ejecutiva, y sin capitalización posterior del que se genere durante el procedimiento de ejecución hipotecaria ni exigencia de tal interés moratorio devengado durante la ejecución hipotecaria, sobre el total principal reclamado en la demanda ejecutiva, sino sólo sobre el capital impagado y el vencido anticipadamente. Esta forma de recalcular el interés moratorio sería la más favorable a la entidad financiera y la que aparentemente más se ajustaría al tenor literal de la ley[19]. Sin embargo, existen otras posibles interpretaciones más favorables al deudor hipotecario y que moderarían más ajustadamente su responsabilidad patrimonial universal. En este sentido hay que traer a colación la SJMer, número 3 de Barcelona, de 2 de mayo de 2013, en que se resuelve el fondo del asunto que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE resuelta por su sentencia de 14 de marzo de 2013. En el préstamo hipotecario, objeto de autos, se había establecido que la prestataria incurriría en mora automáticamente, sin necesidad de intimación, si dejase de pagar a su vencimiento cualquier cantidad debida por intereses o amortización. Las cantidades respecto de las que incurriese en demora producirían a favor del prestamista unos intereses del 18,75 por 100 desde el día siguiente a aquel en el que se haya tenido que hacer el pago, hasta el día en que haga efectiva la deuda, ambos incluidos. Los intereses de demora se producirían y serían liquidables día a día y su importe se calcularía aplicando la misma fórmula que la de los intereses ordinarios, es decir, capital pendiente × periodo × tipo de interés de demora. En cuanto a las imputaciones de pagos se pactaba expresamente que cualquier pago se imputaría para cada cuota pendiente o para la totalidad del préstamo, si éste hubiera vencido por cualquier causa, en primer lugar, a los gastos realizados y aún no abonados; en segundo lugar, al pago de los intereses de demora vencidos y pendientes; en tercer lugar, al pago de los intereses ordinarios vencidos pendientes y, finalmente, al pago de la parte de capital vencida y pendiente de pago. En su sentencia, el juzgador considera que, abierto un debate legislativo y judicial tras la publicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013, se ha considerado abusivo

[19] A esta interpretación hicimos referencia en Jiménez París, T. A., 2013 (2), págs. 2760 y 2761.

un interés de demora superior a dos o tres veces el interés legal del dinero, por lo que el de autos debía considerarse abusivo, tanto si se considera un instrumento a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, puesto que la entidad financiera no ha dedicado argumento alguno a justificar o concretar los perjuicios causados por la mora, como si se considera que con él se pretende disuadir del incumplimiento y lograr una ética de pago, pues este objetivo difícilmente justificaba un interés tan severo cuando «de los datos con los que contaba la entidad financiera en el momento de conceder el préstamo se constataba que el deudor —el señor José Manuel— no pagaba no porque no quisiera, sino que su impago se debía a la imposibilidad de afrontar el mismo ya que la entidad era conocedora de que el único ingreso familiar era un salario neto ligeramente superior a los 1.100 euros al mes… y el único elemento patrimonial destacable era la propia vivienda. Por lo que si perdía el trabajo quedando en situación de desempleo y perdía la vivienda carecía de ningún medio económico suficiente para el pago de la deuda pendiente». La conclusión para el juzgador es que los intereses moratorios eran abusivos por desproporcionados, además se calcularon incorrectamente conforme a la fórmula pactada en la propia escritura, ya que no se aplicaron al capital pendiente, sino al capital más los intereses remuneratorios pactados. En cuanto a la consecuencia de haber establecido tal interés de demora abusivo, el juzgador habla de cómo se abrió un debate complejo en la práctica judicial, en tanto en cuanto, no se producía una reforma legislativa[20]. En este contexto, el juzgador, con cita de la STJUE, de 14 de junio de 2012, considera que la consecuencia de la declaración de abusividad es la inaplicación de la cláusula frente al consumidor, sin posibilidad de integración del contrato.

En las Conclusiones de la «Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio», celebrada en el Servicio de Formación Continua [para jueces y magistrados], se han señalado como conclusiones que «de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas» (conclusión 5.ª). Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad «en el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la exclusión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos [entonces habría integración del contrato con la norma], existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del art. 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la LH (interés del nuevo art. 114 LH)» (conclusión 8.ª). Ahora bien, pensamos que existe una clara contradicción entre la conclusión 5.ª y la 8.ª. Por otro lado, el texto legal de la Disposición Transitoria 2.ª no es del todo claro. Si bien es cierto que exige recalcular en los procedimientos de ejecución iniciados y no concluidos la cantidad por la que se ha despachado ejecución «conforme a lo dispuesto en el apartado anterior» [pero, nótese, no la cantidad que se reclama en concepto de intereses moratorios], puede entenderse que lo que tal apartado establece es una aplicación retroactiva de la limitación de interés moratorio máximo (tres veces el interés legal del dinero) a los contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual hipotecada, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, con una retroactividad de grado medio, de manera que los

[20] A este debate ya hicimos referencia en Jiménez París, T. A. 2013 (2), págs. 2726 a 2732.

intereses pactados por encima de tal cifra, en tales contratos, y que se devenguen después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, o que devengados antes, no hayan sido satisfechos, tendrán la consideración *ex lege* de nulos por abusivos (la nulidad de los ya percibidos exigiría resolución judicial). Nulidad por abusividad que exige recalcular la cantidad por la que se haya pedido el despacho de ejecución, pero sin que se establezca la consecuencia directa de tal nulidad por abusividad. A tal efecto existirían diversas posibilidades: eliminación de la cláusula sin integración del contrato; integración mediante aplicación del artículo 1108 del Código Civil [interés legal del dinero]; integración mediante aplicación del nuevo artículo 114.3 LH; aplicación de los intereses de mora procesal (art. 576 LEC: interés legal del dinero incrementado en dos puntos); o entender que se siguen devengando los intereses remuneratorios, ya que dar por vencido el préstamo supone, no su resolución, sino exigir el cumplimiento del mismo. Hay que tener en cuenta que tanto la Abogada General en sus Conclusiones, como la STJUE, de 14 de marzo de 2013, consideran que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula contractual es abusiva, correspondiendo al TJUE interpretar los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva 93/13. En concreto, el TJUE, en relación con la cláusula de intereses de demora, señala que el juez nacional deberá comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado dicho pacto; o las aplicables en distintos contratos de este tipo celebrados con consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es el adecuado para garantizar la realización de los objetivos [indemnizatorios y disuasorios del incumplimiento] que dicho interés persigue, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos. Pero el TJUE no determina en dicha sentencia cuáles deberán ser las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios.

Fijado legislativamente un criterio legal para el futuro, y que se aplica incluso retroactivamente, en cuanto a cuáles sean los intereses moratorios abusivos, la cuestión radica en determinar qué sanción van a recibir las entidades financieras que celebraron contratos antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 estableciendo intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero. De acuerdo con la STJUE, de 14 de junio de 2012, «el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». Desde esta perspectiva, una norma como la del artículo 83 TRLGDCU no sería ajustada al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, aplicar al consumidor la protección que pretende conferirle la Directiva 93/13. No cabría, pues, ninguna forma de integración del contrato; tampoco la exigencia de un interés remuneratorio, cuando se solicita la devolución anticipada del capital prestado, impidiendo al deudor hacer uso del beneficio del plazo otorgado y renunciado también a dicho beneficio el acreedor, y por lo tanto, a sus consecuencias, el interés remuneratorio; tampoco la aplicación del artículo 576 LEC, pues estos intereses sólo procederían en los procesos declarativos, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título

no judicial (escritura de constitución de hipoteca), sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 *in fine* de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC[21]. Ahora bien, ejecutada la hipoteca, tras la Ley 1/2013, es evidente que se produce una novación *ex lege* de la deuda pendiente, que ya no queda sujeta al clausulado del contrato de préstamo hipotecario, sino a las disposiciones del artículo 579.2 LEC, en cuanto a la deuda remanente, que será la resultante de aplicar las reglas de los artículos 670 y 671, y por lo tanto, la regla de adjudicación por y hasta un máximo del 70 por 100 del valor de tasación inicial, en los supuestos de vivienda habitual, cuando la subasta queda desierta (párrafo 15 de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, y art. 671 LEC, que utiliza términos imperativos: «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por 100»), así como la regla del artículo 654 LEC en cuanto a la nueva forma de imputar el precio de remate o el importe nominal de la adjudicación. De manera que el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad remanente (que no podrá consistir en intereses de demora según la STJUE de 14 de junio de 2012) 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 que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago, o si satisface en los mismos términos el 80 por 100, en el plazo de diez años. Este interés legal sí se aplicaría, pues, a la deuda remanente. Se trataría de una aplicación de interés de mora procesal de la deuda resultante ahora del decreto de adjudicación del secretario judicial, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, o de la adjudicación al acreedor, y de la posterior certificación expedida por el secretario judicial, tras la liquidación de intereses y costas, en la que se certifica la imputación de pagos indicada en el artículo 654.3 *in fine,* y se señala cuál es la deuda remanente por todos los conceptos. Como 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, el interés legal del dinero del artículo 579.2.*a)* se correspondería con este último.

De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales [podemos decir que la novación legal establecida en el art. 579.2.*a)* queda inoperante al no haberse cumplido las condiciones estipuladas], excluida la cláusula de interés moratorio abusivo (que se elimina según hemos explicado), y de acuerdo con las normas que resulten de aplicación [art. 576 LEC: interés legal del dinero incrementado en dos puntos, pues ya existe una resolución judicial (auto aprobatorio del remate o adjudicación, ahora decreto del secretario judicial)] que constituye un título judicial.

Esta interpretación es coherente con otros preceptos legales introducidos por la Ley 1/2013, en la medida en que si una cláusula abusiva determina la cantidad exigible, se prevé la continuación de la ejecución sin la aplicación de dicha cláusula. Por otro lado, es lógico que el acreedor hipotecario que abusó de su posición dominante al establecer el interés moratorio superior a tres veces el

[21] Cfr. Jueces para la Democracia, 2012, págs. 6 y 7.

interés legal del dinero, vea sancionada civilmente su conducta con la supresión de la cláusula nula y la no integración del contrato.

De acuerdo con la Disposición Transitoria 4.ª 1, y Disposición Transitoria 1.ª, mientras no se haya ejecutado el lanzamiento, será posible la aplicación de la nueva regla del artículo 671 LEC respecto de actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Además, de acuerdo con la Disposición Transitoria 4.ª 5: «Lo dispuesto en el artículo 579.2.*a)* de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, será de aplicación a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos del apartado 2.*a)* del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieren a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014.

La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá, en ningún caso, la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado» (redacción dada por la Ley 8/2013).

Entiendo que a tales deudores incluidos en el ámbito de aplicación de esas Disposiciones Transitorias, debe resultarles de aplicación tanto la eliminación de la cláusula de intereses moratorios abusivos, como la nueva forma de imputación de pagos del artículo 654 [lo que vendría implícito en el hecho de la aplicación del art. 579.2.*a)* (en evitación, además, de cualquier tipo de discriminación)], de manera que, si bien no se devolverían cantidades ya percibidas (a salvo la posible declaración judicial de nulidad de los intereses moratorios abusivos percibidos por la entidad financiera), se alteraría la regla de imputación (por la retroactividad de la norma) para los pagos parciales ya realizados y futuros. Todo ello podría dar lugar a que muchos deudores hipotecarios pudieran acogerse a esta medida de condonación parcial de la deuda remanente y de moderación de su responsabilidad patrimonial universal.

2. Otros mecanismos para disminuir la deuda remanente

Es evidente que la interpretación propuesta y que se ajusta perfectamente a las disposiciones legales nacionales y comunitarias modera la responsabilidad patrimonial universal del deudor, que es lo que pretende la norma que se comenta[22]. Para ello, la Ley 1/2013, no sólo ha previsto todo lo atinente a cláusulas abusivas e intereses moratorios abusivos, sino la regla del artículo 579.2.*a)* a que hemos hecho alusión antes, en relación con el artículo 654 LEC.

De acuerdo con el artículo 654 LEC, ejecutado el bien, el precio de remate se entrega al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución. Si sobrepasare dicha cantidad, el remanente se retiene a disposición del Tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que, finalmente, se deba al

[22] Señala Couso Pascual (Couso Pascual, 2013, pág. 40): el Legislador… ha recogido, indirectamente, la restricción a la continuación de la ejecución judicial para el caso de que no se haya alcanzado, en el proceso de ejecución, subasta y adjudicación, la entera satisfacción del importe del crédito. Si bien no se introduce expresamente por la Ley 1/2013 modificación alguna del principio de responsabilidad patrimonial universal, sí que se establece una novedosa limitación en cuanto a la parte no cubierta del crédito tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual…». Por lo tanto, la adjudicación del bien hipotecado, unido al cobro de los porcentajes indicados en el artículo 579.2.*a)*, supondrá la efectiva carta de pago para el deudor.

ejecutante [intereses moratorios devengados durante la ejecución (art. 1108 CC), si se pactaron o no se excluyeron] y del importe de las costas de la ejecución. Si el producto de la ejecución es insuficiente para saldar la cantidad por la que se hubiera despachado la ejecución, más los intereses y costas devengados durante la ejecución, el pago parcial obtenido se imputa primero a los intereses remuneratorios, después al principal, luego a los intereses moratorios y finalmente a las costas. Como hay que pensar que esta regla de imputación de pagos la establece el legislador en vista a moderar la responsabilidad patrimonial universal del deudor, hay que pensar que, para el futuro, si bien el legislador admite intereses moratorios equivalentes a tres veces el interés legal del dinero, dichos intereses sólo pueden devengarse durante la ejecución hipotecaria, pues concluida esta, y siendo aplicable el artículo 579 LEC, para la deuda remanente, que puede estar constituida exclusivamente por intereses moratorios, ningún efecto beneficioso de la nueva norma de imputación de pagos podría obtenerse si se entendiese que el artículo 114.3 LH permite en el artículo 579.2.*a) in fine* (o sea, para el caso de no ser posible la condonación parcial), que tales intereses generen el interés moratorio pactado en el contrato para el capital. Por ello habría que entender que el capital no satisfecho en la ejecución hipotecaria podrá devengar tal interés moratorio hasta su total satisfacción, pero que los intereses de demora pendientes, sólo podrán 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). En la legislación anterior, al imputarse el pago primero a los intereses remuneratorios y moratorios, como señala la STS de 23 de septiembre de 2010 *(RJ* 2010/7296), el capital pendiente podía continuar devengando intereses moratorios, engrosando enormemente, en una espiral sin fin, la deuda remanente.

La regla de imputación de pagos del artículo 654 LEC se aplica también en el caso de subasta sin ningún postor (art. 671 LEC).

El artículo 579.2, apartados *a)* y *b)* está previsto para el caso de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual (hipotecada para su adquisición o para otros fines), cuando el remate (subasta con postores) o la adjudicación (subasta sin postores) ha sido insuficiente para satisfacer la cantidad por la que se despachó la ejecución hipotecaria y los intereses moratorios y costas devengados durante la ejecución. El precepto aclara que la ejecución ordinaria posterior por la deuda remanente insatisfecha, no se suspenderá, incluso aunque opere lo previsto en el artículo 1 y 2 de la Ley 1/2013, y se suspenda el lanzamiento de la vivienda habitual para las personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (art. 1.2 de la Ley 1/2013) y en las circunstancias económicas previstas en el artículo 13 de aquella.

Aparte de lo anterior, para moderar el principio de responsabilidad patrimonial universal, la ley ha limitado las costas exigibles al deudor ejecutado al 5 por 100 de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva (art. 575.1.bis LEC). Además, en caso de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o del cesionario del remate y estos o cualquier sociedad de su grupo en el plazo de diez años desde la aprobación del remate o de la adjudicación, enajenaran la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Aunque la ley habla literalmente de la «deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación», pienso que este 50 por 100 de plusvalía debería aplicarse sobre

la deuda remanente en la fecha de aprobación del remate o la adjudicación, pues de lo que se trata es de que el deudor se lucre de una revalorización del bien (puesto que soportó su devaluación al no permitirse la adjudicación por el 100 por 100 del valor de tasación inicial, sino por un 70 por 100) o de un precio de mercado que era superior al precio legal de la subasta. Y ello sólo se produce verdaderamente, si esa plusvalía se resta de la deuda remanente tras la ejecución. Quedando aún deuda por saldar, sería ésta la que devengaría el interés legal hasta el momento del pago, siempre que concurriesen las circunstancias del artículo 579.2.*a)* LEC[23].

Como es posible que la ejecución de otros bienes diversos de la vivienda habitual del deudor (hipotecada, subastada y rematada a favor del mejor postor o adjudicada al ejecutante por el 70 o el 60 por 100 del valor de tasación, en el caso del artículo 671 LEC) permitan obtener dinero líquido para aplicar al pago de la deuda remanente (teniendo presente que siguen existiendo bienes inembargables; que sigue vigente el art. 1 del RD-ley 8/2011, de 1 de julio, que ampliaba tales bienes[24]; y que a los pagos parciales verificados con el producto de la ejecución de otros bienes, habría que aplicar también la regla de imputación de pagos del artículo 654 LEC, por ser regla general relativa a la imputación de pagos en caso de realización de bienes mediante subasta, por su ubicación y por lo dispuesto en el art. 655.2 LEC), el artículo 579.2 *in fine* señala que si en los plazos antes señalados (cinco o diez años posteriores a la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación), se produjera una ejecución dineraria que excediera del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas del artículo 579.2.*a)* (ejecución dirigida contra el propio deudor; contra un fiador o contra un hipotecante no deudor), se pondrá a su disposición (del deudor, del fiador o del hipotecante no deudor) el remanente, para hacer efectiva la condonación de responsabilidad personal prevista en el artículo 579.2.*a)*.

La colaboración del deudor hipotecario ejecutado, que permite inspeccionar su vivienda habitual, desde el anuncio de la subasta, permitirá a éste solicitar al

---

[23] Esta previsión sería aplicable incluso en el caso de que el ejecutado ya hubiera satisfecho todas sus responsabilidades en el momento de producirse la enajenación de la vivienda, pues lo que pretende la norma es evitar el enriquecimiento injusto de la entidad financiera. Por otro lado, la posibilidad de aplicar el 50 por 100 de la plusvalía a la reducción de la deuda, es compatible con la aplicación de lo previsto en el artículo 579.2.*a),* de modo que puede alcanzarse el pago del 65 por 100 de la responsabilidad pendiente o del 80 por 100, mediante la aplicación de la participación en la plusvalía originada por la posterior enajenación de la vivienda, puesto que el legislador no lo impide. Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J., 2013, págs. 12 y 13).

[24] Artículo 1. Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares. En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley.

tribunal, a cambio de su colaboración, una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2 por 100 del valor por el que el bien sea adjudicado (art. 691.2 LEC).

Con independencia de lo que la norma suponga para los contratos de préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, esto es, los celebrados desde el 15 de mayo de 2013 en adelante, para los cuales la situación regulada en algunos aspectos es más rigurosa que para los actuales deudores hipotecarios (la salida del bien a subasta podrá pactarse por el 75 por 100 del valor de tasación para la concesión del crédito, lo que hace que la adjudicación por un 70 por 100 será en el futuro una adjudicación de un 70 por 100 sobre un 75 por 100 del valor de tasación inicial)[25], aunque en otros supone una mejora (por ejemplo, el plazo de amortización del préstamo no podrá exceder de treinta años, lo que probablemente provocará una bajada del precio de la vivienda, aparte de otros extremos descritos), lo cierto es que las nuevas normas, interpretadas de la forma expuesta, pueden moderar, por lo menos en teoría, el principio de responsabilidad patrimonial universal de los deudores afectados por la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria, y permitir soluciones favorables para los mismos. Cuestión distinta es cuál sea la virtualidad real de la norma, que sólo la práctica judicial podrá determinar.

---

[25] Este aspecto ha sido puesto de relieve por González-Meneses (González-Meneses, M., 2013, pág. 52) quien señala que los artículos 129.2.a) LH y 682.2.1.º LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, señalan que «a efectos del procedimiento ejecutivo judicial como del extrajudicial o notarial, el valor en que los interesados tasen en la escritura la finca hipotecada para que sirva de tipo en la subasta no podrá en ningún caso ser inferior al 75 por 100 del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Es decir, el valor atribuido por pacto a efectos ejecutivos no puede ser inferior al 75 por 100 del valor de la finca hipotecada fijado por la tasación pericial.

Pues bien, resulta que el legislador quiere hacernos creer que con ello está concediendo algún tipo de beneficio a los deudores, introduciendo una mejora en el procedimiento de subasta, porque antes no existía ningún límite para ese pacto sobre el tipo de subasta (*sic* en el Preámbulo). Esto, sencillamente no es cierto, y no deja de ser sorprendente hasta qué punto el propio legislador puede desconocer (o hacer que desconoce) el ordenamiento jurídico: en el Reglamento de la Ley del Mercado Hipotecario existía y existe todavía una norma (el art. 28.2 del RD 685/1982, de 17 de marzo, y ahora el artículo 8.2 del RD 716/2009, de 24 de abril) que dispone lo siguiente: «La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración». Señala el autor que, con el apoyo en esta nueva norma, en el futuro, las entidades financieras impondrán a sus clientes este tipo de subasta reducido en un 25 por 100 respecto del valor de la tasación. «Con lo cual los… límites del 50 por 100 o del 70 por 100 —que no se calculan sobre el valor de tasación sino sobre este tipo pactado para la subasta— resulta que no se aplicarán sobre el valor de mercado del bien en el momento de constituirse la hipoteca sino sobre el 75 por 100 de ese valor de mercado. Es decir, que se tratará del 50 por 100 del 75 por 100 o de un 70 por 100 del 75 por 100, es decir, de un 37,25 del valor de mercado, como regla general, o de un 52,50 de ese valor de mercado si se trata de vivienda habitual» *(op. cit.,* pág. 53).

IV. CONCLUSIONES

I. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha acogido la filosofía de numerosas resoluciones judiciales que han intentado moderar la responsabilidad patrimonial universal de los deudores hipotecarios.

II. Los principales mecanismos establecidos por la Ley para lograr dicha moderación han sido la posibilidad de eliminar del título ejecutivo cláusulas abusivas determinantes de la cantidad exigida en la ejecución; la limitación legal de los intereses de demora con efectos retroactivos; la alteración de la regla de imputación de pagos del Código Civil, para las ejecuciones judiciales y extrajudiciales; así como la novación legal de la deuda remanente y la condonación parcial de la misma si se cumplen ciertas obligaciones de pago y la participación del deudor en la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda habitual subastada, por el ejecutante o cesionario del remate, o cualquier sociedad de su grupo.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STS de 11 de octubre de 1918.
- STS de 9 de mayo de 1944.
- STS de 10 de febrero de 1950.
- STS de 7 de diciembre de 1954.
- STS de 30 de junio de 1964.
- STS de 16 de junio de 1969.
- STS de 24 de octubre de 1994.
- STS de 8 de mayo de 1996.
- STS de 25 de junio de 1999.
- STS de 2 de noviembre de 2000.
- STS de 7 de mayo de 2002.
- STS de 26 de junio de 2002.
- STS de 31 de julio de 2002.
- STS de 18 de febrero de 2003.
- STS de 8 de julio de 2003.
- STS de 18 de noviembre de 2005.
- STS de 16 de febrero de 2006.
- STS de 4 de junio de 2006.
- STS de 24 de mayo de 2007.
- STS de 14 de junio de 2007.
- STS de 2 de julio de 2007.
- STS de 16 de noviembre de 2007.
- STS de 9 de diciembre de 2007.
- STS de 25 de septiembre de 2008.
- STS de 3 de noviembre de 2008.
- STS de 25 de marzo de 2009.
- STS de 6 de julio de 2009.
- STS de 16 de octubre de 2009.
- STS de 22 de febrero de 2010.

- STS de 17 de junio de 2010.
- STS de 1 de julio de 2010.
- STS de 23 de septiembre de 2010.
- STS de 18 de junio de 2012.
- SAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 4 septiembre de 1997.
- SAP de Gerona, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002.
- SAP de Granada (Sección 3.ª), de 25 de febrero de 2004.
- SAP de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de marzo de 2004.
- SAP de Málaga (Sección 6.ª), de 13 de diciembre de 2004.
- SAP de Sevilla (Sección 6.ª), de 29 de abril de 2005.
- SAP de Murcia (Sección 3.ª), de 19 de noviembre de 2007.
- SAP de Asturias (Sección 5.ª), de 15 de diciembre de 2008.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), de 30 de enero de 2009.
- SAP de Madrid (Sección 21.ª), de 16 de febrero de 2010.
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), de 13 de diciembre de 2010.
- SAP de Orense (Sección 1.ª), de 26 de julio de 2011.
- SAP de Toledo (Sección 2.ª), de 8 de noviembre de 2012.
- AAP de Madrid (Sección 10.ª), de 19 de febrero de 2000.
- AAP de Toledo (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2003.
- AAP de Ciudad Real (Sección 1.ª), 30 de septiembre de 2004.
- AAP de Madrid (Sección 21.ª), de 5 de julio de 2005.
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 7 de marzo de 2006.
- AAP de Madrid (Sección 19.ª), de 14 de marzo de 2007.
- AAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 27 de abril de 2007.
- AAP de Sevilla (Sección 8.ª), de 11 de febrero de 2008.
- AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 6 de mayo de 2008.
- AAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 23 de octubre de 2008.
- AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 15 de octubre de 2010.
- AAP de Madrid (Sección 11.ª), de 26 de octubre de 2010.
- AAP de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre de 2010.
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 17 de enero de 2011.
- AAP de Navarra (Sección 3.ª), de 28 de enero de 2011.
- AAP de Girona (Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2011.
- AAP de Córdoba (Sección 3.ª), de 1 de febrero de 2012.
- AAP de Castellón (Sección 3.ª), de 20 de febrero de 2012.
- SJMer, número 3 de Barcelona, de 2 de mayo de 2013.
- AJPI, número 44 de Barcelona, de 4 de febrero de 2011.
- AJPI, número 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012.
- AJPI, número 1 de Mataró, de 4 de febrero de 2012.
- AJPI, número 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012.
- AJPI, número 6 de Figueres, de 12 de abril de 2012.
- AJPI, número 7 de Tarrasa, de 16 de octubre de 2012.
- AJPI, número 13 de Madrid, de 15 de marzo de 2013.
- Acuerdo de la Sala 1.ª del TS de 20 de diciembre de 2005.
- RDGRN. de 1 de febrero de 1980

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J. (2013): «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, rees-

tructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», en *La Ley 2989/2013.*

Álamo González, D. (2012): *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual.* Valencia, Tirant lo Blanch.

Alcalá Díaz, M.ª A. (2013): *La protección del deudor hipotecario.* Cizur Menor, Aranzadi.

Caballero Gea, A. (2012): *Hipotecas. Contratos bancarios. Intereses. Ejecución hipotecaria judicial,* Madrid, Dykinson.

Couso Pascual, J. R. (2013): «La ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 49, 38-42.

Díez García, H. (2012): «Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor», en A. Salas Carceller (coord.), *Solución a tiempos de conflicto,* Cizur Menor, Aranzadi (págs. 225 a 258).

Garberí Llobregat, J. (2013): *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios,* Barcelona, Bosch.

González-Meneses, M. (2013): «La legitimación de una cláusula abusiva por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 50, 52-55.

Jiménez París, T. A. (2013) (1): «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 735, 273-359.

— (2013) (2). «Las sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012, y de 14 de marzo de 2013, y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 738, 2716-2770.

Jueces para la Democracia (2012): *Boletín de la Comisión de Privado*, núm. 4.º, trimestral.

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 *La Ley 2928/2013.*

Pérez Hereza, J. (2013): «¿Una ley definitiva para la protección del deudor hipotecario?», en *El Notario del Siglo XXI,* núm. 49, 34-37.

Sánchez Calero, F. (1997): *Instituciones de Derecho Mercantil.* Madrid, McGraw Hill.

RESUMEN

EJECUCIÓN HIPOTECARIA; DEUDA REMANENTE; MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha acogido la filosofía de numerosas resoluciones judiciales que, a partir del AAP de Navarra (Sección 2.ª), de 17 de diciembre

ABSTRACT

FORECLOSURE; OUTSTANDING DEBT; MODERATION OF UNLIMITED PERSONAL LIABILITY

Act 1/2013 of 14 May on measures for the reinforcement of mortgage borrower protection, debt restructuring and public rental housing espouses the philosophy of numerous judicial decisions that, following the lead of the Provincial Appellate Court of Navarra (Section 2) of 17 December 2010, have striven to moderate the unlimited personal liability

de 2010, han intentado moderar la responsabilidad patrimonial universal de los deudores hipotecarios afectados por la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Los principales mecanismos establecidos por la Ley para lograr dicha moderación han sido la posibilidad de eliminar del título ejecutivo cláusulas abusivas determinantes de la cantidad exigida en la ejecución; la limitación legal de los intereses de demora con efectos retroactivos; la alteración de la regla de imputación de pagos del Código Civil, para las ejecuciones judiciales y extrajudiciales; así como la novación legal de la deuda remanente y la condonación parcial de la misma si se cumplen ciertas obligaciones de pago y la participación del deudor en la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda habitual subastada, por el ejecutante o cesionario del remate, o cualquier sociedad de su grupo.

of mortgage borrowers affected by the growth and bursting of the real estate bubble. The primary mechanisms established by the act to achieve this moderation are the possibility of ridding the enforcement order of abusive clauses that state the sum to be demanded at foreclosure; the placing of legal limits on the interest rate applied to late payment with retroactive effects; the alteration of the Civil Code's rule on the application of payments, for judicial and other foreclosures; legal novation of the outstanding debt and partial forgiveness of the outstanding debt if certain payment conditions are met; and the establishment of a share for the borrower in the capital gains generated when the borrower's primary home is auctioned by the foreclosing lender or the winning bidder's assignee, or any company in its group.

2. Derecho Mercantil

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y ADQUISITIVA EN UNA COMPRAVENTA DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 25 DE MARZO DE 2013

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

SUMARIO: I. ACERCA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EN UN CASO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.—II. UN NUEVO INADECUADO TRATAMIENTO SOBRE LA POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ACERCA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EN UN CASO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 marzo de 2013 *(JUR* 2013/170534), se resuelve un recurso de casación en el que una acción de rescisión en fraude de acreedores, falta de precio y causa ilícita de un contrato de compraventa de acciones de una sociedad anónima.

Los hechos básicos que constan acreditados documentalmente en autos de apelación, y que son los determinantes de la decisión del Tribunal Supremo, son los siguientes: *a)* El día 18 de mayo de 1987 se constituyó la sociedad OTACHI, S. A., con domicilio social en Alicante, Playa de San Juan, Avda. de Holanda, núm. 5, Edificio Leo 3.º B, siendo designado como administrador único de la misma don Doroteo, y socios de la entidad, el matrimonio formado por el citado administrador y su esposa doña Natividad y sus hijos, Olegario y Juan Ignacio; *b)* El día 2 de febrero de 1988, don Doroteo, su esposa doña Natividad e hijos, constituyen igualmente la sociedad CHIOTA, S. A., fijando el domicilio social en el que lo era de la mercantil OTACHI (si bien después ha cambiado a la calle Temple, 17, bajo de Denia). Las 350 acciones en que estaba dividido el capital de esta sociedad estaban distribuidas del siguiente modo: una acción a nombre de Doroteo, que además era titular del usufructo de las 174 acciones de titularidad de su hijo Olegario —menor de edad—. Otra a nombre de Natividad, con el derecho de usufructo sobre 174 acciones, de las que era nudo-propietario su hijo Juan Ignacio —menor de edad—. En los estatutos —art. 8— se preveía que los usufructuarios tenían tanto los derechos económicos como los derechos políticos, siendo el usufructo establecido vitalicio y sucesivo a favor de cualquiera de los cónyuges. El administrador único nombrado inicialmente fue don Doroteo; *c)* El día 28 de marzo de 1988, don Alexis, concierta con OTACHI, S. A., actuando en representación de OTACHI, S. A., su legal representante, don Doroteo, un contrato que tenía por objeto la compra de una edificación futura

a construir sobre un solar en Villajoyosa por precio de 18.174.606,03 euros; *d)* El 19 de enero de 1990, la mercantil OTACHI, S. A. adquiere la totalidad de las acciones de PUERTO DEPORTIVO DE ALICANTE, S. A., cesándose el día 9 de noviembre de 1990 al antiguo Consejo de Administración que pasa a estar integrado, en calidad de Presidente, por don Doroteo; de Secretaria del Consejo, su esposa, doña Natividad, y como vocales, los hijos del matrimonio, Olegario y Juan Ignacio. El día 26 de noviembre de 1990, se traslada el domicilio social al Edificio Leo, 3.º B, de Alicante; *e)* A principios de 1991, el señor Alexis formula demanda frente a OTACHI, S. A., y frente a don Doroteo y doña Natividad por incumplimiento del contrato de compra de la edificación futura, demanda que da lugar a los autos 23/91, del Juzgado de Instancia, número 5 de Alicante; *f)* El día 24 de septiembre de 1991, la mercantil OTACHI S.A., vende a CHIOTA S.A. todas las acciones de PUERTO DEPORTIVO por importe de 3.515.920,81 euros, fijándose las siguientes condiciones de pago del citado precio. Se confiesa recibido en el acto de la compradora el importe de 300.506,05 euros y se pacta que el resto del precio, se pagaría de modo aplazado en veinte años, con una carencia inicial de dos años; *g)* En fecha 16 de junio de 1993, se dicta en los autos 23/1991, sentencia favorable al demandante, don Alexis, resolución que es confirmada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, el 24 de octubre de 1995, quedando firme la sentencia el día 7 de marzo de 1996, al declararse caducado el recurso de casación. Quedan así firmemente condenados al pago al señor Alexis la cantidad de 1.016.880 ptas. más intereses y costas OTACHI, S. A., y el matrimonio Doroteo-Natividad; *h)* El día 24 de febrero de 1994, don Doroteo y doña Natividad renuncian notarialmente al usufructo sobre las 348 acciones de titularidad de sus hijos de la mercantil CHIOTA, S. A.; *i)* El día 11 de marzo de 1996, son designados como administradores solidarios de la mercantil Puerto Deportivo de Alicante, S. A., los hermanos Olegario y Juan Ignacio. El día 30 de mayo de ese mismo año, es nombrado sin embargo administrador único, don Doroteo padre, nombramiento que es ratificado el día 3 de mayo de 2001; *j)* El día 5 de enero de 2006, se formula demanda de ejecución de la sentencia de 16 de junio de 1993, firme desde el día 7 de marzo de 1996, despachándose ejecución por importe de 21.731.682,43 euros el día 23 de enero de ese mismo año, ejecución que resulta infructuosa al carecer de patrimonio los ejecutados, es decir, OTACHI, S. A., y el matrimonio Otamendi-Chico; *k)* De la mercantil CHIOTA, S. A., ha sido administrador don Doroteo padre hasta el 29 de marzo de 2006, fecha en que es nombrado a tal cargo Olegario; *l)* De la mercantil PUERTO DEPORTIVO de Alicante, S. A., ha sido administrador único don Doroteo padre hasta el día 29 de marzo de 2006, fecha en que es nombrado para tal cargo su hijo Olegario; *ll)* A consecuencia de la ejecución infructuosa de la sentencia firme dictada en los autos 23/1991, se formularon por el señor Alexis dos procedimientos judiciales, uno, el 243/07, seguido en el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Denia, en el que insta la nulidad —o revocación por ser donación en fraude de ley— de la escritura pública de 24 de febrero de 1994, de renuncia al usufructo por el matrimonio Doroteo-Natividad, y otro, el 674/07, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Denia, en el que se solicita la nulidad, o en su caso, rescisión, del contrato de 24 de septiembre de 1991 de venta de las acciones de Puerto Deportivo de Alicante, S. A., de OTACHI, S. A. a CHIOTA, S. A., demanda esta última que tuvo como previo la demanda formulada el día 1 de febrero de 2007, de Diligencias Preliminares, que dio lugar al procedimiento número 110/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Denia, y que tuvo como resultado la decisión

de exhibición documental practicada el día 13 de junio de 2007, del contrato de 24 de septiembre de 1991, de venta por OTACHI, S. A. a CHIOTA, S. A. de las acciones de Puerto Deportivo.

La demanda en la que se solicita la nulidad, o en su caso, rescisión del contrato, de 24 de septiembre de 1991, de venta de las acciones de Puerto Deportivo de Alicante, S. A. de OTACHI, S. A. a CHIOTA, S. A., fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Uno de Denia, que la admitió a trámite, conforme a las reglas procesales del juicio ordinario, por auto de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete y con el número 674/2007.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), de 28 septiembre de 2011 *(JUR* 2011/24776), confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad del siguiente tenor:

«En relación al periodo prescriptivo de la acción de nulidad. Dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, que ...es constante la jurisprudencia de esta Sala al proclamar que la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado, pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261-3.º del Código Civil; nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que resulta predicable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (art. 1276 CC). Como consecuencia de ello, la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no pueda acudirse a las normas que sobre la nulidad contractual (rectius: *anulabilidad) establecen los artículos 1300 y 1301 del Código Civil, pues ya el primero se refiere de modo expreso a "los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley. En este sentido señala la sentencia de esta Sala, de 18 de octubre de 2005, y reitera la de 4 de octubre de 2006, que "aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 del Código Civil podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que 'la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción' (en el mismo sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)". La doctrina está plenamente asentada y por tanto, siendo la acción ejercitada de nulidad radical por ilicitud de la causa, determinante de la presencia de la simulación absoluta del contrato de venta de acciones, la acción ejercitada no está prescrita (art 1964 CC) —tanto menos caducada (art. 1301 CC)—, ya que el artículo 1301 del Código Civil sólo es aplicable a los supuestos en que existe verdadero contrato por reunir los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, y, en cambio, en la simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales según el artículo 1276 del Código Civil lo que determina la imprescriptibilidad de dicha acción.*

La excepción de prescripción queda por tanto, rechazada».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, confirmó la imprescriptibilidad de la acción de nulidad razonando lo siguiente:

«I. En este motivo Chiota, S. A. y Puerto Deportivo de Alicante, S. A., denuncian la infracción del artículo 1964 del Código Civil (LEG *1889/27).*

Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe —como había establecido el Tribunal de Apelación—, sí lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.

A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese efecto restitutorio —en cuanto personal y no sometida a un régimen especial— había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.

II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis como en su ejecución.

En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada —ex nihilo nihil—.

Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto —colorem habet substatiam vero alteram— *o puede no ocultar nada* —colorem habet, substatiam vero nullam—.

Este último es el supuesto de simulación que el Tribunal de Apelación declaró convenido entre Otachi, S. A., y Chiota, S. A., de modo que, por ser la simulación absoluta, no hubo más que apariencia de negocio y nada oculto».

Al Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de marzo de 2013, no le falta razón en declarar imprescriptible la acción de simulación, ahora bien, sólo lo debería haber hecho en cuanto a los efectos declarativos pero no en relación con los efectos restitutorios de la misma, los cuales, en nuestra opinión, estarían sujetos al plazo de prescripción general de las acciones personales de quince años, por aplicación de lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil, puesto que sin lugar a dudas el artículo 1930 del Código Civil declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquier clase que sean, sin que los efectos restitutorios de la nulidad se encuentren dentro de las acciones imprescriptibles que la Ley declara como tales.

Pone de manifiesto un debate existente como hiciera la clásica sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1964 *(RJ* 1964/1152), que sentara con acierto el criterio de la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad del siguiente modo:

«Que en la sentencia últimamente citada, de 7 de enero de 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en

anteriores sentencias, entre otras en las de 8 de mayo de 1903, 2 de marzo de 1912, 26 de marzo de 1915 y 13 de abril de 1956 (RJ *1956/1560), de que, dado el concepto y fundamento de la prescripción, está la Institución encaminada, especialmente, a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso, al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil, la cuestión aparece clara: en el párrafo 2.º del artículo 1930, se declara la prescriptibilidad de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean": en los artículos 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa, torpe, sin establecer que, las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca —y dicho queda que este Tribunal la estima acertada— no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y aceptada en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción, el recurrente denuncia*».

De Castro[1], con apoyo en la sentencia citada del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1964, se manifestó del siguiente modo: «Las llamadas acciones meramente declarativas no están comprendidas dentro del sentido estricto de acción *(actio)* empleado por los artículos 1930, 1932 y 1961. Así no quedan sometidas a la prescripción las acciones para declarar la inexistencia, nulidad y simulación; aunque sí lo están las acciones restitutorias que de ellas pueden resultar. La prescripción de estas últimas acciones puede, a su vez, ser obstáculo para el ejercicio de las acciones declarativas, cuando ellas sean el interés que pueda justificar su ejercicio».

Recientemente, Díez-Picazo y Gullón[2], también con apoyo en la sentencia citada del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1964, vuelve a manifestarse a favor de la aplicación del plazo de prescripción de quince años a los efectos restitutorios de la nulidad, al decir: «Es imprescriptible la acción para obtener la

[1] De Castro, *Temas de Derecho Civil,* 1972, pág. 150.

[2] Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil.* Vol. I. *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica,* duodécima edición, Ed. Tecnos, 2012, pág. 428.

declaración de nulidad absoluta (o inexistencia) de un negocio jurídico. Sin embargo, los efectos restitutorios que se persigan como consecuencia de la nulidad están afectados por la prescripción. Las acciones restitutorias que se ejercitan con la de nulidad de un contrato, por ejemplo, para lograr la restitución de la cosa entregada, prescriben como cualquier otra acción (sentencias de 27 de febrero de 1964 y 13 de abril de 1988)».

Del mismo modo, CARRASCO[3] se pronuncia sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la nulidad al razonar que: «El plazo de la acción de restitución derivada de un contrato que padezca de una ineficacia sin un régimen específico de prescripción es en general de quince años, como por lo demás la jurisprudencia viene manteniendo pacíficamente para la nulidad del contrato usurario».

REGLERO CAMPOS[4] resume el estado de la cuestión de la siguiente forma: «Especial consideración merece la acción de simulación. La imprescriptibilidad es evidente cuando se trata de simulación absoluta. Se ha planteado la duda respecto de la relativa, duda que, como se ha señalado, carece de fundamento, puesto que no parece que el negocio simulado tenga realidad jurídica, ni que ésta pueda nacer utilizando la figura de la prescripción.

En definitiva, y con carácter general, la no sujeción a plazo de este tipo de acciones ha sido y sigue siendo una cuestión tradicionalmente pacífica en nuestra doctrina, habiendo sido confirmada por una copiosa jurisprudencia. En efecto, pasado un primer periodo de confusión entre los supuestos de mera anulabilidad y de nulidad absoluta, la jurisprudencia ha distinguido con claridad entre ambos tipos de ineficacia del negocio, declarando la imprescriptibilidad de la acción dirigida a la declaración de nulidad absoluta de un contrato o negocio, de acuerdo con la regla *quod ab initium vitiosum est*. Así, STS de *23 de octubre de 1992* (simulación absoluta en contrato de compraventa), *6 de junio de 1986* (falta de consentimiento contractual), *13 de febrero de 1985* (inexistencia de causa), *4 de abril de 1984* (falta de consentimiento: contratante mentalmente incapaz), *25 de abril de 1983* (contrato de arrendamiento celebrado por consejero sin poder para ello).

Declaran también la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, diferenciándola de la situación de sometimiento a plazo de la acción de nulidad relativa, las STS de *16 de febrero de 1990, 19 de julio de 1989, 6 de abril de 1984, 14 de marzo de 1983, 5 de noviembre de 1981 y 20 de noviembre de 1980,* entre otras muchas, consolidando una doctrina que, referida al contrato, puede sintetizarse del siguiente modo: cuando se trate de un supuesto de nulidad absoluta del contrato por faltar algunos de sus requisitos esenciales, no cabe aplicar el plazo de cuatro años sancionado por el artículo 1301 del Código Civil, ya que, puesto en relación concordante con el 1.300 que le precede, dicho plazo solamente tiene aplicación a los contratos subsanables, es decir, a aquellos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, y no a los radicalmente nulos por falta de alguno de los requisitos que este último precepto señala.

Se ha declarado igualmente la imprescriptibilidad de:

— La acción de nulidad por adolecer el negocio de defectos formales, cuando la forma tiene carácter constitutivo, fundamentalmente en materia de

---

[3] CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos,* Aranzadi, 2010, págs. 675 y 676.

[4] REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código Civil,* Tomo XXV, vol. 2, *Artículos 1961 al final del Código Civil,* Edersa (1994).

donación de bienes inmuebles (sentencia del Tribunal Supremo de *10 de diciembre de 1987*).

— La acción dirigida a desvelar el contrato oculto en un negocio simulado con simulación relativa (sentencia del Tribunal Supremo de *22 de diciembre de 1987)*.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la imprescriptibilidad que aquí estudiamos debe predicarse tan sólo de las acciones dirigidas a la declaración de nulidad del negocio nulo de pleno derecho, pero no alcanza a las acciones restitutorias que de ellos puedan derivarse o, en general, al conjunto de efectos derivados de otros hechos jurídicos, como pueden ser ciertas situaciones posesorias surgidas como consecuencia del contrato nulo. Esto es así hasta el punto de que la prescripción de tales acciones pueden dejar prácticamente sin objeto a las acciones declarativas de nulidad, cuando lo que se pretenda con éstas sea exclusivamente obtener los efectos restitutorios, o cuando se ha operado la usucapión extraordinaria (cfr. art. 1959). De este modo, cuando se han ejecutado las prestaciones, se considera que la acción restitutoria está sometida a plazo, y más concretamente, al no poder entenderse comprendida en los supuestos de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, al general de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

De igual modo se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de *27 de febrero de 1964,* distinguió entre la acción declarativa de nulidad absoluta del negocio, considerándola imprescriptible, y la acción restitutoria, de carácter prescriptible, declarando a este respecto que —dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del art. 1930 se declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquiera clase que sean; en los arts. 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su art. 1965—. Precisión esta última evidentemente inexacta».

Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA[5] concluye igualmente sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, lo siguiente:

«Pero si esto es así, por ello mismo distinto ha de ser el tratamiento de las pretensiones que, si bien basadas en la nulidad, no se reducen a su mera declaración: en particular, la acción restitutoria de la prestación realizada. Como recuerda la importante sentencia de 27 de febrero de 1964 (con antecedente en la de 31 de octubre de 1922), en el artículo 1930 del Código Civil se declara la prescripción de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean", sin que se establezca en parte alguna que las acciones restitutorias basadas en la nulidad sean imprescriptibles, carácter que el Código reconoce sólo a las que enumera en su artículo 1965. Dado que el Código tampoco señala particularmente el plazo de prescripción —y supuesto que no ha de aplicarse el art. 1301—, debemos inclinarnos por el genérico de quince años de las acciones personales que no tengan fijado otro (art. 1964 CC).

En este sentido, ESPÍN, D., 1970, 531 y sigs., y 537 y sigs., con cita de doctrina y amplio razonamiento. Mucho antes, BORRELL Y SOLER, A., 1947, 115-117. La

[5] DELGADO ECHEVARRÍA, *Tratado de la nulidad de los contratos. Parte 2. Las acciones de invalidez. 2.3.4. Tiempo en que puede hacerse valer la nulidad,* págs. 126 y sigs. Zaragoza, 2003.

misma opinión en DÍEZ-PICAZO, L., 1970 I, 302, 1993 I, 448, 1996 I, 474; BELLO JANEIRO, D., 1993, 63; con dudas, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., 1995, 245, 249 y 278 y sigs.».

En este ámbito, resultan interesantes las aportaciones de PASQUAU LIAÑO[6] al respecto, cuando razona lo siguiente:

«Si las opiniones también prescribieran, estaría ya a punto de extinguirse la que expresé en 1997, porque no ha tenido apenas éxito alguno ni, desde luego, ningún eco jurisprudencial que hubiese interrumpido su prescripción... Entonces ya defendí que la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento, y que tanto desde el punto de vista de los textos legales (art. 1930.2 CC) como de los intereses en presencia (la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción), y de la misma naturaleza de la nulidad, debe más bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato "pudiera" ejercitar la acción o "debiera" invocar la nulidad (art. 1969 CC). También creo que la disociación entre la acción "declarativa" de la nulidad y la acción que quiere hacer valer "sus consecuencias" parte de una distinción forzada (aunque ciertamente consolidada) que más parece una necesidad para precisamente escapar "a veces" de la imprescriptibilidad que al mismo tiempo se proclama. Yo entiendo que siempre que sea necesario el ejercicio de la acción para que un contrato pueda ser considerado jurídicamente como nulo (porque su declaración exija una valoración judicial en procedimiento contradictorio con todas las garantías: por ejemplo, los casos de causa inexistente o ilícita —arg. art. 1.277 CC—), dicha acción estará sujeta al límite temporal de la prescripción, por exigirlo así, igual que en cualquier otro ámbito del derecho de contratos, la seguridad jurídica. Esta herejía cambia alguna de las soluciones a los diferentes supuestos que cabe imaginar de ejercicio tardío de la acción de nulidad, respecto incluso de las propiciadas por la versión más razonable de las antes expuestas, es decir, la que no duda que la acción de restitución derivada de la nulidad sí prescribe; pero sobre todo, a mi juicio, mejora las explicaciones, se incardina mejor en la teoría general de la prescripción, contribuye a la seguridad jurídica, evita con más eficacia los excesos a que de vez en cuando se llega en la práctica judicial de la mano del dogma de la imprescriptibilidad, y resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión».

Como ya hemos adelantado, en nuestra opinión, al recurrente en casación no le faltaba razón en cuanto a la alegación de la prescripción de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, sometida por tanto al plazo general de las acciones personales de quince años. Sin embargo, seguimos asistiendo en nuestra Jurisprudencia a afirmaciones y soluciones que siguen declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en todos sus efectos, en contravención de lo que realmente prescribe es la acción (art. 1930.2 del CC) y no la situación jurídica

---

[6] PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe». *Principal,* 2006 (Especial Coloquio) NUL. «Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos».

Vid., anteriormente, las reflexiones del mismo autor al respecto en: PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato,* Madrid, 1997, págs. 277 y sigs.

derivada de la nulidad[7]. Dicho plazo de prescripción debería contarse por tanto desde la consumación del contrato nulo, *ex* artículo 1969 del Código Civil.

II. UN NUEVO INADECUADO TRATAMIENTO SOBRE LA POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) de 28 de septiembre de 2011 *(JUR* 2011/24776), confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, se pronunció sobre la usucapión de las acciones de la sociedad anónima cuya adquisición fue realizada fraudulentamente, en los términos declarados probados:

«*Respecto de la usucapión o prescripción adquisitiva de las acciones por la mercantil CHIOTA, S. A., entendido tal instituto como motivo determinante de la inoperabilidad de la acción de nulidad ejercitada, entendemos que es también rechazable dado que, como bien argumenta en su oposición el actor, falta en el argumento planteado por los demandados el elemento determinante de la usucapión, que es la razón del instituto mismo, a saber, la presencia del vicio a cuya purga se dirige la prescripción adquisitiva, es decir, el vicio de la falta de propiedad por el transmitente.*

Es por ello que podemos traer a colación, proyectando el argumento sobre el caso que nos ocupa, el razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2002, cuando rechaza la usucapión como medio para eludir los efectos de una acción de nulidad señalando que ...ya de entrada ha de excluirse en este caso cualquier juego de la usucapión como modo de adquisición del dominio de sus respectivas viviendas por los demandantes, porque si la base de

---

[7] Para Pasquau Liaño (vid., *op. cit.*), no habría incluso que hacer diferencias en cuanto a la prescripción de la nulidad, tanto en la denominada vertiente declarativa, como restitutoria, cuando afirma que: «En mi opinión, lo que se denomina acción "meramente declarativa de nulidad" como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, es una entelequia. Puede, en casos extremos que no se encuentran en los repertorios de jurisprudencia sino sólo en los manuales, pedirse la nulidad *sin más*, pero incluso entonces será *para algo más*: por ejemplo, para disuadir a la otra parte de reclamar el cumplimiento y evitar la responsabilidad por incumplimiento. Entendería que suscitase indiferencia la afirmación de que esa acción no prescribe (porque aunque se dijera lo contrario ello sería absolutamente irrelevante, salvo que se defendiera un plazo de prescripción de la nulidad inferior al de la acción de cumplimiento), pero desde luego no concibo que pueda suscitar entusiasmo, ni logro comprender que se hayan dedicado tantos esfuerzos a defenderlo ni tantos epígrafes de manuales. La acción de nulidad persigue un pronunciamiento que desactive todos o alguno de los efectos del contrato. Su éxito traerá consecuencias beneficiosas (ofensivas o defensivas) para el demandante (es de suponer que de lo contrario no la pediría) y consecuencias perjudiciales para la otra parte, que defiende todos o alguno de los efectos del contrato (de lo contrario es de suponer que se allanaría). La acción de nulidad no pretende *adjetivar el contrato:* declarar el contrato nulo no es como declararlo largo, corto, o amarillo. Pretender la nulidad es pretender la ineficacia de un contrato del que otra parte defiende su eficacia: por eso, cada vez que el contrato haya desplegado algún efecto, la acción está sujeta a prescripción. Mientras no haya desplegado efecto alguno no es que no prescriba la acción: es que no ha comenzado el plazo todavía. Pero la acción de nulidad, en cualquiera de sus modalidades, como toda otra acción personal, prescribe si, pudiendo ejercitarse (para perseguir un interés procesalmente suficiente), transcurre determinado tiempo sin ser ejercitada».

su demanda era la compra a los demandados inmediatamente seguida de la entrada en posesión de las viviendas entregadas por aquellos, cuya legítima titularidad al momento de los contratos nadie ha discutido, es claro que adquirieron la propiedad por consecuencia de un contrato apto para transmitir el dominio mediante la tradición (arts. 609 y 1095 CC), sin que por tanto hubiera lugar a la usucapión a partir de ese momento por ser ya propietarios en virtud de un título directamente otorgado a su favor por los propietarios anteriores.

No está en cuestión en este litigio la propiedad originaria de Puerto Deportivo. Tampoco la transmisión a favor de CHIOTA, S. A. Lo que se cuestiona es si el título de transmisión era válido, y a la subsanación de tal defecto no resulta viable la figura de la prescripción adquisitiva, tanto menos cuando como hemos señalado al argumentar sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, la nulidad no es subsanable que, no sería lógico, imprescriptibilidad de la acción quedaría burlada a través de una figura articulada para fines distintos si se admitiera, como pretenden los co-demandados eludir la razón de nulidad a través de la subsanación por posesión».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, confirmó la inexistencia de usucapión de las acciones alegadas por los recurrentes en casación, razonando lo siguiente:

*«I. Chiota, S. A. y Puerto Deportivo de Alicante, S. A. denuncian en este motivo la infracción de los artículos 609, 1941, 1955 y 1962 del Código Civil (*LEG *1889/27).*

Alegan que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta los mencionados preceptos, conforme a los que Chiota, S. A., habría adquirido por usucapión la titularidad de las acciones representativas del capital de Puerto Deportivo de Alicante, S. A., pese a la declaración de que el contrato causante de la transmisión hubiera sido declarado simulado y, al fin, nulo.

II. De nuevo prescinden las recurrentes de las consecuencias que se derivan de que el contrato hubiera sido declarado simulado.

Ello significa que la entrega de las acciones, convenida entre las contratantes —tradens *y* accipiens—*, se efectuó sin ánimo —salvo en apariencia— de transmitir y adquirir, respectivamente, la posesión de aquellas en concepto de dueño.*

En definitiva, la posesión de Chiota, S. A., meramente tolerada, no pudo aprovechar a la misma en orden a la usucapión —art. 1942 del CC—».

Si incorrectos nos parecen los razonamientos vertidos en las sentencias de apelación y casación sobre la prescripción extintiva de la acción de nulidad derivada de un contrato simulado de compraventa de acciones de una sociedad anónima, igualmente de inadecuados nos resultan los vertidos en sede de la prescripción adquisitiva alegada por los recurrentes sobre dichas acciones de una sociedad anónima, no porque podamos verificar a raíz de los hechos declarados probados la existencia o no de dichos requisitos para la usucapión, sino porque no se aborda el tratamiento de la misma como merece.

Aunque recientemente nos hemos ocupado ya del tema[8] no está de más que hagamos de nuevo una referencia a las cuestiones que han de analizarse en una cuestión como la propuesta.

---

[8] Para una mayor extensión sobre el tema, vid. Redondo Trigo, «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiem-

Como dijimos en su momento, un acercamiento a este problema, el de la usucapión de acciones de una sociedad anónima, supone necesariamente tener en cuenta tanto aspectos propios de la usucapión de derechos; de las adquisiciones a *non domino;* de la doctrina de los títulos valores y su representación; y del régimen propio de circulación y ejercicio de los derechos incorporados a las acciones de una sociedad anónima, lo que unido a lo infrecuente del asunto, hace que revista especial interés aclarar las posibilidades —al menos teóricas, aunque no por ello inexistentes en la práctica— que el fenómeno de la usucapión pudiera tener en cuanto a la adquisición originaria (o derivativa, según entendamos el fenómeno de la prescripción adquisitiva) de unas acciones de una sociedad anónima.

Hace unos años, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995/9398)[9], no se pronunció sobre la posibilidad y requisitos de la usucapión de acciones de una sociedad anónima, puesto que los adquirentes de unas acciones como consecuencia de la ejecución de una prenda existente sobre las mismas no pudieron usucapir ordinariamente al no acreditar el requisito de la buena fe.

Pues bien, el único argumento esgrimido por la sentencia de apelación confirmado por el Tribunal Supremo para denegar la posible usucapión fue la inexistencia de buena fe en los adquirentes de las acciones de la sociedad anónima, ya que los mismos al ser accionistas de las sociedades a que dichas acciones correspondía conocían el carácter y condición de las mismas, así como su pignoración y por tanto la imposibilidad de proceder a su venta en forma distinta a la prevista legalmente.

Por otro lado, el supuesto de hecho analizado en la sentencia de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012/10406), es distinto al anterior. Se trataba de analizar la usucapión extraordinaria de las acciones de una sociedad anónima por parte del adquirente de las mismas, mediante la nulidad del título de adquisición.

Así, el Tribunal Supremo, pese a confirmar la nulidad de las escrituras públicas de liquidación de sociedad de gananciales, adjudicación parcial de herencia y compraventa de acciones, todas ellas de fecha 5 de agosto de 1996, declara la prescripción adquisitiva extraordinaria a favor del adquirente, respecto de la adquisición y propiedad de las acciones objeto de la compraventa de 5 de agosto de 1996 y, en consecuencia, su irreivindicabilidad por terceros.

Es decir, se aprecia por el Tribunal Supremo que por parte del adquirente de las acciones citadas se había llevado una posesión en concepto de dueño de forma pública *(«el recurrente llevó a cabo una posesión en concepto de dueño mediante el ejercicio de los derechos inherentes a su condición de accionista, actuando públicamente como dueño de las acciones compradas»)* pacífica e ininterrumpida *(…lo cierto es que se requiere necesariamente, como se ha señalado, la interposición de una acción específica y contradictoria de la posesión del demandado. Cuestión que no se ha producido en el presente caso, en donde el recurrente no fue parte del proceso que llevó a la nulidad del testamento y no consta que, a los efectos adqui-*

---

bre de 2012». en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* ISSN: 0210-0444, año núm. 89, núm. 737, 2013, págs. 2052-2075.

[9] Vid. comentario a esta sentencia por Martín Osante, «Sentencia de 26 de diciembre de 1995. Prenda de acciones. Pacto comisorio y derechos del acreedor prendario. Nulidad del acto de disposición. Artículos 1872 del Código Civil y 323 del Código de Comercio. Acciones y usucapión», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 41, abril-agosto de 1996, págs. 677 y sigs.

sitivos aquí analizados, haya sido citado judicialmente hasta el curso del presente procedimiento, diciembre de 2008…).

Pues bien, hemos de partir que el artículo 1930 del Código Civil establece que sólo el dominio y demás derechos reales son susceptibles de usucapión *(«Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y los demás derechos reales»)*, lo que ha llevado generalmente a la doctrina a entender excluida del ámbito de la usucapión a los derechos de crédito.

Por tanto en el tema que nos atañe, a saber, usucapibilidad de las acciones de una sociedad anónima, hemos de partir de la consideración de títulos valores de las mismas, tal y como establece el artículo 92 de la Ley de Sociedades de Capital, pero las acciones de una sociedad anónima representadas mediante títulos no quedan «incorporadas» al documento hasta la emisión de los títulos que es cuando adquieren por tanto la verdadera naturaleza de título valor.

Por tanto, si no están emitidos los títulos, las acciones que tienen este régimen de representación circulan en el tráfico jurídico mediante el régimen de los derechos de crédito y demás derechos incorporales de conformidad con lo previsto en el artículo 120.1 de la Ley de Sociedades de Capital, no siendo aplicable el principio de la legitimación por la posesión hasta ese momento, según el artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma, para el supuesto de acciones nominativas cuyos títulos no se han emitido, su régimen de circulación es conforme a la cesión de créditos y derechos incorporales, lo que unido a la naturaleza jurídica de dichas acciones como una relación jurídica de cooperación que incorpora un conjunto de derechos y obligaciones hace que evidentemente no sea susceptible de usucapión (ni ordinaria ni extraordinaria) este tipo de acciones, por estar excluida del ámbito de la usucapión tal tipo de derechos, según prescribe el artículo 1930 del Código Civil[10].

¿Pero qué ocurre en el supuesto de que se hayan emitido los títulos de las acciones nominativas representadas mediante títulos? Es en este caso donde debemos plantearnos la posible usucapión de las mismas, conforme a las siguientes consideraciones.

Según el artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital: «*…las acciones nominativas podrán transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del título, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque. La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas*».

Por ello, será en el caso en el que el título nominativo (acción) circule cambiariamente cuando el problema de la posible usucapión del mismo cobra su importancia debiendo, por otro lado, ser necesario para dar respuesta al problema, que cuando la acción nominativa es transmitida por endoso cambiario y por aplicación del artículo 19 de la Ley Cambiaria y del Cheque, puede darse una adquisición *a non domino* de la misma para el adquirente de buena fe, de ahí que el juego de dicha adquisición *a non domino* pueda impedir la existencia de una usucapión cuando exista una colisión entre ambas figuras.

Generalmente, el usucapiente puede serlo en virtud de un negocio celebrado por una persona que no es verdadero propietario de la cosa, o bien, porque

[10] A la misma conclusión habríamos de llegar para el caso de las participaciones sociales al no tener el carácter de valores según el artículo 92.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

haya adquirido la cosa del verdadero propietario mediante título inidóneo para la transmisión del dominio.

Pues bien, en este contexto del ámbito de aplicación de la usucapión y de las adquisiciones *a non domino,* ha de comentarse igualmente que cuando se produzca una adquisición a *non domino* no puede tener lugar la usucapión ordinaria del objeto de la misma, por la exclusión de ambas instituciones, ya que el adquirente a título oneroso de buena fe en el supuesto de adquisición *a non domino* ya tiene una posición irreivindicable.

Sin embargo, a nuestro juicio, si no se cumple el requisito de la buena fe necesario para la apreciación de la adquisición *a non domino,* no vemos motivo para excluir la usucapión mobiliaria extraordinaria del objeto en cuestión, donde sólo se requiere la posesión en concepto de dueño durante seis años, sin necesidad de buena fe, según lo previsto en los artículos 447 y 1955 del Código Civil, en el supuesto de que se hayan emitido los títulos de las acciones nominativas representadas mediante títulos y estos hayan circulado cambiariamente por endoso.

Pues bien, desechada por nuestra parte la tesis germanista relativa a la interpretación del artículo 464 del Código Civil, creemos igualmente con la llamada tesis intermedia elaborada en su día por VALLET DE GOYTISOLO, luego desarrollada y corregida por Miquel GONZÁLEZ, que el artículo 464 del Código Civil ofrece, entre otros aspectos, una prueba del título que la posesión de bienes muebles de buena fe es una prueba del título, de ahí que, si se prueba la existencia de un título nulo, éste no quedaría sanado mediante la posesión de buena fe, ya que no es entendible una equivalencia entre posesión de buena fe y título, no siendo óbice a ello la falta de exigencia en el artículo 1955 del Código Civil de justo título para la usucapión ordinaria, lo que consideramos, por otro lado, que vendría exigido genéricamente por el artículo 1940 del Código Civil.

Una vez sentado lo anterior, además ha de señalarse que un título ineficaz no puede servir para la usucapión ordinaria, debiendo ser verdadero y válido, como afirma al menos lacónicamente el artículo 1953 del Código Civil, por lo que entendemos que debe quedar excluida la usucapión mobiliaria ordinaria *inter partes*, no bastando pues, a estos efectos, la posesión de buena fe, según la interpretación del artículo 464 del Código Civil efectuada por la conocida tesis intermedia a la que nos adherimos.

Nos restaría, rechazado el título ineficaz (v.gr., nulo, anulable, rescindible) como título válido para la usucapión ordinaria mobiliaria, eliminar —a nuestro juicio, según el Derecho vigente—, también la posibilidad del título putativo como justo título a los efectos de la usucapión.

Sentadas las bases anteriores y volviendo al caso específico de las acciones nominativas cuyos títulos estén emitidos y circulen cambiariamente, podríamos encontrarnos con diversas situaciones (unas con mayor incidencia práctica que otras) en que poder aplicar las anteriores consideraciones.

Pensemos en el caso en que el transmitente celebra un negocio ineficaz con su correspondiente parte contractual para la adquisición de las acciones nominativas cuyos títulos estén emitidos y circulen cambiariamente (por ejemplo, como el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2012, donde se había declarado nula la venta de acciones en función de la nulidad de la adjudicación hereditaria, aunque en esta sentencia no consta el régimen de representación y circulación de las acciones vendidas, aspecto fundamental para la apreciación de la posible usucapión, tal y como hemos expuesto, o bien como el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, donde se declara nulo por simulado un contrato de compraventa de

acciones de una sociedad anónima). En este supuesto, ni el adquirente es tercero, ni ha existido negocio válido —justo título— para transmitir el dominio, por lo que ya, sólo por esto, no es posible la apreciación de una adquisición *a non domino, ex* artículo 19.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Sin embargo, sí que en teoría y en esta situación descrita habría de considerarse la posible aplicación de la usucapión extraordinaria, en función de las específicas características de la posesión *ad usucapionem*, que con mayor o menor dificultad pudieran darse en la práctica, a saber, posesión en concepto de dueño durante seis años sin necesidad de justo título y buena fe para la usucapión extraordinaria, según los artículos 447, 1940, 1941 y 1955 del Código Civil.

El hecho de poder admitir en los ejemplos citados una posible usucapión extraordinaria, supone que al menos hayamos de plantearnos el requisito de la misma consistente en la posesión en concepto de dueño, para poder tener una idea completa de la apreciación práctica de la problemática, ya que el resto de los mismos que resultan necesarios (posesión pública, pacífica e ininterrumpida, *ex* art. 1941 del CC), entendemos que no gozan de gran particularidad en el presente caso.

Como conocemos, es requisito de la usucapión mobiliaria extraordinaria la posesión en concepto de dueño, *ex* artículos 447 y 1941 del Código Civil, ¿pero qué podemos entender por tal en el ámbito específico que ahora nos ocupa?

Previamente y con carácter general entendemos por tal posesión en concepto de dueño *ad usucapionem,* aquella en la que el poseedor realiza actos inequívocamente dominicales sin que sea necesaria la apreciación de título. Así, la realización de dichos actos inequívocamente dominicales en la esfera societaria pasan sin duda por el ejercicio de los derechos (políticos y/o económicos) incorporados a las acciones cuya usucapión se pretende; apariencia de titularidad frente a la sociedad que supone la legitimación de ejercicio de los derechos de las acciones nominativas «cosificadas» que podría ser entendida por la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, coadyuvando esto también el cumplimiento de publicidad de la posesión *ad usucapionem* (art. 1941 del CC) ya que «*la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro*», según prescriben los artículos 104.2 y 116.2 de la Ley de Sociedades de Capital, evidentemente, siempre que existiera dicho libro registro de acciones nominativas (lo que no siempre ocurre en la práctica) puesto que en caso contrario, bastará el ejercicio de los derechos sociales derivada de la posesión del título valor.

Desde otro ámbito y descartada la usucapión de acciones de una sociedad anónima representadas por títulos nominativos que no se hayan cosificado o incorporado y puestas en circulación mediante endoso cambiario, ¿qué ocurría en el caso de que las acciones de la sociedad anónima estuvieran representadas en títulos valores al portador?

Entendemos que la conclusión es muy similar a la anterior. Es decir, si los títulos se hubieran emitido, la transmisión de las acciones al portador se sujeta a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio, norma jurídica que de nuevo consagra una adquisición *a non domino* como también hace el citado artículo 19.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque, según prescribe el artículo 120.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

A nuestro juicio, sólo cuando las mismas estén representadas mediante títulos valores nominativos emitidos y endosados cambiariamente, o bien, cuando estén representadas mediante títulos valores al portador, entendemos factible dicha usucapión extraordinaria, en base a la imposibilidad de usucapir derechos de crédito y a la admisión, en línea de principio, de la usucapibilidad del título valor, es

decir, de la acción «cosificada». Ello junto con la verificación del requisito de la posesión en concepto de dueño, según la particularidad de las acciones, supone, que en nuestra opinión, exista gran dificultad en la práctica para encontrarnos con supuestos que verdaderamente permitan la aplicación de la disciplina de la usucapión mobiliaria extraordinaria en estos casos.

III. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA: *Derecho de Contratos,* Aranzadi, 2010.

DE CASTRO: *Temas de Derecho Civil,* 1972.

DELGADO ECHEVARRÍA: *Tratado de la nulidad de los contratos. Parte 2. Las acciones de invalidez. 2.3.4. Tiempo en que puede hacerse valer la nulidad,* Zaragoza, 2003.

Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil.* Vol. I. *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica,* duodécima edición, Ed. Tecnos, 2012.

MARTÍN OSANTE: «Sentencia de 26 de diciembre de 1995. Prenda de acciones. Pacto comisorio y derechos del acreedor prendario. Nulidad del acto de disposición. Artículos 1872 del Código Civil y 323 del Código de Comercio. Acciones y usucapión», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 41, abril-agosto de 1996.

PASQUAU LIAÑO: *Nulidad y anulabilidad del contrato,* Madrid, 1997.

— «La acción de nulidad sí prescribe», *Principal,* 2006 (Especial Coloquio) NUL. «Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos».

REDONDO TRIGO: «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año núm. 89, núm. 737, 2013.

REGLERO CAMPOS: *Comentarios al Código Civil,* Tomo XXV, vol. 2, *Artículos 1961 al final del Código Civil,* Edersa (1994).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1964 *(RJ* 1964/1152).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995/9398).
- Sentencia de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012/10406).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 marzo de 2013 *(JUR* 2013/170534).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), de 28 de septiembre de 2011 *(JUR* 2011/24776).

RESUMEN

DERECHO DE SOCIEDADES PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y ADQUISITIVA DE ACCIONES

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013, se vuelve a incidir en la imprescriptibilidad de

ABSTRACT

CORPORATE LAW EXTINCTIVE AND ACQUISITIVE PRESCRIPTION IN MATTERS OF SHARES

In its ruling of 25 March 2013, the Supreme Court again emphasized the non-prescriptive nature of action to an-

la acción de nulidad contractual sin la práctica de un correcto tratamiento de las características de dicha acción. Igualmente, se aborda en la misma sentencia, la problemática de la usucapión de acciones de una sociedad anónima, sin que se analicen correctamente las diferentes materias que han de ser objeto de necesario estudio para el análisis de dicho problema, como son los aspectos propios de la usucapión de derechos; de las adquisiciones a non domino; *de la doctrina de los títulos valores y su representación, y del régimen propio de circulación y ejercicio de los derechos incorporados a las acciones de una sociedad anónima.*

nul a contract when the characteristics of the action in question are not accorded correct treatment. The ruling also addressed the problem of usucaption of shares in a public limited company without the correct analysis of the different matters that must be looked into for the analysis of this problem, e.g., the aspects inherent in the usucaption of rights; in acquisitions a non domino; *in doctrine on securities and the means of representing securities; and in the procedure for the circulation and exercise of the rights entailed in shares in a public limited company.*

3. URBANISMO

LA NOTA MARGINAL DE INICIO DEL EXPEDIENTE DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y SU PRÓRROGA

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESOLUCIÓN de 27 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad, por la que se suspende la práctica de un asiento de cancelación.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. El inicio del procedimiento. 3. Los efectos de la nota marginal. 4. Duración y prórroga. 5. Cancelación.

I. HECHOS

PRIMERO. Se presenta en el Registro de la Propiedad de Mataró, número 4, una instancia privada por la que se solicita la cancelación de nota marginal de prórroga de fincas afectadas por procedimiento urbanístico.

SEGUNDO. Dicha instancia fue calificada con la siguiente nota: «Referencia: Instancia privada de once de julio de dos mil doce en la que se solicita cancelación de la nota marginal y su prórroga de inicio de expediente del proyecto de reparcelación de determinado ámbito. Solicitante: A. E. B. en representación como administrador de AAA, S. L. Asiento 296 del Diario 65. Fecha de presentación: 7-2-2013. Calificado el presente documento y previo examen de los antecedentes del Registro, el registrador que suscribe suspende la inscripción solicitada al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por observarse el siguiente defecto subsanable —art. 65 de la LH—: La instancia privada presentada no constituye título hábil para la práctica del asiento de cancelación solicitado. Debe aportarse a este Registro como título idóneo la documentación administrativa correspondiente (Decreto, Acuerdo o Resolución Municipales) de la Administración actuante, Ayuntamiento, en la que solicite la cancelación de la nota marginal y sus prórrogas de todas las fincas incluidas en la Unidad de Actuación o de aquellas en las que se acredita que quedan excluidas para no estar afectadas por el Proyecto de Reparcelación. Antecedentes: Resultan del Registro los siguientes datos relevantes: Nota marginal por el plazo de tres años de expedición de certificación de título y cargas por razón del inicio del expediente del Proyecto de Reparcelación, extendida al margen de la inscripción de dominio de fecha veintidós de febrero de dos mil cinco, que recae sobre quinientas cuarenta y una fincas registrales (541) incluidas dentro del ámbito de actuación y en virtud de certificado del Acuerdo de la Administración actuante, Ayuntamiento, de fecha dos y cuatro de febrero de dos mil cinco y Decreto de veintiocho de junio de dos mil cuatro. Nota marginal de prórroga, por tres años de la nota

anterior de fecha treinta de enero de dos mil ocho en virtud de certificado de Resolución del Ayuntamiento de dieciocho de enero de dos mil ocho. Nota marginal de prórroga por tres años de las notas anteriores de veintinueve de enero de dos mil once en todas las fincas incluidas en virtud de escrito de solicitud del señor alcalde del Ayuntamiento de veinticinco de enero de dos mil once. Se presenta la instancia privada de referencia de cancelación únicamente sobre las fincas registrales números 7289, 4292, 4293 y 4296 suscrita por el señor E. B., con firma legitimada notarialmente de fecha 25 de junio de dos mil doce junto con certificado del Registro Mercantil acreditativo de su cargo de Administrador de la Entidad Solicitante. Fundamentos de Derecho. Artículo 54 de la Ley del Suelo 2/2008, de 20 de junio; artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; Resolución de la DGRN, de fecha 16 de junio de 2007. 1. La extensión de una nueva nota marginal de prórroga en las fincas registrales afectadas por el inicio del expediente de reparcelación en el ámbito se justifica y fundamenta en el interés legítimo manifestado en su solicitud de la nota de prórroga por el Ayuntamiento de fecha 25 de enero de 2011, en la que constaba la pronta resolución de las alegaciones presentadas por los interesados y la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación reseñado. La extensión de la nueva nota marginal de prórroga conlleva la innecesariedad de expedir una nueva calificación registral de títulos y cargas de las fincas afectadas con la consiguiente reducción de costas y agilización de los trámites en el procedimiento. 2. La extensión de una segunda nota marginal de prórroga produce idénticos efectos jurídicos que la práctica de una nueva nota *ex novo* a resultas de la expedición de una nueva certificación de títulos y cargas de las fincas afectadas al desplegar sus efectos de publicidad frente a posibles terceros durante el plazo de su vigencia de tres años en ambos casos. Los efectos retroactivos atribuidos a la segunda nota marginal de prórroga a la fecha de extensión de la nota inicial y a la primera nota de prórroga, deben entenderse irrelevantes por haber transcurrido ya el plazo de duración de seis años de las dos. 3. Si bien es cierto que el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008) y el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, sobre la inscripción registral de los actos de naturaleza urbanística, regulan de forma coincidente la extensión de una nota inicial con una vigencia de tres años y su prórroga por tres años más de vigencia como plazo prudencial para la terminación del procedimiento, no es menos cierto que ambas normas guardan silencio sobre posibles prórrogas sucesivas cuando la complejidad del expediente así lo requiera, como sucede en el presente caso en el que están afectadas por el Proyecto más de quinientas fincas registrales. Por esta razón no debe excluirse la posibilidad de prórrogas sucesivas, puesto que la norma no las prohíbe expresamente. 4. El hecho de que el Proyecto Urbanístico iniciado sea de naturaleza económica sin alteraciones físicas de las fincas o bien de equidistribución con modificaciones entre las fincas aportadas y las que se adjudiquen de resultando, así como el hecho de que el Proyecto haya podido ser denegado por silencio administrativo en aplicación del artículo 119-2 de la Ley de Urbanismo de Catalunya (Real Decreto-ley 1/2010), carecen de trascendencia registral en el momento actual por no haber tenido entrada en este Registro ningún documento auténtico que acredite alguno de dichos extremos. 5. Finalmente, es necesario señalar que la legitimación para tomar cualquier iniciativa que pueda producir alguna operación registral, relativa a la nota marginal de prórroga extendida y a su vigencia deben corresponder al mismo órgano actuante, que en su día lo solicitó, en este caso el Ayuntamiento por su condición de Organismo encargado por mandato legal del planeamiento y de la gestión urbanística. En todo caso,

cualquier iniciativa debe comprender la totalidad de las fincas afectadas por el Proyecto y nunca parcial, relativa a fincas determinadas, salvo que se acredite ante el Organismo Actuante su exclusión del Ámbito de Actuación del Proyecto. 6. La nota marginal de inicio del expediente de reparcelación participa de la naturaleza jurídica de la nota de publicidad o noticia frente a terceros, pero no implican ninguna limitación de la facultad de disposición, carga real o gravamen sobre las fincas sobre las que se extienden. 7. Los efectos jurídicos producidos a resultas de la extensión de una nueva nota marginal *ex novo* de inicio del expediente de reparcelación con expedición de una nueva certificación de título y cargas son idénticos de los derivados de la nota marginal de prórroga e igual trascendencia jurídica en ambos casos; hecho que justifica la extensión de la nota de prórroga. La presente calificación negativa (…).

TERCERO. La anterior nota de calificación es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado el día 8 de abril de 2013 por don A. E. B., en nombre y representación de «AAA, S. L.», en base a los siguientes argumentos: Que la segunda anotación de prórroga de 29 de enero de 2011, debe cancelarse por los siguientes motivos: el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997 sólo permite una única prórroga de tres años, lo que es recogido en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, que regula el mismo plazo de tres años y prórroga limitada a tres años más. En total hasta seis años; Que, si bien es cierto que del precepto no resulta prohibición, en los supuestos en que es posible la Ley Hipotecaria, así lo establece expresamente, lo que no resulta del artículo 54 de la Ley de Suelo; Que discrepa de la manifestación del registrador, según la cual la prórroga despliega los mismos efectos que la limitación *ex novo,* por ejemplo, para un acreedor; Que un expediente urbanístico se caracteriza por la necesidad de ajustarse a plazos concretos; y, Que corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de ulteriores prórrogas en el supuesto del artículo 54 de la Ley de Suelo, además de sobre la procedencia o no de la cancelación solicitada.

CUARTO. El registrador emitió informe en defensa de su nota y elevó el expediente a este Centro Directivo el 16 día de abril de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 54 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio *(RCL* 2008/1260), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio *(RCL* 1997/1861); 1.3.º y 18 de la Ley Hipotecaria *(RCL* 1946/886); y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de julio de 2007 *(RJ* 2007/5289).

PRIMERO. La única cuestión relevante en el presente recurso es la relativa a si es título hábil para la práctica del asiento solicitado, una instancia privada cuya firma consta notarialmente legitimada, y está acompañada de certificación del Registro Mercantil correspondiente del que resulta el cargo de administrador de la entidad solicitante. Se pretende con dicha instancia la cancelación de una segunda nota marginal de prórroga a la primera practicada, al amparo del artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Se observa por el registrador que habiendo sido practicada la segunda prórroga a instancia de la Administración municipal actuante, ésta es la única legitimada para solicitar su cancelación.

SEGUNDO. El recurrente alega que ha sido indebida la práctica de la segunda prórroga en cuanto no están previstas en la normativa urbanística y que en cuanto afectado por su práctica, que debería haber comprendido la totalidad de las fincas incluidas en la unidad de actuación afectada, está legitimado para pedir la cancelación de la misma.

TERCERO. La tipicidad o no del plazo de seis años al que alude tanto el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, como el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es una cuestión que aquí no es relevante, dados los parámetros que permite la resolución de este recurso. Practicada la prórroga de la anotación, ésta se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales durante el margen temporal en que despliega sus efectos. Por tanto, en la lógica de su extensión, en cuanto es precisa la presentación de un título administrativo expedido por la Administración actuante, en el que se solicite la cancelación de los citados asientos, consistentes en nota marginal de prórroga de la primera extendida, ya sea sobre la totalidad de las fincas incluidas en la Unidad de Actuación o de aquéllas, en su caso, ya no afectadas por el Proyecto de Reparcelación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria *(RCL* 1946/886).

Madrid, 27 de junio de 2013.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

La Resolución transcrita contempla el régimen de la nota marginal de iniciación de los procedimientos de reparcelación o equidistribución, y en particular se enfrenta al problema de su prórroga y de su cancelación. En estos comentarios vamos a hacer un breve repaso del contenido y efectos de dicho asiento, deteniéndonos especialmente en los dos problemas que se plantean en el recurso gubernativo que da origen a aquélla.

2. El inicio del procedimiento

Se regula en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 5. Nota marginal de iniciación del procedimiento:

1. A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio

y cargas. En la solicitud constarán las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución. Cuando se trate de unidades sujetas al sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal citada bastará que haya sido otorgada la escritura pública de Constitución de la entidad.

2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora.
3. Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente el contenido de la misma.
4. La nota practicada producirá, en todo caso, los efectos previstos en los artículos 14 y siguientes».

La primera acción que debe afrontarse a la hora de iniciar el expediente reparcelatorio es la indagación y el análisis de la realidad física y jurídica de las fincas incluidas en el ámbito que se desarrolla. Se trata de un presupuesto necesario para que pueda tener lugar la distribución equitativa de cargas y beneficios derivados del planeamiento exigida por la legislación urbanística, como manifestación del principio constitucional de igualdad. Uno de los instrumentos más importantes al servicio de este fin es la solicitud dirigida al Registro de la Propiedad para que expida una certificación de dominio y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad de actuación.

Tal solicitud puede ser formulada no sólo por la Administración actuante sino también por la entidad urbanística colaboradora como las Juntas de Compensación, o incluso por la persona o entidad autorizada por la legislación urbanística aplicable, como por ejemplo el agente urbanizador.

El registrador, al expedir la certificación deja noticia de haberlo verificado por medio de nota al margen de todas las fincas del ámbito. Con ello se pone en conocimiento de los terceros que consulten el Registro la existencia de un expediente administrativo que produce la vinculación de las fincas al sistema de actuación que se desarrolla y que dará lugar en su día a la desaparición de las mismas y su sustitución por otra u otras ajustadas al planeamiento, por la vía de la subrogación real, de manera que se produce la sustitución del objeto del derecho por otro nuevo pero sin que el contenido de ese derecho resulte alterado de otro modo. También da noticia de la posibilidad de que la finca quede sujeta en el futuro a expropiación forzosa, por ejemplo, por no adhesión de su titular a la Junta de Compensación que, en su caso, se constituya.

3. Los efectos de la nota marginal

Más allá del efecto de publicidad noticia que hemos apuntado, la nota marginal tiene unas repercusiones de gran trascendencia en el desarrollo del procedimiento de compensación o reparcelación.

El Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, en sus artículos 102 y 169 atribuía a la nota una eficacia limitada, al expresar que la misma «solamente producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones». Frente a ello, el Real Decreto 1093/1997 aprovecha este

tradicional asiento para dotarle de una mayor relevancia en sus artículos 14 y siguientes (refrendada después por el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo). En esta nueva regulación se allana uno de los principales obstáculos que con anterioridad dificultaban la inscripción del proyecto de reparcelación, consistente en la falta de correspondencia entre el titular registral de la finca aportada y la persona a la que el proyecto adjudicaba la finca o fincas de resultado que habían de sustituir aquélla. El problema surgía cuando con posterioridad a la fecha de la expedición de la certificación de dominio y cargas alguna de las fincas de origen era transmitida por el titular registral y el adquirente inscribía su título sin ponerlo en conocimiento de la Administración actuante o de la Junta de Compensación o entidad urbanística colaboradora. En tales supuestos, el proyecto, ignorando la existencia del nuevo titular registral, no podía sino adjudicar la finca de resultado a su transmitente, que es el que figuraba como propietario en la certificación registral. Al no adoptarse por el Derecho Urbanístico alternativa alguna, el principio de tracto sucesivo paralizaba todo el expediente al imposibilitar la inscripción del proyecto.

Para salvar este obstáculo, el legislador de 1997 aprovechó las ventajas de la publicidad registral para idear un sistema de cancelaciones formales de los asientos posteriores a la fecha de la nota marginal. El adquirente que no observaba la diligencia de comunicar su adquisición al órgano actuante o a la entidad colaboradora era quien debía soportar las consecuencias de tal omisión, en lugar del resto de interesados en el procedimiento. De este modo, si el proyecto adjudica la finca al que era titular según la certificación de dominio y cargas, y al presentarse en el Registro resulta que dicho titular transmitió la finca a un tercero, la finca o fincas de resultado correspondientes se inscribirán a favor de aquél. El expediente se salva mediante la cancelación de los asientos posteriores al adjudicatario. Ahora bien, esta cancelación es meramente «formal», de modo que el propio Real Decreto facilita la «reactivación» o «reviviscencia» de las titularidades canceladas a través de varios mecanismos, como la mera instancia ante el registrador si hay plena correspondencia entre la finca de origen y la de resultado; en otro caso, se necesita el consentimiento de todos los afectados formalizado en escritura pública rectificativa; en último término, a falta de ese consentimiento, se necesita acuerdo firme de la Administración actuante, todo con los requisitos del artículo 17.

Por otro lado, aunque la nota marginal expresa que la finca respectiva queda afecta a las resultas del procedimiento de reparcelación, no cabe confundir este asiento con la afección de las fincas de resultado a las cargas de urbanización, regulada por el artículo 9 del Real Decreto de 1997, que contempla la verdadera afección real urbanística.

4. Duración y prórroga

Como hemos visto, el plazo de duración de la nota marginal es de tres años, transcurrido el cual se procederá a su cancelación por caducidad mediante la aplicación de las normas hipotecarias generales.

Sin embargo, el Real Decreto de 1997 prevé como vimos la posibilidad de que, antes de la expiración del plazo, se solicite y obtenga su prórroga. La duración de esta prórroga es la misma que la de la nota, es decir, tres años más, plazo durante el que se prolongarán los efectos propios de la nota inicialmente practicada. Están legitimadas para formular tal solicitud de prórroga tanto la Administración actuante como la entidad urbanística colaboradora.

La mayor problemática que plantea la regulación de la nota marginal es la relativa a si cabe una sola prórroga o varias sucesivas. El Real Decreto no se pronuncia de forma inequívoca sobre el particular, a diferencia de lo que hace en otras ocasiones la legislación hipotecaria como, por ejemplo, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que permite en general prórrogas sucesivas de las anotaciones preventivas. La Resolución de la Dirección General, de 27 de junio de 2013, antes transcrita, identifica el problema pero no se pronuncia sobre él al entender que «la tipicidad o no del plazo de seis años al que alude tanto el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, como el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es una cuestión que aquí no es relevante, dados los parámetros que permite la resolución de este recurso».

La posibilidad o no de una segunda o ulterior prórroga de la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución ha sido objeto de discusión doctrinal, existiendo exponentes a favor de una u otra tesis. Así, por ejemplo, ARNÁIZ EGUREN[1] afirma que, en el caso de excederse el plazo de seis años, «lo lógico es pensar que no es posible prorrogar de nuevo la nota, si se piensa en que la correspondiente a la iniciación de expedientes de expropiación forzosa prevista en los artículos 32 del Reglamento Hipotecario y 22 de las Normas Complementarias sólo puede extender sus efectos más allá de su duración ordinaria y si se presenta algún título que haga referencia al propio expediente. Pues bien, por aplicación analógica de estos preceptos, por vía de la remisión general del sistema reparcelatorio al de expropiación forzosa que antes hemos visto, no parece posible que la dilación y la tardanza del órgano actuante pueda dar lugar a una mención en el folio que, en alguna medida, supone una limitación dominical».

Por el contrario, GARCÍA GARCÍA[2] se muestra partidario de esa posibilidad al señalar que «lo lógico sería admitir una nueva prórroga a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora, pues el presente apartado, aunque guarda silencio sobre ello, no la excluye». En la misma línea, LASO BAEZA[3] llega a las siguientes conclusiones: «el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se pronuncia en términos taxativos en el sentido de autorizar una única prórroga. Lo que dice es que la nota, que siempre ha de ser entendida al servicio del proceso de gestión, es prorrogable por otros tres años, prórroga que debe entenderse respecto de la nota vigente en cada momento, tanto la inicial como la resultante de una eventual prórroga precedente». Más adelante añade la siguiente reflexión: «piénsese, por otro lado, que la interpretación contraria llevaría incluso al absurdo de que caducada la prórroga ni siquiera cabría la solicitud de una nueva nota, ya que el apartado precedente liga su práctica a la expresión de la iniciación del procedimiento, iniciación que sólo puede producirse en un único momento, no en varios».

En apoyo de esta tesis, cabe añadir que en la práctica los procedimientos de reparcelación rebasan con gran frecuencia el límite temporal de los seis años, por lo que la admisión de prórrogas sucesivas resulta necesaria desde un punto de vista eminentemente práctico si queremos preservar la coherencia de la regulación normativa de la nota.

---

[1] ARNÁIZ EGUREN, Rafael, *La inscripción registral de los actos urbanísticos,* Ed. Marcial Pons, 1999, págs. 76 y 77.

[2] GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Tomo V, *Urbanismo y Registro*» Ed. Civitas, 1999, pág. 85.

[3] LASO BAEZA, Vicente, «El régimen temporal de la nota marginal de iniciación de los procedimientos reparcelatorios», en *RCDI,* núm, 710 (noviembre-diciembre de 2008).

5. CANCELACIÓN

Finalmente, la Resolución que comentamos se ocupa del régimen de cancelación de la nota marginal. En primer lugar, deben entenderse aplicables las reglas generales de cancelación de asientos por caducidad, una vez transcurrido su plazo de duración sin que se haya hecho constar su prórroga, siendo posible incluso su práctica de oficio por el registrador en los términos del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

Fuera de ese supuesto, la Resolución citada señala que no basta una instancia privada para obtener la cancelación, sino que la nota y sus prórrogas se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales, añadiendo que es precisa la presentación de un título administrativo expedido por la Administración actuante, en el que se solicite la cancelación del asiento.

RESUMEN

NOTA MARGINAL
REPARCELACIÓN
PRÓRROGA

En este comentario se hace un breve repaso del régimen jurídico de la nota marginal de inicio de los expedientes de reparcelación, su contenido, su prórroga y su cancelación.

ABSTRACT

MARGINAL NOTE
LOT REDIVISION
EXTENSION

This commentary contains a brief review of the legal system covering marginal notes of commencement of lot division proceedings, their contents, their extension and their cancellation.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 12-9-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2013, de 2-8-2013, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 12/2013. 2-8-2013. Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

— Ley 13/2013. 2-8-2013. Fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

— Corrección de errores. Ley 13/2013. 2-8-2013. Fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

— Ley 14/2013. 27-9-2013. Apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

— Ley 15/2013. 17-10-2013. Establece la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, ocasionados por los incentivos económicos para el fomento a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables y se concede un crédito extraordinario por importe de 2.200.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

— Ley 16/2013. 29-10-2013. Establece determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

— Ley 17/2013. 29-10-2013. Garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares.

— Real Decreto-ley 11/2013. 2-8-2013. Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

— Real Decreto-ley 12/2013. 18-10-2013. Concede suplementos de crédito por importe de 70.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Economía y Competitividad para atender necesidades de financiación de la Agencia Estatal - Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

— Real Decreto-ley 13/2013. 25-10-2013. Concede créditos extraordinarios por importe total de 17.421.238.125 de euros, para la concesión de un préstamo al Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores, para financiar al Servicio Público de Empleo Estatal la aportación al IV Plan Integral de Empleo en Canarias, para dotar la participación de España en la Facilidad Financiera Internacional para la Inmunización y para la cuarta convocatoria de ayudas al Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE 4).

— Instrumento de Adhesión al Tratado sobre el derecho de patentes, Reglamento del tratado sobre el derecho de patentes y Declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática relativas al Tratado y al Reglamento, hechos en Ginebra el 1-6-2000.

— Corrección de errores. Ley 9/2013. 4-7-2013. Modifica la Ley 16/1987, de 30-7-2013, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7-7-2013, de Seguridad Aérea.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 571/2013. 26-7-2013. Modificación del Real Decreto 83/2012, de 13-1-2012, por el que se reestructura la PG.

— Real Decreto 694/2013. 20-9-2013. Reestructura la Oficina Económica del Presidente del Gobierno.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 633/2013. 2-8-2013. Modifica el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 3-7-2004, y el Real Decreto 764/2010, de 11-6-2010, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

— Real Decreto 671/2013. 6-9-2013. Aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22-9-2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

— Corrección de errores. Real Decreto 671/2013. 6-9-2013. Aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22-9-2011, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

— Real Decreto 700/2013. 20-9-2013. Modifica el Real Decreto 431/2004, de 12-3-2004, por el que se regulan las retribuciones previstas en la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 15/2003, de 26-5-2003, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

— Real Decreto 701/2013. 20-9-2013. Racionalización del sector público.

— Real Decreto 782/2013. 11-10-2013. Distribución de medicamentos de uso humano.

— Orden 1.540/2013. 2-8-2013. Modifica la Orden de 25-2-2000, por la que se crea y regula el Índice Nacional de Defunciones.

— Corrección de errores. Real Decreto 238/2013. 5-4-2013. Modifica determinados artículos e instrucciones técnicas del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20-7-2007.

— Corrección de errores. Real Decreto 240/2013. 5-4-2013. Aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 15-10-2013. Modifica el Reglamento 1/2005, de 15-9-1005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución de 15-7-2013. Jubila a don Luis Miguel Solano Aguayo, Registrador de la Propiedad de Tui.

— Resolución de 15-7-2013. Jubila a don Salvador Guerrero Toledo, Registrador de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1.

— Resolución de 23-7-2013. Aprueba la utilización del modelo de contrato de arrendamiento financiero con opción de compra y sus anexos, por Cajas Rurales Unidas, SCC (Cajamar), al haberse constituido esta entidad como resultado de la fusión de Cajamar Caja Rural, SCC y Caja Rural del Mediterráneo, Rural Caja.

— Resolución de 25-7-2013. Jubilación de don Francisco Quiroga Ramiro, Registrador de la Propiedad de Valladolid, número 3, por haber cumplido la edad reglamentaria.

— Resolución de 30-7-2013. Declara a don Alberto Blanco Pulleiro, Registrador de la Propiedad de Muros, en situación de excedencia en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 1-8-2013. Autoriza la utilización del modelo de contrato de arrendamiento financiero con opción de compra y sus anexos, letras de identificación «L-Cajamar 2009», por las veintiuna sociedades cooperativas de crédito integrantes de Cajas Rurales Unidas, SCC (Cajamar).

— Resolución de 16-8-2013. Jubilación de la notaria de Sanlúcar la Mayor, doña María Rosa Cameno Iglesias.

— Resolución de 19-8-2013. Jubilación del notario de Málaga, don Juan Antonio Madero García.

— Resolución de 21-8-2013. Jubilación del notario de Alcalá de Henares, don Rafael Luis Salazar Benítez.

— Resolución de 28-8-2013. Jubilación del notario de Barcelona, don Joaquín Julve Guerrero.

— Resolución de 29-8-2013. Convoca las pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 2-9-2013. Jubilación voluntaria del notario de Madrid, don Enrique de la Concha López-Isla.

— Resolución de 3-9-2013. Jubilación del notario de Madrid, don Eduardo Francisco González Oviedo.

— Resolución de 4-9-2013. Jubilación voluntaria del notario de Petrer, don José Ferreira Almodóvar.

— Resolución de 9-9-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento de bienes muebles, letras de identificación RMB-1 (RMB a partir de esta fecha), y sus anexos, para ser utilizado por Mercedes Benz Renting, S. A.

— Resolución de 10-9-2013. Jubilación del notario de Dénia, don Miguel Giner Albalate.

— Resolución de 10-9-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras de identificación FD1 (FMB a partir de esta fecha), y sus anexos, para ser utilizado por Mercedes-Benz Financial Services España, EFC, S. A.

— Resolución de 11-9-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero, letras de identificación LM (LMB a partir de esta fecha), y sus anexos, para ser utilizado por Mercedes-Benz Financial Services España, EFC, S. A.

— Resolución de 20-9-2013. Jubilación del notario de Zaragoza, don Fernando Gimeno Lázaro.

— Resolución de 24-9-2013. Resuelve solicitudes de secretarios judiciales sobre reconocimiento del mérito preferente del conocimiento oral y escrito de la lengua oficial y del derecho propio de determinadas Comunidades Autónomas, a efectos de concursos de traslados.

— Resolución de 25-9-2013. Jubilación de don Nicolás Rico Morales, Registrador de la Propiedad de Santa Fe, número 2.

— Resolución de 30-9-2013. Aprueba el modelo de contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, letras de identificación L-CALF-01,

para su utilización por Credit Agricole Leasing & Factoring, sucursal en España.

— Resolución de 1-10-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de compraventa a plazos, letras de identificación C-P, y sus anexos, para ser utilizado por la entidad Pieralisi España, S. L. U.

— Resolución de 1-10-2013. Modifica la composición de las comisiones de evaluación de las pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador en España por parte de ciudadanos de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 2-10-2013. Aprueba el modelo 790 de solicitud y autoliquidación de la tasa para la expedición de los certificados de antecedentes penales, de actos de última voluntad y de contratos de seguros de cobertura de fallecimiento.

— Resolución de 3-10-2013. Aprueba las listas provisionales 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.

— Resolución de 4-10-2013. Aprueba la lista provisional de admitidos y excluidos para participar en las pruebas de aptitud de acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador en España por parte de ciudadanos de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 7-10-2013. Jubilación del notario de Fuenlabrada, don Enrique Amado Solís.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Orden 1.796/2013. 4-10-2013. Determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

— Orden 1.908/2013. 17-10-2013. Establece el procedimiento para la contratación y formalización de operaciones de crédito a celebrar con el Banco Europeo de Inversiones con la finalidad de financiar proyectos de competencia de los distintos departamentos ministeriales.

— Resolución de 1-8-2013. 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 ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 30-8-2013. 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 ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 18-9-2013. Dicta normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos.

— Resolución de 30-9-2013. Actualiza el Anexo de la 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-Comunidades Autónomas 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 3-10-2013. Publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la lista de entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

— Resolución de 18-10-2013. Sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

— Resolución de 22-10-2013. Publica la actualización prevista en el apartado 2 de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 572/2013. 26-7-2013. Modifica el Real Decreto 452/2012, de 5-3-2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 608/2013. 2-8-2013. Modifica el Real Decreto 1636/2011, de 14-11-2011, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX).

— Real Decreto 657/2013. 30-8-2013. Aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

— Real Decreto 695/2013. 20-9-2013. Modifica el Real Decreto 199/2012, de 23-1-2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30-12-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— 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.

— Real Decreto 828/2013. 25-10-2013. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29-12-1992; el Reglamento General

de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13-5-2005; el Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007, por el que se aprueba 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 y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30-11-2012.

— Orden 1.489/2013. 18-7-2013. Aprueba las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas en el ámbito del sector público.

— Orden 1.587/2013. 30-8-2013. Autoriza la constitución de la zona franca de Sevilla.

— Orden 1.781/2013. 20-9-2013. Aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local.

— Orden 1.782/2013. 20-9-2013. Aprueba la Instrucción del modelo simplificado de contabilidad local y se modifica la Instrucción del modelo básico de contabilidad local, aprobada por Orden EHA/4.040/2004, de 23-11-2004.

— Orden 1.816/2013. 2-10-2013. Publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial.

— Orden 1.896/2013. 15-10-2013. Regula las operaciones de cierre del ejercicio 2013, relativas al presupuesto de gastos y operaciones no presupuestarias.

— Orden 1.998/2013 22-10-2013. Modifica diversas órdenes ministeriales relativas a distintos tipos de juegos.

— Orden 2.002/2013. 10-10-2013. Modifica el incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión de incentivos al amparo de la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Resolución de 24-7-2013. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 24-7-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 30-7-2013. Cancela la autorización número 38 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al Banco de Valencia, S. A.

— Resolución de 26-8-2013. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Resolución de 2-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación y Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias en relación con la Ley 2/2013, de 29-5-2013, de renovación y modernización turística de Canarias.

— Resolución de 2-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación-Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 2/2013, de 29-5-2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Resolución de 2-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 12/2012, de 26-12-2012, de medidas tributarias para la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Resolución de 2-9-2013. Publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley Orgánica 4/2013, de 28-6-2013, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Resolución de 2-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado en relación con la Ley 7/2012, de 24-10-2012, de Estabilidad y Disciplina Presupuestaria.

— Resolución de 3-9-2013. Da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10-4-2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

— Resolución de 5-9-2013. Modifica la Resolución de 28-7-1998, por la que se estructuran los Servicios de Aduanas e Impuestos Especiales dependientes de las Delegaciones Especiales y Delegaciones de la AEAT, y la de 21-9-2004, por la que se establece la estructura y organización territorial de la AEAT.

— Resolución de 6-9-2013. Publica la rehabilitación de NIF.

— Resolución de 6-9-2013. Publica la revocación de NIF.

— Corrección de errores. Resolución de 6-9-2013. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 10-9-2013. Determina municipios y periodo de aplicación del procedimiento de regularización catastral.

— Resolución de 12-9-2013. Regula el procedimiento de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales para los fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria.

— Resolución de 12-9-2013. Modifica los modelos de la Cuenta general del sector público empresarial y de la Cuenta general del sector público fundacional que integran la Cuenta General del Estado.

— Resolución de 12-9-2013. 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, de 12-4-2013, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Resolución de 12-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado en relación con la Ley 3/2013, de 28-5-2013, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León.

— Resolución de 12-9-2013. Publica el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con la Ley Foral 19/2013, de 29-5-2013, para la apertura de un nuevo proceso de funcionarización en las Administraciones Públicas de Navarra.

— Resolución de 12-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con la Ley 7/2013, de 21-6-2013, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la técnica de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

— Resolución de 12-9-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 3/2013, de 20-5-2013, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia.

— Resolución de 25-9-2013. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 25-9-2013. Publica la revocación de NIF.

— Corrección de errores. Resolución de 25-9-2013. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 30-9-2013. Desarrolla la Orden HAC/3.578/2003, de 11-12-2003, en relación a los procedimientos especiales de ingreso derivados de determinadas actuaciones de gestión recaudatoria en vía ejecutiva.

— Resolución de 4-10-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 8/2013, de 26-6-2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

— Resolución de 7-10-2013. Publica la revocación de un NIF.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— C. 6/2013. 25-9-2013. Normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios.

— Resolución de 4-10-2013. Modifica el Anexo I de la de 16-11-2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la CNMV.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-8-2013. 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 1-8-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 20-8-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 2-9-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 2-9-2013. 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 18-9-2013. Publican determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 1-10-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 1-10-2013. 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 17-10-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 21-10-2013. Aprueba la modificación del Reglamento Interno del Banco de España, de 28-3-2000.

— Circular 3/2013. 29-7-2013. Declaración de operaciones y saldos en valores negociables.

— Circular 4/2013. 27-9-2013. Modifica la Circular 3/2008, de 22-5-2008, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

— Resolución de 30-9-2013. Acuerda realizar determinadas acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, así como ampliar el capital social de Banco Gallego, S. A.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 610/2013. 2-8-2013. Establece dos certificados de profesionalidad de la familia profesional Administración y gestión que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad.

— Real Decreto 615/2013. 2-8-2013. Establecen doce certificados de profesionalidad de la familia profesional Edificación y obra civil que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad y se actualizan el certificado de profesionalidad establecido como anexo I del Real Decreto 1966/2008, de 28-11-2008 y los certificados de profesionalidad establecidos como anexos I, II y III del Real Decreto 1212/2009, de 17-7-2009 y como anexos I, II y III del Real Decreto 644/2011, de 9-5-2011.

— Orden 1.490/2013. 29-7-2013. Regula el Tablón Edictal del Servicio Público de Empleo Estatal y se crea el fichero de datos de carácter personal del Tablón Edictal.

— Orden 1.727/2013. 17-9-2013. Modifica la Orden TAS/770/2003, de 14-3-2003, por la que se desarrolla el Real Decreto 1424/2002, de 27-12-2002, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquella.

— Orden 1.892/2013. 8-10-2013. Regula el tablón de edictos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— 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.

— Resolución de 19-8-2013. Autoriza plazos extraordinarios para la presentación de las altas y, en su caso, las bajas y para la cotización a la Seguridad Social de los estudiantes universitarios que realicen prácticas académicas externas reuniendo los requisitos y condiciones previstos en el Real Decreto 1493/2011, de 24-10-2011, a consecuencia de la STS de 21-5-2013, por la que se anula el Real Decreto 1707/2011, de 18-11-2011.

— Resolución de 28-8-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-8-2013, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2013.

— Resolución de 26-9-2013. Registra y publica el II Convenio colectivo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y su personal auxiliar.

— Corrección de errores. Real Decreto 189/2013. 15-3-2013. Modifica 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.

— Corrección de errores. Resolución de 6-5-2013. Modifica la Resolución de 17-7-2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 15-10-2013. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, hecho en Luxemburgo el 29-4-2008.

— Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Austria acerca de las relaciones en el campo audiovisual, hecho en Madrid el 18-4-2012.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 697/2013. 20-9-2013. Regula la organización y funcionamiento de los Comités de Coordinación Aeroportuaria.

— Orden 1.824/2013. 30-9-2013. Fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12-10-2013, a aplicar en el Ministerio de Fomento.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 609/2013. 2-8-2013. Establece 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.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 1.504/2013. 30-7-2013. Modifica la Orden INT/314/2011, de 1-2-2011, sobre empresas de seguridad privada, la Orden INT/316/2011, de 1-2-2011, sobre funcionamiento de los sistemas de alarma en el ámbito de la seguridad

privada, la Orden INT/317/2011, de 1-2-2011, sobre medidas de seguridad privada, y por la que se establecen las reglas de exigibilidad de Normas UNE o UNE-EN en el ámbito de la seguridad privada.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 739/2013. 30-9-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Ceuta.

— Real Decreto 740/2013. 30-9-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Melilla.

— Real Decreto 780/2013. 11-10-2013. Modifica el Real Decreto 1362/2011, de 7-10-2013, por el que se establece un Plan Nacional de Desmantelamiento mediante la paralización definitiva de las actividades de buques pesqueros españoles incluidos en censos de caladeros internacionales y países terceros.

— Real Decreto 815/2013. 18-10-2013. Aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1-7-2002, de prevención y control integrados de la contaminación.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Orden 1.491/2013. 1-8-2013. Revisa los peajes de acceso de energía eléctrica para su aplicación a partir de agosto de 2013 y por la que se revisan determinadas tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial para el segundo trimestre de 2013.

— Resolución de 1-8-2013. Revisa las tarifas de último recurso.

— Resolución de 1-8-2013. Aprueba las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica y el cambio de hora de cierre del mercado diario.

— Resolución de 1-8-2013. Aprueba la modificación de los procedimientos de operación del Sistema Eléctrico Peninsular (S.E.P.), P.O. 3.1, P.O. 3.2, P.O 3.8 y P.O. 3.9, para su adaptación al cambio de la hora de cierre del mercado diario MIBEL a las 12 horas CET.

— Resolución de 24-9-2013. Revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1-10-2013.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Real Decreto 702/2013. 20-9-2013. Modifica el Real Decreto 183/2004, de 30-1-2004, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.

— Real Decreto 742/2013. 27-9-2013. Establece los criterios técnico-sanitarios de las piscinas.

— Orden 1.833/2013. 2-10-2013. Crea y regula el Consejo de la Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

— Orden 1.936/2013. 9-10-2013. Modifica la Orden 21-7-1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Resolución de 135/38138/2013. 2-10-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Defensa Nacional sobre delegación de competencias en la Comisión Interministerial de Defensa para la declaración de zonas de interés para la Defensa Nacional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 139/2013. 8-7-2013. Conflicto positivo de competencia 3.194-2008. Competencias sobre ordenación general de la economía y vivienda: Constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales que establecen medidas de fomento de la vivienda.

— Sentencia 140/2013. 8-7-2013. Recurso de amparo 2.034-2011. Alegada vulneración del derecho a la intimidad: Inadmisión de recurso de amparo que no contiene una justificación suficiente de su especial trascendencia constitucional.

— Sentencia 141/2013. 11-7-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.735-2002. Constitucionalidad de los preceptos legales estatales sobre creación y reconocimiento de universidades, institutos universitarios de investigación, centros adscritos y personal de administración y servicios.

— Sentencia 142/2013. 11-7-2013. Conflicto en defensa de la autonomía local 1.400-2003. Autonomía local; exención por Ley autonómica de licencias municipales urbanísticas y de actividad: Falta de legitimación del Ayuntamiento recurrente para impugnar una regulación legal de la que no es destinatario único; pérdida parcial de objeto del proceso.

— Sentencia 143/2013. 11-7-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.598-2004. Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las potestades públicas de los entes locales, las formas de gestión de los servicios públicos locales y el régimen de participación ciudadana, así como a la organización y gestión económico-financiera de los municipios de gran población.

— Sentencia 144/2013. 11-7-2013. Recursos de inconstitucionalidad 8.506-2010 y 8.507-2010 (acumulados). Competencias sobre colegios profesionales: Nulidad de los preceptos legales autonómicos que introducen obligaciones de colegiación para el ejercicio de determinadas actividades profesionales.

— Sentencia 145/2013. 11-7-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 3.705-2011. Principio de legalidad sancionadora: Validez de los preceptos legales que contienen los elementos esenciales de la conducta antijurídica y fijan agotadoramente las consecuencias sancionadoras anudadas a la comisión de las infracciones correspondientes.

— Sentencia 146/2013. 11-7-2013. Conflicto positivo de competencia 3.769-2011. Competencias sobre medio ambiente: Constitucionalidad de la inclusión de determinadas especies que sólo se encuentran en Canarias en el listado de especies silvestres en régimen de protección especial y, en su caso, en el catálogo español de especies amenazadas.

— Sentencia 147/2013. 6-8-2013. Recurso de amparo electoral 4.801-2013. Vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos representativos: Elección como alcalde de quien previamente había renunciado a la candidatura.

— Sentencia 148/2013. 9-9-2013. Recurso de amparo 10.252-2009. Resoluciones judiciales que no abonan, para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, el periodo a lo largo del cual el recurrente en amparo simultaneó su condición de preventivo en varias causas y de penado por una sola condena; desestimación de la pretensión de doble abono del tiempo de prisión preventiva.

— Sentencia 149/2013. 9-9-2013. Recurso de amparo 211-2010. Sentencia condenatoria dictada por los mismos magistrados que anteriormente habían revocado, pronunciándose sobre un elemento nuclear para la existencia del delito, un auto de archivo de la instrucción.

— Sentencia 150/2013. 9-9-2013. Conflicto positivo de competencia 5.045-2010. Disposiciones estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones.

— Sentencia 151/2013. 9-9-2013. Recurso de amparo 6.999-2010. Condena sustentada en la valoración de la confesión prestada, con asistencia letrada, en fase de instrucción e introducida en el juicio oral celebrado ante el Tribunal del Jurado a través del interrogatorio del acusado.

— Sentencia 152/2013. 9-9-2013. Recurso de amparo 6.549-2011. Resoluciones judiciales que no satisfacen el canon de motivación reforzada exigible en materia de prescripción de las penas.

— Sentencia 153/2013. 9-9-2013. Recurso de amparo 4.981-2012. Investigación insuficiente de una denuncia de torturas que se dicen sufridas bajo custodia policial.

— Sentencia 154/2013. 10-9-2013. Resolución estatal que vulnera las competencias autonómicas de gestión de subvenciones.

— Sentencia 155/2013. 10-9-2013. Actuación estatal justificada por la concurrencia de exigencias de interés general que demandan una dirección nacional de todas las Administraciones afectadas.

— Sentencia 156/2013. 23-9-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 1.819-2010. Nulidad del precepto legal autonómico que establece un sistema de cese del secretario del consejo social de la universidad propio del personal eventual pese a no tener atribuidas funciones de confianza y asesoramiento especial.

— Sentencia 157/2013. 23-9-2013. Condena pronunciada en apelación valorando elementos subjetivos y sin dar a los acusados la posibilidad de ser oídos.

— Sentencia 158/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.756-2002. Pérdida parcial de objeto del proceso; constitucionalidad de los preceptos legales estatales sobre creación y reconocimiento de universidades, títulos universitarios, admisión de alumnos y ayudas al estudio.

— Sentencia 159/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.777-2002. Pérdida parcial de objeto del proceso; constitucionalidad de los preceptos legales estatales sobre creación y reconocimiento de universidades, departamentos e institutos universitarios de investigación, admisión de alumnos y personal docente de universidades privadas.

— Sentencia 160/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.788-2002. Pérdida parcial de objeto del proceso; constitucionalidad de los preceptos legales estatales sobre creación y reconocimiento de universidades, escuelas y facultades; evaluación y acreditación de la calidad; títulos académicos; admisión de alumnos y procedimientos para la autorización de convenios para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico.

— Sentencia 161/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.741-2004. Publicidad de las sesiones de las juntas de gobierno local cuando actúen en el ejercicio de atribuciones delegadas por el pleno; constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las potestades públicas de las mancomunidades, fusión y organización de municipios, competencias de las diputaciones provinciales, prestación de servicios locales.

— Sentencia 162/2013. 26-9-2013. Conflicto positivo de competencia 5.868-2004. Competencia sobre educación: Constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales.

— Sentencia 163/2013. 26-9-2013. Conflicto positivo de competencia 7.781-2009. Competencias sobre asistencia social y medio ambiente: Preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de subvenciones.

— Sentencia 164/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.703-2011. Nulidad de los preceptos legales que afectan al régimen especial canario y que fueron aprobados sin respetar el trámite de audiencia previa a la Comunidad Autónoma previsto en su Estatuto de Autonomía.

— Sentencia 165/2013. 26-9-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.868-2012. Constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la valoración del catalán en el acceso al empleo público y que regulan el uso de las lenguas en la Administración balear.

— Auto 151/2013. 8-7-2013. Inadmite a trámite el recurso de amparo 1.051-2013, promovido por SC y la fundación Raíces en relación con un decreto de la Fiscalía Provincial de Madrid sobre determinación de la edad de persona extranjera.

— Cuestión de inconstitucionalidad 3.337-2013. Regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos, modificada por la Ley 10/2006, de 26-12-2006, por vulneración de los artículos 14, 31.1 y 139.1 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.367-2013. En relación con el artículo 174.3, párrafo cuarto y quinto de la Ley General de la Seguridad Social por posible vulneración de los artículos 14, 24.1, 139.1 y 149.1.17.ª de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.558-2013. 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 4.643-2013. 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 4.759-2013. Modifica el Decreto-ley 1/2012, de 19-6-2012, de medidas fiscales, administrativas y laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía y artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.894-2013. 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 4.934-2013. 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, 24.1, 139.1 y 149.1.17 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.935-2013. 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, 24.1, 139.1 y 149.1.17.ª de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.936-2013. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33.3 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad 5.080-2013. 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 5.344-2013. Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por posible vulneración del artículo 24.1 de la CE.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.906-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.948-2013. Regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses en relación con su aplicación al recurso de casación foral aragonés.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.972-2013. Regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.980-2013. Uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón.

— Recurso de inconstitucionalidad 4.985-2013. Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.009-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.012-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.020-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de Costas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.108-2013. Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.277-2013. Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

— Recurso de inconstitucionalidad 5.347-2013. Adopta medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

TRIBUNAL DE CUENTAS

— Resolución de 8-10-2013. Publica el Acuerdo del Pleno de 26-9-2013, de aprobación del Plan de Contabilidad Adaptado a las Formaciones Políticas.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 3/2013. 24-7-2013. Aprueba el Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017.

— Ley 4/2013. 1-10-2013. Medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Ley 5/2013. 1-10-2013. Crédito extraordinario para sufragar las subvenciones a adjudicar a las formaciones políticas por los gastos electorales causados por las Elecciones al Parlamento de Andalucía celebradas el 25-3-2012.

— Decreto 90/2013. 23-7-2013. Aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2013.

— Decreto 93/2013. 27-8-2013. Regula la formación inicial y permanente del profesorado en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el Sistema Andaluz de Formación Permanente del Profesorado.

— Decreto 140/2013. 1-10-2013. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud.

— Decreto 141/2013. 1-10-2013. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural.

— Decreto 142/2013. 1-10-2013. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

— Corrección de errores. Decreto 142/2013. 1-10-2013. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

— Decreto 163/2013. 8-10-2013. Modifica el Decreto 342/2012, de 31-7-2012, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía.

— Decreto 202/2013. 22-10-2013. Modifica el Decreto 149/2012, de 5-6-2012, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

— Orden 26-7-2013. Modifica los Anexos I, III y IV del Decreto 72/2008, de 4-3-2008, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas.

— Orden 10-10-2013. Regula las Ayudas Económicas Familiares y su gestión mediante la cooperación entre la Junta de Andalucía y las Entidades Locales.

— Orden 17-10-2013. Regula el Programa de Intermediación en el Mercado del Alquiler de Viviendas y el Programa de Cesión de viviendas para el alquiler a Entes Públicos, se establecen las normas reguladoras para la concesión de pólizas de seguros que den cobertura a los contratos de arrendamiento que se concierten dentro de dichos programas, y se efectúa su convocatoria.

— Cuestión de inconstitucionalidad 4.759-2013, en relación con el artículo único, punto 3, del Decreto-ley 3/2012, de 24-7-2012, por el que se modifica el Decreto-ley 1/2012, de 19-6-2012, de medidas fiscales, administrativas y laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, y artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, por posible vulneración del artículo 9.3 de la CE.

ARAGÓN

— Ley 6/2013. 12-8-2013. Concede créditos extraordinarios y suplementos de crédito y autoriza la realización de operaciones de endeudamiento por importe de 190.000.000,00 euros.

— Ley 7/2013. 12-8-2013. Concede un crédito extraordinario y autoriza la realización de operaciones de endeudamiento por importe de 100.000.000,00 euros.

— Ley 8/2013. 12-9-2013. Coordinación de Policías Locales de Aragón.

— Decreto 136/2013. 30-7-2013. Subvenciones en materia de agricultura, ganadería y medio ambiente.

— Decreto 167/2013. 22-10-2013. Aprueba el Reglamento de los apartamentos turísticos en Aragón.

— Orden 2-8-2013. Modifica la Orden 2-9-2008, sobre regulación del procedimiento telemático de remisión de documentación entre las Entidades Locales de Aragón y este Departamento.

— Instrucción 12-7-2013. Establece los supuestos en los que se completará hasta el 100 por 100 de las retribuciones durante el periodo de incapacidad temporal.

ASTURIAS

— Decreto 83/2013. 1-10-2013. Primera modificación del Decreto 77/2012. 14-6-2012. Establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

— Resolución de 30-7-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 31-7-2013. Corrige error en los modelos 610 y 615 de autoliquidación del ITP y AJD, aprobados mediante Resolución de 10-6-2013.

— Rectificación de errores. Ley 3/2013. 28-6-2013. Medidas de autoridad del profesorado.

BALEARES

— Ley 1/2013. 24-5-2013. Modifica la Ley 5/2012, de 23-5-012, de medidas urbanísticas para la ejecución del Centro Internacional de Tenis Rafael Nadal.

— Ley 3/2013. 17-7-2013. 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.

— Ley 4/2013. 17-7-2013. Coordinación de las policías locales de las Illes Balears.

— Ley 5/2013. 1-10-2013. Audiovisual de las Illes Balears.

— Decreto 23/2013. 28-10-2013. Modifica el Decreto 6/2013 de 2-5-2013, del presidente de las Illes Balears, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 49/2013. 25-10-2013. Regula el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Servicio de Salud de las Illes Balears.

CANARIAS

— Ley 3/2013. 30-7-2013. Medidas aplicables al destino del Fondo Canario de Financiación Municipal durante 2013.

— 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.

— Decreto 74/2013. 18-7-2013. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2014, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 86/2013. 1-8-2013. Aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos.

— Orden 31-7-2013. Establece el marco común y las directrices básicas de la política de seguridad de la información en el ámbito de la Administración Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 28-10-2013. Establece las normas relativas al procedimiento para acogerse al sistema extraordinario de pago a proveedores habilitado por el Estado.

— Resolución de 14-10-2013. Establece la presentación telemática del modelo 700 de declaración-liquidación de las Tasas de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Corrección de errores. Ley 2/2013. 29-5-2013. Renovación y modernización turística de Canarias.

CANTABRIA

— Decreto 46/2013. 11-7-2013. Servicios de Comunicación Audiovisual.

— Orden 43/2013. 30-9-2013. Establece el Calendario de Fiestas Laborales para el año 2014 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 2/2013. 25-4-2013. Juego y apuestas de Castilla-La Mancha.

— Ley 3/2013. 9-5-2013. Compensación a las víctimas del incendio de Riba de Saelices de 2005.

— Ley 4/2013. 16-5-2013. Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.

— Ley 5/2013. 17-10-2013. Ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Decreto 56/2013. 1-8-2013. Registro de Organizaciones de Consumidores y Usuarios de Castilla-La Mancha.

— Orden 7-10-2013. Regula el Registro Único de Documentos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se establecen los requisitos generales para su uso.

— Orden 17-10-2013. Regula el procedimiento para la aplicación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha del segundo tramo del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores.

— Orden 22-10-2013. Establece el sistema de codificación de contratos para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, y se adapta al gestor electrónico de expedientes de contratación.

— Orden 22-10-2013. Acuerda la implantación de un gestor electrónico de expedientes de contratación en todos los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 7-10-2013. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos en el año 2014, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Decreto 38/2013. 11-7-2013. Aprueba el Reglamento de los festejos taurinos populares de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 6/2013. 27-9-2013. Concesión de un crédito extraordinario y de un suplemento de crédito.

— Ley 7/2013. 27-9-2013. Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

— Decreto-ley 1/2013. 31-7-2013. Medidas urgentes en materia de vivienda.

— Decreto 41/2013. 31-7-2013. Regula el Programa de Fomento del Alquiler de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

— Decreto 66/2013. 17-10-2013. Regula el Registro General Electrónico de Convenios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

— Orden 612/2013. 16-7-2013. Establece los procedimientos de tramitación telemática de documentos de carácter tributario o recaudatorio gestionados por la Comunidad Autónoma de Castilla y León y el procedimiento de presentación telemática de copias simples electrónicas.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 1/2013. 12-9-2013. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

CATALUÑA

— Decreto-ley 5/2013. 22-10-2013. Medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

— Decreto 196/2013. 23-7-2013. Ampliación de los medios transferidos por la Generalidad de Cataluña al Consejo General de Arán en materia de sanidad.

— Resolución 1.621/2013. 21-6-2013. Da publicidad al Convenio de colaboración entre la Agencia Tributaria de Cataluña y la Agencia de la Vivienda de Cataluña en relación con la recaudación por vía ejecutiva de los importes correspondientes a deudas tributarias y no tributarias.

— Dictamen 7/2013. 11-7-2013. Sobre la Ley 2/2013, de 29-5-2013, de protección y uso sostenible del litoral, y de modificación de la Ley 22/1988, de 28-7-1988, de costas.

EXTREMADURA

— Ley 5/2013. 25-10-2013. Concesión de un crédito extraordinario destinado a la financiación de gastos de inversión.

— Decreto 129/2013. 23-7-2013. Modifica el Decreto 116/2012, de 29-6-2012, que establece las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la

conciliación de la vida familiar, personal y laboral de las personas trabajadoras autónomas y empleadores de las personas empleadas de hogar.

— Decreto 130/2013. 23-7-2013. Establece las bases reguladoras de las subvenciones a la financiación a empresas del sector turístico y agroindustrial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para la ejecución de instalaciones de energías renovables, tipo solar térmica y aprovechamiento de la biomasa, y la primera convocatoria para el ejercicio 2013.

— Decreto 131/2013. 23-7-2013. Modifica el Decreto 136/2012, de 13-7-2012, por el que se establece un régimen de incentivos agroindustriales extremeños en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la convocatoria para el ejercicio 2012.

— Decreto 132/2013. 30-7-2013. Modifica el Decreto 147/2012, de 27-7-2012, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento de la contratación indefinida en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 133/2013. 30-7-2013. Modifica el Decreto 149/2012, de 27-7-2012, de concesión de incentivos destinados a favorecer la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo en la Comunidad Autónoma 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.

— Corrección de errores. 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 142/2013. 30-7-2013. Aprueba el Reglamento de la Renta Básica Extremeña de Inserción.

— Orden 23-7-2013. Inicia el procedimiento de habilitación para ejercer la actividad de Agente Rehabilitador y se convoca el curso formativo conducente a su obtención.

— Orden 31-7-2013. Convoca la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de las personas trabajadoras autónomas y empleadores de las personas empleadas de hogar, correspondientes al ejercicio 2013.

— Orden 2-10-2013. Establece la convocatoria para el año 2013 de subvenciones autonómicas previstas en el Decreto 137/2013, de 30-7-2013, por el que se aprueba el Plan de Rehabilitación y Vivienda de Extremadura, 2013-2016, y las bases reguladoras de las subvenciones autonómicas en esta materia.

— Orden 22-10-2013. Aprueba la creación de ficheros de datos de carácter personal.

— Orden 29-10-2013. Convoca la concesión de subvenciones para el fomento de la contratación de jóvenes titulados en Extremadura para el ejercicio 2013-2014.

— Resolución de 24-10-2013. Desarrolla el procedimiento de la tercera fase del mecanismo extraordinario de pago a proveedores, puesta en marcha por el Real Decreto-ley 8/2013, de 28-6-2013, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

— Corrección de errores. Decreto 102/2013. 18-6-2012. Modifica el Decreto 126/2008, de 20-6-2008, por el que se regula el programa de ayudas para el fomento del empleo en el ámbito de la economía social.

— Corrección de errores. Decreto 111/2013. 2-7-2013. Aprueba las bases reguladoras de subvenciones destinadas a apoyar la contratación de personas paradas de larga duración en Extremadura por entidades locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se aprueba la primera convocatoria de dichas subvenciones.

GALICIA

— Decreto 112/2013. 25-7-2013. Declara luto oficial en Galicia con motivo de los fallecimientos producidos como consecuencia del accidente ferroviario acaecido el 24-7-2013.

— Decreto 134/2013. 1-8-2013. Procede a la reorganización de las entidades instrumentales adscritas a la Consellería de Economía e Industria con competencias en materia de innovación y se modifica la estructura orgánica de dicha consellería.

— Corrección de errores. Ley 6/2013. 13-6-2013. Sistema universitario de Galicia.

— Corrección de errores. Ley 7/2013. 13-6-2013. Galleguidad.

— Corrección de errores. Decreto 110/2013. 4-7-2013. Establece la estructura orgánica de la Consellería de Economía e Industria.

LA RIOJA

— Ley 8/2013. 27-9-2013. Creación del Colegio Profesional de Periodistas de La Rioja.

— Ley 9/2013. 21-10-2013. Suspensión de la Ley 6/2006, de 2-5-2006, del Defensor del Pueblo Riojano.

— Ley 10/2013. 21-10-2013. Apoyo a emprendedores, autónomos y Pymes.

— Ley 11/2013. 21-10-2013. Hacienda Pública de La Rioja.

— Decreto 22/2013. 26-7-2013. Regula el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios en La Rioja.

— Decreto 23/2013. 26-7-2013. Aprueba el IV Plan Riojano de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación, 2013-2016.

— Decreto 24/2013. 2-8-2013. 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 25/2013. 2-8-2013. Modifica el Decreto 46/2011, de 6-7-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda 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 27/2013. 13-9-2013. Regula el Registro de facturas y el servicio de facturación electrónica del Gobierno de La Rioja.

— Decreto 33/2013. 11-10-2013. Regula la vivienda de protección oficial en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Orden 4/2013. 7-8-2013. Modifica la Orden 5/2010, de 30-12-2010, de la Consejería de Servicios Sociales, por la que se regulan las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema Riojano para la Autonomía Personal y la Dependencia.

— Orden 5/2013. 17-6-2013. Modifica la Orden 19-12-2003, de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Riojano de Relaciones Laborales.

MADRID

— Ley 2/2013. 14-6-2013. Modificación de la Ley 13/1984, de 30-6-1984, de creación, organización y control parlamentario del Ente Público de Radio Televisión Madrid.

— Ley 3/2013. 18-6-2013. Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 7/2013. 15-7-2013. Creación del Colegio Oficial de Economistas de la Región de Murcia.

— Ley 8/2013. 15-7-2013. Modificación de la Ley 5/2007, de 16-3-2007, de creación del Colegio Oficial de Periodistas de la Región de Murcia.

— Ley 9/2013. 18-10-2013. Modificación de la Ley 13/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013.

— Decreto 17/2013. 25-7-20. Establece el orden de prelación de las Consejerías de la Administración Regional y sus competencias.

— Decreto 88/2013. 26-7-2013. Modifica el Decreto 143/2011, de 8-7-2011, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Agricultura y Agua.

— Orden 25-7-2013. Fija los honorarios máximos a percibir por los peritos terceros que intervengan en los procedimientos de tasación pericial contradictoria.

NAVARRA

— Ley Foral 28/2013. 7-8-2013. Modificación parcial de la Ley Foral 8/2009, de 18-6-2009, de creación de la Sociedad Corporación Pública Empresarial de Navarra, S. L. U.

— Ley Foral 29/2013. 25-9-2013. Modificación del artículo 3 de la Ley Foral 23/2001, de 27-11-2001, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales.

— Decreto Foral Legislativo 3/2013. 17-7-2013. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 40/2013. 17-7-2013. Modifica el Decreto Foral 34/2004, de 9-2-2004, que regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de Turismo de Navarra.

— Decreto Foral 62/2013. 25-9-2013. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos y se aprueba una oferta parcial de empleo público.

— Orden Foral 65/2013. 5-7-2013. Aprueba las normas para la adjudicación de destinos y movilidad del profesorado de religión católica al servicio del Departamento de Educación, así como las normas de gestión para la contratación del mencionado profesorado.

— Orden Foral 87/2013. 3-7-2013. Establece las cláusulas de inserción obligatoria en los contratos de compraventa, adquisición, adjudicación o arrendamiento, con o sin opción de compra, de vivienda protegida.

— Resolución de 341/2013. 23-7-2013. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2014 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 1/2013. 10-10-2013. Aprendizaje a lo Largo de la Vida.

— Corrección de errores. Ley 1/2013. 10-10-2013. Aprendizaje a lo Largo de la Vida.

— Ley 2/2013. 10-10-2013. Modificación de la Ley 16/1994, de 30-6-1994, de Conservación de la Naturaleza del País Vasco.

— Decreto 200/2013. 9-7-2013. Ordenación de los albergues turísticos.

— Decreto 390/2013. 23-7-2013. Modificación del decreto por el que se regulan las ayudas a proyectos con cargo al Fondo de Cooperación al Desarrollo.

— Decreto 424/2013. 7-10-2013. Declaración de interés social de las entidades sin ánimo de lucro de servicios sociales.

— Decreto 426/2013. 16-10-2013. Modificación del Decreto de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Norma Foral 3/2013. 3-7-2013. Modifica la Norma Foral 6/2005, de 12-6-2005. Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

VALENCIA

— Ley 3/2013. 26-7-2013. Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias.

— Decreto-ley 4/2013. 2-8-2013. Establece medidas urgentes para la reducción del déficit público y la lucha contra el fraude fiscal en la Comunitat Valenciana, así como otras medidas en materia de ordenación del juego.

— Decreto 110/2013. 26-7-2013. Desarrolla el artículo 162.2 de la Ley 10/2012, de 21-12-2012, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 24 de septiembre se presentó el Informe del Consejo Económico y Social de Aragón sobre la situación económica y social de Aragón en 2012. Con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de doña Natividad Blasco, Presidenta del Consejo Económico y Social de Aragón.

Presentación del informe sobre la situación económica y social de Aragón en 2012, con la intervención de:

— Don Julián Buey, Secretario Regional de CCOO Aragón.

— Don Aurelio López de Hita, Presidente de CEPYME Aragón.

— Don Daniel ALASTUEY, Secretario Regional de UGT Aragón.
— Don Jesús MORTE, Presidente de CREA.

Conferencia:

— «Un minuto diez para contar el mundo», por doña Rosa M.ª CALAF, Licenciada en Derecho y Periodismo. Reportera internacional y corresponsal de televisión.

Clausura a cargo de don Francisco BONO, Consejero de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón.

* * *

El día 23 de octubre, organizado por Ausbanc, tuvo lugar el FORO JURÍDICO: *ARTÍCULO 1303 DEL CÓDIGO CIVIL, ¿HA MUERTO? VALIDEZ DE LOS ACTOS NULOS Y SU EFECTO EN LA BANCA,* bajo la dirección técnica de don Ángel DOLADO, Magistrado Juez-Decano de Zaragoza, y con la intervención de don Luis Alberto GIL NOGUERAS, Magistrado Juez; don Carlos LALANA DEL CASTILLO, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; don José Miguel MALNER BURGUEÑO, secretario judicial, y don Alberto CARDONA, Delegado de Ausbanc en Aragón.

CATALUÑA

El día 21 de noviembre de 2013, se celebró en Barcelona, en la sede del Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya, una JORNADA SOBRE: *RATIFICACIÓN ESPAÑOLA DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO*, con el siguiente programa:

Primera parte: *Aspectos internacionales y prácticos.*

— «Introducción y moderación», por don Sergio GIMÉNEZ. JAUSAS.
— «El punto de vista de los financiadores/lessors», por don Vicent DROUILLARD. ILFC.
— «El punto de vista de los operadores», por don David CASTAÑO. Vueling.

Segunda parte: *Problemática española.*

— «Introducción y moderación», por don Joaquim FORNER. Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de Barcelona.
— «La posición española durante la negociación del convenio», por don Francisco J. GÓMEZ GÁLLIGO. Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— «La perspectiva del Registro de Matrícula de Aeronaves», por don Emilio Álvarez Álvarez. Jefe del Registro de Matrícula de Aeronaves. Ministerio de Fomento.
— «La perspectiva del Registro Central de Bienes Muebles», por don José Domingo Rodríguez Martínez. Catedrático de Derecho Mercantil y ex Registrador de Bienes Muebles de Madrid. Registro Central de Bienes Muebles.

Tercera parte: *Debate conjunto.*

MADRID

El día 7 de noviembre de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *DERECHO Y TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS.*

Ponentes:

— Glenn Cohen, profesor de Derecho en la Universidad de Harvard. Co-director, Petrie-Flom Center for Health Law Policy, Biotechnology & Bioethics.
— Esther Farnós Amorós, profesora de Derecho Civil en la Universidad Pompeu Fabra.

* * *

El día 28 de noviembre de 2013, en el salón de actos de la sede del Área de Derecho del Centro Universitario Villanueva, se organizó la JORNADA: *LA DEFENSA DEL EJECUTADO EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA*.

Tras la presentación de la jornada, a cargo de la profesora doctora doña Mercedes de Prada, directora del Área de Derecho y Empresa del Centro Universitario Villanueva, se celebraron dos mesas redondas con el título: *Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario* e *Implicaciones prácticas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas de protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*.

Don Julio Banacloche, Catedrático de Derecho Procesal y abogado, moderó la primera mesa que contó con la participación de don Carlos Puente Martín, abogado y vocal de la junta directiva de FACUA; don Javier Gómez-Gálligo, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, y doña Pilar de la Cruz, secretaria judicial.

A continuación, moderó la segunda mesa la profesora doctora doña Soraya Callejo, en la que se debatieron *las implicaciones prácticas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo*, con la intervención de don Julio Fuentes, Administrador Civil del Estado; don Nemesio Rozalén, abogado, y don Agustín Salcedo, Magistrado de la Audiencia Provincial de 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 diciembre de 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.

CAMBRIDGE

Fruto de un convenio entre la Universidad Complutense de Madrid y la Harvard Law of School, patrocinado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, todos los años tiene lugar en la sede de la Facultad de Derecho de Harvard, en Cambrigde (Boston, EEUU) un seminario para profesores españoles y norteamericanos sobre materias de actualidad en materia mercantil.

Este año el SEMINARIO ha tenido lugar los días 7 a 9 de octubre de 2013 sobre el tema: *REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y NUEVAS ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN CORPORATIVA*.

Intervinieron profesores de Derecho Mercantil, entre ellos la catedrática Carmen ALONSO LEDESMA, y los profesores José COLINO, María ENCISO, Juana PULGAR, y Alberto TAPIA entre otros. El tema principal de disertación fue el proceso de reestructuración bancaria en España, en particular la naturaleza jurídica bifronte, administrativa y mercantil del Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB).

Por parte del Colegio de Registradores intervino Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya intervención abordó el tema del interés social corporativo. En particular cómo ese interés social puede ser perjudicado a través de negocios jurídicos que generan una situación de voto vacío *(empty voting),* tales como el préstamo de acciones o los derivados financieros en los que se toma una posición a corto, en las que el socio apuesta por la bajada de la cotización de la acción. En estos casos, aunque el socio persigue un interés individual legítimo, puede entrar en colisión con el interés social que todo socio debe respetar como consecuencia del deber de buena fe que resulta de todo contrato (art. 1258 del CC) y en particular del contrato de sociedad. Y puede perjudicar operaciones de interés para la compañía, por ejemplo oponiéndose a ofertas públicas de adquisición de acciones que podrían ser de interés para la compañía pero que el socio de control rechaza por perjudicarle a título individual. El contrato de sociedad, aunque persigue intereses convergentes, en ocasiones no evita que se produzcan situaciones de conflictos entre socios y entre socios y sociedad. Y así como en las sociedades de responsabilidad limitada está prevista la abstención del socio en situación de conflicto de interés, no está prevista en nuestro Derecho para las sociedades anónimas. Y mientras los administradores están obligados a informar sobre los derivados financieros que suscriben sobre acciones de la compañía *(stock options,* por ejemplo), los socios no tienen esa obligación de información. Eso debería reformarse, en opinión del ponente, en aras de una mayor transparencia corporativa.

Por parte de los profesores americanos intervinieron Guhan SUBRAMAINAN, Douglas WEAVER, Cass SUNSTEIN y Reinier KRAAKMAN, profesores de la Harvard School of Law que abordaron este tema de inversión a corto plazo desde una perspectiva jurídica y económica, considerando que la actuación a corto de los inversores, persiguiendo un interés individual, no necesariamente debe perjudicar a la compañía a medio y largo plazo, así como otros aspectos de regulación corporativa.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

YÁÑEZ VIVERO, M.ª Fátima: *El fallecimiento del concursado*. Prólogo de Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Colección Estudios de Derecho Concursal (directores: Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN), Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2012, 279 págs.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

La profesora Fátima YÁÑEZ VIVERO efectúa en esta obra un profundo estudio sobre el concurso sobrevenido de la herencia. Partiendo del examen de la norma del artículo 182 de la Ley Concursal, la autora reafirma la consideración del patrimonio hereditario en concurso como un patrimonio autónomo y separado a consecuencia del concurso previamente declarado contra el causante deudor, cuya continuación no puede verse alterada por la irrupción del hecho sucesorio en el procedimiento concursal. El incremento, en los últimos tiempos, del número de personas físicas concursadas, que pueden fallecer antes de que finalice el procedimiento, refuerza la utilidad de esta monografía. Asimismo, se lleva a cabo un análisis de alguna de las cuestiones más debatidas en la doctrina en torno a la responsabilidad por deudas, como son la confusión o separación del patrimonio hereditario y, en segundo lugar, estrechamente vinculado con lo anterior, la preferencia de los acreedores hereditarios respecto de los acreedores particulares de los herederos. Destacando la preferencia del régimen propio del concurso de acreedores de una herencia sobre las reglas tradicionales de la sucesión hereditaria.

Esta monografía descansa sobre una cuidada estructura sistemática, al que le acompaña una redacción sencilla, con el objeto de facilitar al lector, la comprensión de una materia no exenta de dificultad al operar sobre instituciones complejas del Derecho Sucesorio, y del Derecho Concursal. Si bien, tal sencillez y corrección en la redacción no es óbice para poner de manifiesto que se trata de una obra donde se emplea un riguroso lenguaje jurídico, digno de elogio.

Sobre una estructura lógica de lo general a lo específico, dedica un primer capítulo a los conflictos derivados del fenómeno sucesorio. Son tres, como destaca la autora, los principales intereses en conflicto que derivan de una sucesión *mortis causa* en la que el pasivo supera al activo patrimonial: así los acreedores del causante fallecido, los sucesores en el patrimonio hereditario y que, por tanto, se hará cargo de las deudas del causante con el activo recibido y/o con su patrimonio personal dependiente de cómo haya aceptado la herencia; y, finalmente, los acreedores particulares de los herederos que, naturalmente, no podrán exigir su responsabilidad sobre bienes concreto del patrimonio hereditario. También hace referencia a los sistemas de ordenación de los conflictos internos y externos que

puedan originar una herencia: el de liquidación y el de continuación. Al respecto, precisa que, ante el hecho de la apertura de la sucesión del concursado por su muerte o por declaración de fallecimiento (art. 182 de la LC), el legislador opta por seguir el sistema de liquidación en la ordenación de los conflictos sucesorios derivados. Y también cree que, en el caso que se declare el concurso de una herencia tras el fallecimiento del deudor (art. 1.2 de la LC), el sistema que se sigue es el de liquidación, lo cual no significa, necesariamente, que el concurso termine en liquidación.

Sobre el propósito de suscitar en el lector una reflexión acerca de la capacidad concursal de la herencia, con independencia de su aceptación y de las modalidades de ésta, y, en concreto, respecto del supuesto que da origen a la norma del artículo 182 de la Ley Concursal, sirven de justificación a la autora para reafirmar la consideración del patrimonio hereditario en concurso como un patrimonio autónomo y separado a consecuencia del concurso previamente declarado contra el causante deudor, cuya continuación no puede verse alterada por la irrupción del fenómeno sucesorio en el procedimiento concursal.

En esta estructura lógica se dedica un segundo capítulo a ofrecer una visión detallada y rigurosa de la regulación del concurso tras el fallecimiento del concursado existente en otros ordenamientos jurídicos, tales como el ordenamiento italiano de quiebras, la capacidad concursal del patrimonio hereditario en la alemana Insolvenzordnung de 1994, la regulación de la quiebra de la sucesión en Suiza, el patrimonio insolvente de las personas fallecidas en el sistema anglosajón, y la legislación de Canadá en materia de fallecimiento del sujeto concursado. Asimismo, hace referencia a la legislación de la Unión Europea en materia de insolvencia transfronteriza y de Derecho Sucesorio.

Tras dicho estudio de Derecho Comparado que permite al lector tener una visión global y completa de la materia objeto de análisis, y, asimismo, fija las bases que van a posibilitar un análisis comparativo con la regulación existente en España, centra el tercer capítulo, precisamente, en el concurso de la herencia en nuestra Ley Concursal, ofreciendo con carácter previo un detallado estudio de lo que ha constituido su *iter* parlamentario hasta llegar al texto definitivo de la Ley. Operando sobre el mismo, se destaca la capacidad concursal de la herencia en tanto no sea aceptada pura y simplemente, y la casuística en la que la herencia puede o no concursar —herencia yacente, herencia aceptada a beneficio de inventario y herencia aceptada pura y simplemente— destacando respecto de esta última modalidad el beneficio de separación de patrimonio, la facultad de oponerse a la partición y la declaración conjunta del concurso de la herencia y del aceptante puro y simple.

Con tales precedentes analizados, la autora procede a referirse al concurso sobrevenido de la herencia contemplado en el artículo 182 de la Ley Concursal. Como destaca aquella, nos encontramos ante una continuación del concurso, pero no del mismo concurso, sino de un concurso con un sujeto nuevo —la herencia— aunque con el mismo objeto —el patrimonio del concursado—, convertido ahora en patrimonio hereditario. Ahora bien, esta conversión o transformación derivada de la muerte del deudor concursado, aunque no tiene eficacia retroactiva, cambia radicalmente los efectos del concurso declarado, de modo que los herederos no ostentan la misma posición que su causante en el procedimiento concursal.

Por otra parte, pone de manifiesto que, en el supuesto de concurso sobrevenido de la herencia, el dato de la transmisibilidad del objeto litigioso, es decir, del patrimonio concursal no es relevante para la continuación del procedimiento.

Ciertamente, lo importante no es saber lo que constituye objeto de transmisión a favor de los sucesores, sino lo que es embargable e integra, por tanto, la masa activa del concurso, pues, puede haber dentro del patrimonio hereditario bienes que se transmitan *mortis causa*, y que, sin embargo, no pueden formar parte de la masa concursal por ser «legalmente inembargables» (art. 76 de la LC en concordancia con el art. 606.1 de la LEC).

En este contexto, la aparente discordancia entre los artículos 1.2 y 182 de la Ley Concursal no es tal, pues, como destaca la autora, tanto los tribunales como la doctrina operan sobre una interpretación sistemática, complementaria e integradora. De un lado, los efectos del concurso «sobrevenidos» previsto en el artículo 182 se aplican, también, al concurso de la herencia propio, es decir, al inicialmente declarado tras la muerte de un deudor insolvente. Y, de otro lado, el silencio del artículo 182 respecto a la repercusión de la aceptación de la herencia en el concurso «continuador» de la herencia es integrado con la regla imperativa del artículo 1.2 que excluye el concurso de la herencia cuando la aceptación es pura y simple.

A la luz de los precedentes normativos —Anteproyectos de Ley Concursal de 1983 y 1995—, asimismo, precisa que son varios los autores que, para el supuesto del artículo 182 de la Ley Concursal, defienden la acumulación de concurso cuando al menos un heredero acepte de modo puro y simplemente tras el fallecimiento del concursado. Se abre con ello un posible debate sobre lo que se podría denominar «concursos conexos».

Desde su humilde punto de vista, considera la autora que, ni el supuesto de confusión patrimonial *ex* artículo 3.5 de la LC y 25 bis.1.2 del Anteproyecto de 2010, ni el de tratarse de «sujetos integrantes de una entidad sin personalidad jurídica» y personalmente responsables «de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta», permiten canalizar a través de la vía de la declaración conjunta o de la acumulación de concursos la hipotética concurrencia del concurso de la herencia y el del heredero puro. Consiguientemente no se trata de acumular concursos que se van a tramitar de forma independiente, pero que se resolverá en los mismos autos, sino de, una vez declarados los dos concursos de modo separado, resolver primero el concurso matriz (el de la herencia), para trasladar su resultado al concurso del heredero, en cuyas masas —activa y pasiva— aquél necesariamente ha de influir. Con todo, afirma la autora que, la tesis de acumulación de los concursos de la herencia y del heredero puro y simple insolvente, que ciertos autores defienden siguiendo la estela de algunos antecedentes normativos del 182, no goza de general acogida. Si bien, la inmensa mayoría de la doctrina entiende que la continuación del concurso del fallecido, transformándose en concurso de la herencia, queda sometida a la condición de que la aceptación por parte de los herederos no sea pura y simple. Porque en este caso, y de acuerdo con el artículo 1.2, la herencia misma no podrá ser declarada en concurso y serán los herederos que así hayan aceptado, los que lo sean, en su caso, a través del mecanismo de la sucesión procesal.

Al efecto, destaca la autora que, si se sigue la tesis mayoritaria y todas sus manifestaciones, es obvio que, revestiría suma relevancia que los acreedores puedan instar judicialmente a los llamados a la herencia, una vez transcurridos nueve días desde el fallecimiento (art. 1004 CC), para que acepten o repudien en el plazo establecido en el artículo 1005. En este contexto, considera que no es tan relevante esta *interpelatio* porque la continuación del concurso como concurso de la herencia, no parece quedar subordinado ni al modo o forma de la aceptación de la herencia, ni a la aceptación o repudiación de la herencia y, por tanto, no

cree que sea trascendente poner en funcionamiento un mecanismo que «obligue» al o a los herederos a aceptar o repudiar la herencia. Por otro lado, como precisa la autora, lo normal será, además, que la herencia continúe en período de yacencia, mientras se tramita el concurso, porque es poco probable que una vez muerto el deudor mientras se tramita el concurso, alguno de los llamados a la herencia utilice el *ius delationis*, salvo para repudiar la herencia.

En todo caso, son minoritarias las opiniones de quienes desvinculan el concurso «continuador» de la herencia del tipo de aceptación de la misma. Así pues, si tanto la herencia como los herederos no beneficiarios resultan ser declarados en concurso de acreedores, se constituirán las correspondientes masas con los bienes y créditos propios de cada una, pero el o los concursos de esos herederos deberán quedar subordinados en el tiempo a la resolución del correspondiente concurso de la herencia.

Todas estas ideas permiten dar cabidas a las diferentes posiciones o actitudes que adopten los llamados respecto a la herencia sin alterar el curso de un procedimiento concursal ya iniciado y ahora convertido en concurso de la herencia. Y antes de la partición, en defecto de norma expresa, se ha defendido la necesidad de demandar a todos los herederos por considerar que tiene una obligación mancomunada por las deudas del causante que permanece en estado de indivisión. Cada uno de los coherederos sería de este modo, deudor *in totum* aunque no responsable del todo.

En cuanto a la composición de las masas del concurso de la herencia, respecto a la masa concursal activa, son tres las reglas generales sobre las que se ha de operar: 1. La transmisión *mortis causa* recae sobre derechos de carácter patrimonial, por lo que, salvo excepciones, quedan excluidas las relaciones jurídicas patrimoniales. 2. Aun así, existen determinados derechos patrimoniales que no sean transmisibles *mortis causa*. 3. Hay derechos que nacen o se transmiten con la muerte de una persona, pero no forman parte de su herencia. Con respecto a la masa concursal pasiva, la expresión «el concursado… que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos», se destaca su carácter redundante y probablemente innecesaria. Si se tienen derecho a percibir alimentos es, porque se está en estado de necesidad. Lo que se pretende decir para la autora es que, hay que estar «muy necesitado» para poder «alimentarse» con cargo a la masa activa del concurso. Por otro lado, se establece la subsidiariedad de la masa activa para hacer frente a las prestaciones alimenticias que el concursado deba a terceros, que tendrá que intentar satisfacerlas, en primer lugar, con cargo al patrimonio de otros sujetos obligados. Con la expresión «bienes bastantes», parece que los alimentos quedan relegados a un lugar postergado en el elenco de créditos concursales prededucibles.

Finalmente, en cuanto a la representación concursal de la herencia, se entiende que la representación de la herencia a la que se refiere el artículo 182 de la LC, es la regulada en los artículos 924 y 925 del Código Civil, siendo preferente que la representación del concurso la ostente la administración concursal, al igual que, el artículo 40.5 de la Ley Concursal le atribuye las funciones de administración y disposición del caudal relicto.

A todas estas cuestiones y al debate que las mismas generan, ofrece fácil respuesta y soluciones la profesora Fátima YÁÑEZ VIVERO en esta magnífica obra. Todo ello con una fluidez y sencillez expositiva, acompañada de una solidez jurídica en una materia no exenta de dificultad, que solo puede acometer una especialista y estudiosa del Derecho Civil como la profesora Fátima YÁÑEZ VIVERO. No me queda más que recomendar encarecidamente la lectura de esta

monografía no sólo a quienes se precien especialistas y estudiosos del Derecho Concursal, sino también a quienes intentamos manejarnos en un campo tan amplio como el Derecho Civil y en una materia tan compleja como el Derecho de Sucesiones.

GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael: *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, editorial La Ley, Madrid, 2011, 472 págs. Prólogo a cargo del profesor José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ.

por

ARACELI DONADO VARA
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil. UNED

Antes de abordar las principales aportaciones que realiza el autor en esta excelente monografía, conviene recordar unas cuestiones previas sobre esta institución. Cuando una persona desaparece o se ausenta de forma duradera del lugar donde reside o de su domicilio, ya sea de un modo voluntario (porque ese sea su deseo) ya lo sea involuntariamente (debido a factores ajenos a su voluntad), seguramente deje relaciones patrimoniales o incluso familiares que podrán quedar en suspenso durante un tiempo prudencial o limitado temporalmente, pero, de ningún modo, podrán suspenderse y mantenerse inalteradas de una manera ilimitada en el tiempo, porque tampoco sería justo para los familiares o interesados presentes y las relaciones jurídicas que tenían con el desaparecido.

Es posible que esta persona desaparecida tenga unos acreedores, o empleados a su cargo, o también que él sea trabajador por cuenta ajena, es igualmente probable que tenga algún bien inmueble en propiedad o en arrendamiento, o incluso que haya contraído matrimonio del que hayan nacido unos hijos menores cuya patria potestad ostente, también puede tener unos familiares con derecho de alimentos, o que se haya violado su derecho a su propia imagen por parte de alguien o vulnerado su derecho al honor; incluso que tenga posibles legitimarios o herederos *ab intestato* o legatarios, también.

En definitiva, lo que tratamos de resaltar es que la casuística en cuanto a las relaciones personales, familiares y patrimoniales que se plantean ante un supuesto de desaparición de una persona, es muy variada, y dependerá, lógicamente, de la persona en cuestión desaparecida. Por este motivo y debido a esta amplia casuística, cualquiera de esas personas relacionadas con el desaparecido podrá tener interés —mayor o menor, en función del tipo de relación que mantenga con el desaparecido— en que si transcurre un tiempo considerable, esa persona sea declarada finalmente fallecida y que se abra la sucesión del declarado fallecido para que se produzcan todas las consecuencias jurídicas que en la esfera personal y patrimonial tipifica el Código Civil en sus artículos 195, 196 y 197.

Con la declaración de fallecimiento se decretará judicialmente la muerte presunta de alguien cuyo paradero se desconoce, o incluso se ignora si realmente ha llegado a fallecer. Por lo tanto, nada obsta para que el declarado fallecido en cualquier momento reaparezca o dé señales de vida, en definitiva, se constate

su supervivencia, después de habérsele dado por muerto, porque siempre existe esta duda sobre la certeza de su muerte. Lógicamente, y del mismo modo, cabe también la posibilidad de que después de la declaración de fallecimiento se constate su muerte real, es decir su fallecimiento. Es por esto que de ser así, ya no se tratará, por tanto, de una mera presunción, sino de la constatación real de su fallecimiento. Dos son los aspectos importantes y que debemos poner de manifiesto y que se dan tras la desaparición de una persona que no deja rastro ni se tienen noticias de su paradero, en concreto uno temporal y otro de forma. En este sentido, el primero es el relativo al aspecto temporal y por esto es fundamental el plazo transcurrido desde la desaparición, y el segundo aspecto se refiere a la forma o circunstancias que rodean la desaparición, es decir, a cómo y dónde se produjo la misma. Dependerá por tanto de estos dos factores o presupuestos legales para que la declaración de fallecimiento pueda ser promovida con mayor o menor margen temporal por parte de sus interesados. Todas estas cuestiones y situaciones son tratadas por el profesor GUINEA FERNÁNDEZ de una manera rigurosa, detallista y ágil en su monografía.

En particular, la monografía, fruto de una larga e intensa investigación, culminó con la defensa de la tesis doctoral sobre la declaración de fallecimiento. El autor, profesor de Derecho Civil en la Universidad Rey Juan Carlos, defendió su tesis el 17 de diciembre de 2010 en la Facultad de Derecho, estando presidido el Tribunal por el profesor José PÉREZ DE VARGAS, siendo los demás miembros de la Comisión, los profesores doctores CUADRADO IGLESIAS, FLORENSA I TOMÁS, GALLEGO DOMÍNGUEZ y HERAS HERNÁNDEZ. La directora de la tesis doctoral, la profesora ECHEVARRÍA DE RADA, compartió con su discípulo la satisfacción de obtener la máxima calificación.

El autor ha dividido su monografía en cinco grandes capítulos en los cuales estudia la institución jurídica de la declaración de fallecimiento, desde sus orígenes hasta la regulación actual del Código Civil con propuestas de *lege ferenda* que hacen muy atractiva la lectura de este libro. El primer capítulo lleva por título, «Antecedentes históricos y legislativos de la ausencia y declaración de fallecimiento. Derecho Comparado» y en él realiza un recorrido histórico de la ausencia desde el Derecho en Roma, pasando por el Derecho germánico, con el Edicto de Liutprando, antecedente remoto de la declaración de fallecimiento hasta la evolución histórica en nuestro país en la Edad Media y Moderna, hasta llegar al momento codificador, y la publicación de algunas normas que iban regulando la materia con anterioridad al Código Civil, como son la Ley del Matrimonio Civil de 1870 y la LEC de 1881. Con todo, el hito legislativo fue la promulgación de la Ley de 8 de septiembre de 1939, que reguló la materia en profundidad y como figura independiente de la ausencia legal. Estudia la regulación en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, tales como Francia, Alemania e Italia, así como en el *Common Law*. El autor subraya la necesidad de una reforma y revisión legislativa en la institución.

En el capítulo segundo, «Concepto, naturaleza jurídica y fundamento de la declaración de fallecimiento», aborda la problemática de la naturaleza jurídica y nos ofrece la siguiente definición: «La declaración de fallecimiento es una institución encaminada a establecer el momento en que se debe reputar fallecidas a las personas que se hallen en alguno de los supuestos contemplados por los artículos 193 y 194 del Código Civil. Sus efectos coinciden parcialmente con los de la muerte, aunque tiene carácter revocable, bien por quedar acreditada la existencia del declarado fallecido, bien por quedar acreditada su muerte». Aunque la naturaleza jurídica de la declaración de fallecimiento no constituya una

«presunción de muerte», sí podría ser acertado utilizar esta terminología para referirse a la misma, porque se facilita su comprensión. Igualmente, considera conveniente el uso de la revocación de la presunción de muerte para referirse a la resolución judicial que extingue la declaración de fallecimiento, sino «a la situación que se abre desde que se constatan en la realidad los hechos que la contradicen».

El profesor GUINEA FERNÁNDEZ se centra en el Tercer Capítulo en los «Requisitos de la declaración de fallecimiento», y distingue y propone una clasificación de los supuestos legales. Y así propone una clasificación más comprensible que distinguiría los supuestos en dos tipos: 1) Simple desaparición o ausencia simple (se rigen por la regla general de diez años, o la especial de cinco años); 2) Supuestos de desaparición en circunstancias extraordinarias, que englobaría el riesgo inminente de muerte; desaparecidos en campaña; naufragio y siniestro aéreo. El profesor GUINEA presenta de un modo inteligente las diferentes clasificaciones en función de los plazos de desaparición y de cómo se produjo la desaparición.

En el capítulo cuarto, «Efectos de la declaración de fallecimiento», de modo exhaustivo y completo analiza los diferentes efectos que conlleva la declaración de fallecimiento en la esfera personal, en concreto, los que provoca en el estado civil, cómo afecta a los derechos de la personalidad; los efectos en la esfera patrimonial y distingue los producidos con la apertura de la sucesión *mortis causa,* en la esfera jurídico-patrimonial del declarado fallecido, y a modo de ejemplo, ya que estudia variadas situaciones patrimoniales y contractuales, lo que ocurre con el seguro de vida, con el contrato de renta vitalicia, los derechos de explotación de la propiedad intelectual...; finalmente, repasa los que provoca en el ámbito familiar; y así entre otras, los relativos a su matrimonio, parejas de hecho, filiación, o patria potestad, entre otros.

El quinto y último capítulo de esta monografía trata sobre el «Fin de la situación creada por la declaración de fallecimiento», en el que aborda su naturaleza jurídica, ya sea porque se presenta, se prueba su muerte o, también porqué no, su existencia, por lo que la declaración de fallecimiento quedará sin efecto y será posible solicitar la revocación del auto judicial de la declaración de fallecimiento en determinadas circunstancias. Estudia en este capítulo los efectos que provoca la revocación de la declaración de fallecimiento en la esfera personal; en la esfera patrimonial (y el art. 197 CC), el ejercicio de la acción de petición de herencia; el ejercicio o el supuesto de revocación de las donaciones *inter vivos* por supervivencia o superveniencia de hijos, y finalmente, para cerrar el capítulo los diversos efectos que provoca en la esfera familiar, como lo son en relación con el matrimonio, las parejas de hecho…

Cierra la obra con las conclusiones aportadas y una amplia y extensa bibliografía. Queremos destacar que en esta monografía, el profesor GUINEA FERNÁNDEZ recoge numerosas y variadas situaciones o supuestos que va tratando de un modo ameno y ágil, por ejemplo, al estudiar los efectos que provoca la declaración de fallecimiento pero también las situaciones que ponen fin o revocan la declaración, son descritas de una manera concisa y gracias a estas situaciones prácticas el libro resulta mucho más completo, y su lectura sea recomendable para conocer en profundidad la figura tan escasamente tratada por la doctrina. Por tanto y sin duda es una más que notable aportación a la literatura científica de la institución.

RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara: *Las obras del espíritu y su originalidad*. Colección de Propiedad Intelectual, director: Carlos ROGEL VIDE, Fundación Aisge, Editorial Reus, Aseda, Madrid, 2012.

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)
Departamento de Derecho Civil UNED

La joven autora de esta obra tiene una larga trayectoria investigadora en materia de Propiedad Intelectual y baste, como ejemplo, citar sus obras tituladas *Diccionario de propiedad intelectual e industrial. Alemán-Español-Alemán*, Editorial Reus, Madrid, 2010; *El carácter distintivo de las marcas*, Editorial Reus, Madrid, 2008; «El derecho de autor y sus límites: Una encrucijada para los museos», en *Museos y Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, Madrid, 2012; en colaboración con Andrés GONZÁLEZ LÁZARO, «Películas de animación 3D y propiedad intelectual», en *Cuestiones actuales de la Propiedad Intelectual.* Premio Aseda 2010, Editorial Reus, Madrid, 2010; «Creaciones en el trabajo: Caballo de batalla de la Propiedad Intelectual y el Derecho Laboral», en *Anuario de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2012; «La protección de las obras de arquitectura e ingeniería por la Ley de Derechos de Autor alemana», en *Anuario de Propiedad Intelectual*, 2008; así como otras en preparación o en imprenta en el momento de redactar este comentario bibliográfico.

Por tanto, la experiencia y dominio de uno de los campos de los Derechos Reales especiales, en particular, de los que recaen sobre bienes inmateriales, está más que contrastado y garantiza que la publicación ahora presentada al mercado editorial, cuenta con garantías sobresalientes de calidad científica. A mayor abundamiento, se suma, por otra parte, el ejercicio profesional que como letrada ha tenido ocasión de desarrollar en grandes despachos, en las secciones dedicadas a la Propiedad Intelectual.

En la obra titulada *Las obras del espíritu y su originalidad*, la doctora Clara RUIPÉREZ DE AZCÁRATE aborda un exhaustivo análisis de lo que resulta ser uno de los requisitos y esencia del Derecho de Autor. Así, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, recoge en su Libro Primero, *De los derechos de autor*, Título II, *Sujeto, objeto y contenido*, Capítulo II, *Objeto,* el artículo 10 sobre *Obras y títulos originales*. Y, en este esencial precepto se advierte: 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: *a)* Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. *b)* Las composiciones musicales, con o sin letra. *c)* Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. *d)* Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. *e)* Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. *f)* Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. *g)* Los grá-

ficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. *h)* Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. *i)* Los programas de ordenador. Para finalizar, en su punto segundo se aclara que «El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella».

Adicionalmente, el artículo 11, sobre las *Obras derivadas*, también contiene los requisitos y características que habrán de rodear a estas creaciones para ser amparadas por la normativa sobre Propiedad Intelectual. Y dice así: «Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1.º Las traducciones y adaptaciones. 2.º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3.º Los compendios, resúmenes y extractos. 4.º Los arreglos musicales. 5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica».

En este sentido, la obra sigue el sistema elegido por el legislador, precedido por un primer capítulo, intitulado: «El derecho de autor y su originalidad», donde tras su introducción contempla el sistema jurídico de la protección de las ideas, pensamientos y conocimientos y la no siempre fácil línea divisoria entre idea y obra. En este sentido, téngase presente que el objeto protegido por el derecho de autor es la obra y ésta habrá de reunir los presupuestos esenciales referido a las creaciones expresadas, originales, literarias, artísticas o científicas.

El capítulo segundo sobre las «Obras del lenguaje», se centra en las obras literarias e incluye también los programas de ordenador. Las obras musicales y de expresión corporal son el objeto del tercero de los capítulos de la publicación, sistematizando como en el anterior capítulo cuál es el contenido exigible a la denominada originalidad de la creación para que pueda ser amparada por el sistema jurídico de la Propiedad intelectual. Sigue idéntica sistemática en el análisis dedicado en el capítulo cuarto a las Obras audiovisuales, en el quinto sobre las Obras plásticas; el sexto, Obras arquitectónicas; séptimo, Gráficos, mapas y diseños; octavo, Obras fotográficas, donde incluye también las meras fotografías; noveno, «Títulos», y décimo y último, «Obras derivadas».

Por tanto, la monografía de Ruipérez de Azcárate está sistematizada de conformidad a las previsiones del legislador, abordando las cuestiones más controvertidas sobre el difícil análisis del requisito de la originalidad en cada una de ellas, debidamente contrastado con la mejor jurisprudencia, menor y del Tribunal Supremo y contrastada con la de otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente el germánico.

Finalmente, concluye esta publicación con una selecta bibliografía, así como un listado de sentencias que evidencia la profundidad analítica de la obra y la agilidad y destreza de su estudio gracias a los casos ventilados en sede judicial.

Sin duda, estamos ante una obra de referencia en materia de Propiedad intelectual, que además de haber sido reconocida con el premio extraordinario a la tesis doctoral —ya que la monografía recoge una parte de su trabajo de investigación doctoral dirigida por el profesor Lasarte Álvarez—, tiene la más que destacable ventaja para el estudioso de esta compleja materia, de presentar una lectura fluida y convenientemente iluminada por la práctica jurisdiccional.

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 al pie 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 a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas 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 al pie de página 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.