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 • Mayo-Junio 2013 • Núm. 737

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

Don Luis Fernández del Pozo
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 CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGRN

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios 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

«El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 *(Mohamed Aziz* c. *Catalunyacaixa)*», por EDUARDO ESTRADA ALONSO e IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN 1415

«Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS 1477

«Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS y JESÚS FLORES RODRÍGUEZ 1533

«Problemática de la partición por causante», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA 1569

«La intermediación inmobiliaria», por RICARDO YÁÑEZ VELASCO 1583

DICTÁMENES Y NOTAS

«La tributación de las operaciones de constitución, ampliación y cancelación de préstamos hipotecarios en la cuota variable del impuesto sobre actos jurídicos documentados», por JUAN CALVO VÉRGEZ .. 1627

«Intellectual Property on the Internet. Legal and Economic analysis», por MIGUEL GÓMEZ MARTÍNEZ 1675

DERECHO COMPARADO

«Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales», por MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ 1711

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 1777

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1807

1.2. Derecho de familia:

— «La pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los gastos extraordinarios», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT..... 1820

— «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE..... 1880

1.3. Derechos reales:

— «La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1893

1.4. Sucesiones:

— «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa:* indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 1913

1.5. Obligaciones y contratos:

— «La permuta de solar por edificación futura en la contratación inmobiliaria», por ROSANA PÉREZ GURREA.... 1947

Págs.

1.6. Responsabilidad Civil:

— «Responsabilidad negocial de los actos realizados por menores de edad no emancipados. Análisis doctrinal y jurisprudencial», por ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ..... 1967

1.7. Concursal:

— «Hipoteca unilateral e inscripción de la declaración de concurso de acreedores», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 1999

2. MERCANTIL

— «La usucapión de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2012», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2052

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

— «Eficacia de las limitaciones estatutarias en los complejos inmobiliarios frente a actos amparados en licencia urbanística», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ 2076

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades 2089

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«La denominación de origen: su protección jurídica», de FRANCISCO MILLÁN SALAS, por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 2131

«*In memoriam* de la profesora Rosario Valpuesta», por CARLOS LASARTE ÁLVAREZ..... 2135

REVISTA DE REVISTAS 2141

ESTUDIOS

El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013

(*Mohamed Aziz* c. *Catalunyacaixa*)

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO[1]
IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TJUE.

III. LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA:

a) El fallo del TJUE: la inadecuación de nuestro régimen procesal a la Directiva 93/13.
b) Luces y sombras del razonamiento seguido por el Tribunal: la dilación en el tiempo de la ejecución hipotecaria.

IV. REPERCUSIONES DEL PRONUNCIAMIENTO RECAÍDO:

---

[1] Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo; Doctorando del Área de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo (Fundación para el Fomento en Asturias de la Investigación Científica Aplicada y la Tecnología —FYCIT—).

Debemos mostrar, asimismo, nuestro más sincero agradecimiento por su inestimable apoyo, del cual es deudor el presente trabajo, a nuestros compañeros del Área de Derecho Civil, Julio Carbajo González y Camino Sanciñena Asurmendi.

a) La necesidad de reforma del régimen de ejecución hipotecaria español: insuficiencia de la introducción de la existencia de cláusulas abusivas como motivo de oposición o suspensión del proceso.
b) Primacía del Derecho comunitario y actuación judicial: la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas por el juez que conoce de la ejecución.

V. LA NECESARIA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 8 de noviembre del pasado año 2012, la Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), *Juliane Kokott,* presentó sus conclusiones[2] sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona[3], en la que se suscitaba la posible disconformidad del régimen jurídico de la ejecución hipotecaria española con la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios, y más concretamente con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993[4], sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Desde el momento mismo en que se tuvo conocimiento de las conclusiones referidas se creó en nuestro país, y desde todos los flancos, tanto sociales como de los propios y distintos operadores jurídicos, una enorme expectación acerca del pronunciamiento a que al respecto llegaría el TJUE, y las consiguientes repercusiones que la ratificación de tales conclusiones por parte de la curia europea llevarían aparejadas sobre el actual sistema de ejecución hipotecaria español.

Y pese a que el razonamiento de *Juliane Kokott* requería del ulterior respaldo judicial del TJUE para poder revestir algún tipo de virtualidad práctica sobre las ejecuciones hipotecarias en curso, y a salvo el caso del órgano jurisdiccional autor del planteamiento de la cuestión prejudicial, han sido muchos los agentes jurídicos, abogados y jueces, que se han acogido en los meses precedentes a las conclusiones presentadas por la Abogado General para intentar paralizar la multitud de ejecuciones hipotecarias con las que se veían enfrentados[5].

---

[2] Asunto C-415/11.

[3] Mediante Auto de dicho Juzgado de fecha 19 de julio de 2011.

[4] Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 95, pág. 29.

[5] Así, no han sido pocos precisamente los abogados que han alegado y los jueces que han aceptado acordar la paralización o suspensión de las ejecuciones con que se enfrentaban, con base en la pendencia de resolución por parte del TJUE de la cuestión prejudicial planteada. Una tendencia que ha sido expresamente respaldada por el Consejo General de la Abogacía Española, desde el momento en que confeccionó un escrito modelo por medio del cual se

Máxime dado que las concretas cláusulas supuestamente abusivas objeto de discusión en el litigio en el seno del cual se planteó la cuestión prejudicial forman parte del día a día en el batallar judicial hipotecario[6], de lo que se infería la posibilidad de extrapolar los razonamientos efectuados por la Abogado General a una gran cantidad de contratos de préstamo hipotecario. Y ello aunque la posibilidad de cercenar el normal discurrir de las ejecuciones en cuestión carecía de fundamento o soporte legal alguno, al amparo de nuestra regulación procesal[7].

Fuera como fuere, se ha elucubrado y hablado mucho, y en no pocas ocasiones de forma poco rigurosa, acerca de la ilegalidad y abusos que la ejecución hipotecaria regulada en los artículos 695 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC), y preceptos concordantes de la Ley Hipotecaria (LH), suponen para los consumidores y usuarios que ven cercenada toda posibilidad de alegar el supuesto carácter abusivo de determinadas cláusulas que forman parte del contrato de préstamo hipotecario de que dimana la ejecución respectiva. Viéndose obligados los deudores hipotecarios a recurrir a un proceso declarativo posterior en el que, tras perder la vivienda, que en no pocas ocasiones supone su única residencia, pueden dirimir y discutir la abusividad o no de tal o cual cláusula.

Una opción a que aboca nuestra legislación procesal que la Abogado General estimaba en sus conclusiones contraria al principio de protección eficaz de los consumidores y usuarios, y cuya opinión ha sido recientemente confirmada por el TJUE por medio de la sentencia dictada con fecha 14 de marzo de 2013[8], en la que se reproduce el mismo *iter* argumentativo seguido en su día por *Juliane Kokott* para condenar la mencionada imposibilidad de alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria.

Lo que resulta indiscutible a día de hoy, y ahora sí que con todo el fundamento legal, es que, tras la sentencia dictada por el TJUE, el régimen de ejecución hipotecaria español se encuentra en la necesidad, para dar satisfacción al pronunciamiento comunitario y evitar la posible incoación de un procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea, de afrontar una reforma legislativa que permita a los consumidores y usuarios discutir, de alguna forma aún por ver, la existencia de cláusulas abusivas en el discurrir del procedimiento ejecutivo,

---

solicitaba tal paralización, y uno de cuyos fundamentos estribaba precisamente en la aludida litispendencia.

[6] Puesto que las cláusulas pretendidamente abusivas sobre las cuales versaba la cuestión prejudicial planteada eran tres de las más habitualmente cuestionadas en los contratos de préstamo hipotecario, cuales son las que tratan de: intereses de demora, vencimiento anticipado y determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor.

[7] Dado el carácter tasado de nuestra LEC en lo que hace a las posibles causas de suspensión y motivos de oposición esgrimibles en el transcurso de la ejecución, unido todo ello al tenor del artículo 698 LEC y al hecho de que la litispendencia derivada del planteamiento de una cuestión prejudicial solo afecta al órgano judicial que la presenta (*ex* art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

[8] Y la nota de prensa remitida por el TJUE de la misma fecha.

o bien en un proceso declarativo posterior, siempre y cuando este último tenga como efecto la paralización temporal de la ejecución que se esté llevando a cabo.

Todo ello unido a la posibilidad de que, sin perjuicio de tal reforma legislativa, en el momento actual, y a diferencia de lo que ocurría con las conclusiones de la Abogado General, los órganos jurisdiccionales tienen en su mano, so pretexto de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, paralizar y permitir la discusión de tales cláusulas en la ejecución hipotecaria de que se trate, aun cuando se mantenga vigente el régimen procesal condenado por el TJUE.

Es al desarrollo y análisis de estas dos cuestiones a los que se dedican las páginas que siguen, en las que se intentarán poner de relieve algunas de las deficiencias de los razonamientos efectuados por el Tribunal para «echar por tierra», aunque solo en parte, el sistema de ejecución hipotecaria español, junto con los problemas que las distintas hipótesis de reforma posibles que se barajan para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la sentencia del TJUE llevan aparejados.

II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES FORMULADAS AL TJUE

El relato fáctico que el TJUE efectúa del supuesto del cual dimana el planteamiento de la cuestión prejudicial y que ha dado lugar a la sentencia de 14 de marzo de 2013, necesario por lo demás para comprender los razonamientos que se efectúan sobre la conformidad del régimen procesal de la ejecución hipotecaria española con la Directiva 93/13, es el que sigue a continuación[9].

El 19 de julio de 2007, el señor *Aziz*, nacional marroquí que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió con *Catalunyacaixa*, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar del señor *Aziz,* de la que era propietario desde 2003.

El capital prestado por *Catalunyacaixa* era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007.

De los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de préstamo suscrito con *Catalunyacaixa* establecía en su cláusula 6.ª unos intereses de demora anuales del 18,75 por 100 automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación.

[9] El relato del supuesto de hecho del caso que efectuamos está tomado literalmente de la sentencia dictada.

Además, la cláusula 6.ª *bis* de dicho contrato confería a *Catalunyacaixa* la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo.

Por último, la cláusula 15.ª del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no solo la posibilidad de que *Catalunyacaixa* recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

El señor *Aziz* abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008, *Catalunyacaixa* acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

Tras requerir infructuosamente al señor *Aziz* el pago de lo debido, *Catalunyacaixa* inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas.

El señor *Aziz* no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al señor *Aziz* un requerimiento de pago, que este no atendió y al que no formuló oposición.

En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la LEC, el Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 por 100 de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el señor *Aziz* fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el señor *Aziz* presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15.ª del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva.

En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un proceso declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo.

Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva.

En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo —en este caso 33 años— por incumplimientos en un periodo muy limitado y concreto.

b) La fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18 por 100— que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la

contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no solo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un proceso declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble».

III. LA IMPOSIBILIDAD DE ALEGACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA

El juez *Seijo,* en su condición de titular del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, formuló, según acaba de transcribirse, dos cuestiones prejudiciales que aunque conectadas, son sumamente distintas entre sí.

La primera de ellas pone en entredicho el régimen jurídico-procesal español en materia de ejecuciones hipotecarias, en particular en lo que se refiere a su adecuación a la Directiva 93/13, por cuanto imposibilita la discusión acerca de la abusividad del clausulado del título en que se funda la ejecución en el transcurso de la ejecución misma, derivando tal debate a un proceso declarativo posterior o simultáneo que carece de virtualidad práctica alguna sobre el proceso ejecutivo en curso.

La segunda, por el contrario, es una cuestión prejudicial de carácter jurídico-sustantivo, por cuanto solicita el parecer del TJUE en torno al carácter abusivo o no de determinadas cláusulas concretas, sumamente habituales en la contratación de préstamos hipotecarios por los consumidores de nuestro país, cuales son: las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas sobre intereses de demora[10] y aquellas otras cláusulas que permiten la determinación unilateral por el acreedor hipotecario del montante de la deuda debida.

[10] No obstante, lo que se cuestiona no es la posibilidad de pactar intereses de demora para el caso de incumplimiento del deudor de sus obligaciones, sino el tipo de interés máximo que resulta procedente a tales efectos y los criterios a tener en cuenta en la determinación del mismo.

En el presente trabajo centraremos nuestra atención en la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, por cuanto el estudio concreto de las cláusulas pretendidamente abusivas sobre las cuales se solicita la opinión del TJUE reviste un carácter meramente incidental y casuístico en la resolución adoptada por el Tribunal, toda vez que, independientemente de que las cláusulas que el deudor hipotecario pretende discutir sean estas u otras, la limitación procesal sigue siendo la misma, y la conculcación del Derecho comunitario en materia de protección de consumidores y usuarios en nada se ve afectada en lo que a su fundamentación se refiere.

Por lo tanto, el debate central que se plantea en nuestro país a raíz de la sentencia dictada por el TJUE gira en torno a la primera de las cuestiones, sin perjuicio de la muy interesante problemática que se encuentra ligada a las cláusulas contractuales referidas, y cuyo estudio no hace sino evidenciar la existencia de múltiples deficiencias y problemas al respecto[11], que por lo demás el legislador parece estar dispuesto a intentar solucionar[12].

Es el problema procesal el que ahora mismo y de *lege ferenda* urge solucionar y deslindar, aunque al hilo del mismo se aproveche la ocasión para poner coto a algunas de las prácticas abusivas que sustantivamente han venido cometiéndose en los últimos años en la contratación inmobiliaria española.

a) El fallo del TJUE: la inadecuación de nuestro régimen procesal a la Directiva 93/13

Puede decirse que la estructura general del razonamiento, en cuanto al fondo de la primera cuestión prejudicial formulada, seguido por el TJUE en

---

[11] Para el estudio en detalle de las cláusulas sobre vencimiento anticipado, intereses de demora y determinación unilateral del importe de la deuda a la luz de la normativa comunitaria y de las consideraciones efectuadas sobre las mismas en la sentencia del TJUE aquí comentada, y dado que el Tribunal reproduce los razonamientos efectuados en su momento por la Abogado General *Juliane Kokott*, vid. Estrada Alonso, Eduardo y Fernández Chacón, Ignacio, «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz* c. *Catalunyacaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2013 (núm. 735), págs. 202 y sigs.

[12] Y así, por ejemplo, se ha anunciado desde el Gobierno que se limitará el tipo máximo de interés de demora en los contratos de préstamo hipotecario a tres veces el interés legal del dinero (quedando ahora mismo en el 12 por 100 anual), unido al hecho de que para poder proceder a la declaración del vencimiento anticipado del préstamo será necesario que el deudor incurra en, al menos, la falta de abono de tres de las cuotas de amortización o pago del crédito concedido. Unas modificaciones legales que son bien recibidas dada la falta de seguridad jurídica que existe respecto a tales cláusulas en sede judicial, y que se insertan en la línea de las seguidas desde tiempo atrás por otros países de nuestro entorno, tales como Francia, Italia o Alemania. Modificaciones que ratifica la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en curso de aprobación.

la sentencia dictada, y por medio del cual se deslegitima desde el prisma comunitario el régimen actual de la ejecución hipotecaria española, se descompone o escalona en cinco grandes puntos, cuales son: la idea, subyacente a la regulación de la Directiva 93/13, de la posición desigual que ostentan consumidores y profesionales en las relaciones entre ellos entabladas; el reflejo de esta concepción en el artículo 6.1 de la Directiva; consecuencias y finalidad derivadas de la aplicación de tal precepto según la jurisprudencia del TJUE; la autonomía procesal de los Estados miembros y su limitación por los principios comunitarios de equivalencia y efectividad en materia de protección de consumidores y usuarios; y finalmente, la conculcación de dicho principio de efectividad por la normativa reguladora de la ejecución hipotecaria española.

El Tribunal comienza incidiendo en que el sistema de protección de los consumidores y usuarios previsto por la Directiva 93/13 parte de la idea de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional. Una situación asimétrica de las posiciones que ambos sujetos ostentan que se manifiesta tanto en el plano de la negociación como en el del nivel de información suministrado (evocando a tales efectos el apartado 39 de la sentencia *Banco Español de Crédito*).

A continuación, recuerda lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva, apartado uno, que se fundamenta en esa posición desigual que consumidor y profesional ostentan en sus relaciones contractuales, y conforme al cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Precepto cuyo equivalente en Derecho español debe buscarse en el artículo 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias[13] (TRLGDCU).

Y pone de relieve que el referido artículo 6.1 goza, según se desprende de la jurisprudencia comunitaria existente en la materia, de carácter imperativo, siendo su finalidad la de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que permita restablecer la igualdad entre estas, como ya dijera en su momento en la sentencia *Banco Español de Crédito*[14].

Consecuencia de ello es que, para subsanar dicho desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los

---

[13] Y conforme al cual: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*».

[14] Asunto C-618/10. Concretamente en su apartado 40, en el que el Tribunal se remite al criterio seguido en las sentencias *Mostaza Claro* (asunto C-168/05), apartado 36, *Asturcom Telecomunicaciones* (asunto C-40/08) apartado 30, *VB Pénzügyi Lízing* (asunto C-137/08 apartado 47 y *Pereničová y Perenič* (asunto C- 453/10), apartado 28.

elementos de hecho y Derecho necesarios para ello[15], incidiendo a este respecto en los pronunciamientos recaídos en las sentencias *VB Pénzügyi Lízing*[16], y *Banco Español de Crédito*[17].

En el primero de los asuntos citados el Tribunal declaró que en el transcurso de un procedimiento contradictorio, iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra un requerimiento judicial de pago, el juez debía acordar diligencias de prueba para determinar si una cláusula concreta estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula.

En el segundo de los asuntos, el Tribunal estimó que una normativa nacional que impide al juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio (en ninguna fase del procedimiento) el posible carácter abusivo de una cláusula contractual (en este caso sobre intereses de demora), cuando dispone de los elementos de hecho y Derecho necesarios para realizar dicho enjuiciamiento, resulta contraria a la Directiva 93/13, y ello aun cuando el consumidor en cuestión no haya formulado oposición a la demanda monitoria presentada[18].

Pero pese a la teoría seguida en estos dos casos el TJUE resalta que, *el asunto objeto del litigio principal se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias antes citadas… por el hecho de que se trata de la determinación de las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria*.

Es una diferencia que el TJUE destaca por una sencilla razón, cual es el que la falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conoce del proceso declarativo (competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo) forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal. Esto es, y dicho en otros términos, el TJUE carece de competencia y base legal para pronunciarse sobre tal extremo.

---

[15] Sentencias *Pannon GSM* (asunto C- 243/08) apartados 31 y 32 y *Banco Español de Crédito*, ya citada, apartados 42 y 43.

[16] Apartado 56.

[17] También en su apartado 56.

[18] Apartado 57.

Sin embargo el TJUE también se encarga de subrayar que esta autonomía procesal se encuentra a su vez condicionada por los denominados principios de equivalencia y efectividad.

Por mor del principio de equivalencia las cuestiones procesales apuntadas, y en torno a las cuales se suscita la polémica de que dimana la cuestión prejudicial planteada, no pueden ser menos favorables que las que resultarían aplicables a situaciones similares de carácter interno.

Pero además, y he aquí el *quid* del problema, las limitaciones impuestas en este punto por la normativa procesal de un Estado miembro, para poder resultar conformes con las exigencias derivadas de la Directiva 93/13, no deben hacer imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Debe pues notarse que, el problema de la normativa española en materia de ejecución hipotecaria, en lo que respecta al Derecho comunitario sobre protección de consumidores y usuarios frente a cláusulas abusivas en los contratos celebrados por estos, no radica en el incumplimiento del principio de equivalencia[19], sino en la infracción por el legislador español del principio de efectividad de tal protección.

En este sentido, el TJUE acota los términos en que debe efectuarse el examen en torno al cumplimiento o no del principio de efectividad del Derecho de la Unión de la siguiente forma:

«*En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito… apartado 49*[20]*)*».

---

[19] A este respecto el TJUE (apartados 51 y 52) señala que: «*En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas acerca de la conformidad de la normativa controvertida en el litigio principal con dicho principio. En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no solo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando comprueba que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar*». Remitiendo en este punto a lo dicho en su momento en la sentencia *Banco Español de Crédito* (apartado 48), en la que el TJUE efectuó idéntico razonamiento a propósito de la imposibilidad de examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual en el transcurso de un proceso monitorio.

[20] Que reproduce exactamente el apartado transcrito, remitiendo a su vez a lo dicho en su momento en la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* y jurisprudencia citada en ella —apartado 39—.

Acto seguido, y partiendo de dicho examen, el Tribunal desciende a las circunstancias concurrentes en el caso de la legislación procesal española, y, más concretamente, centra su atención en el tenor de los artículos 695 y 698 LEC, así como en el artículo 131 LH.

Unos preceptos cuyo contenido y consecuencias para el deudor hipotecario (consumidor a su vez) sintetiza el TJUE en los términos siguientes:

«En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando esta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento.

Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley.

Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley[21]*, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de cargas*».

---

[21] Precepto conforme al cual:

«*El testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación».

Por su parte, el artículo 674 LEC, a que el mismo remite, establece que:

«1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

A resultas del tenor de tales preceptos el TJUE focaliza su atención en el hecho de que *en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a* la referida nota marginal de expedición de cargas[22]. Anotación preventiva que el TJUE juzga como un supuesto residual en la práctica española, y por tanto insuficiente a efectos de conferir al consumidor la protección necesaria derivada de la Directiva 93/13[23].

El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 de la Ley Hipotecaria.

2. A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, el secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación».

[22] Nota marginal de expedición de cargas a la cual se refiere el artículo 656 LEC, en virtud del cual:

«*1. Cuando el objeto de la subasta esté comprendido en el ámbito de esta sección, el Secretario judicial responsable de la ejecución librará mandamiento al registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:*

a) La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.

b) Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.

2. El registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera.

3. Sin perjuicio de lo anterior el procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el Secretario judicial y una vez anotado el embargo, podrá solicitar la certificación a la que se refiere el apartado 1 de este precepto, cuya expedición será igualmente objeto de nota marginal».

[23] Concretamente el TJUE señala a este respecto que *es preciso señalar que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria, controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos*. Repitiendo en este punto el TJUE el razonamiento hecho en su momento en la sentencia

Es tras poner el acento en esta irreversibilidad de la adjudicación a un tercero del bien subastado que el Tribunal aborda de lleno el problema planteado en la primera cuestión prejudicial por el Juzgado barcelonés, cuando declara que un régimen procesal como el español, que no permite al juez que conoce del proceso declarativo, en el que se discute el carácter abusivo de tal o cual cláusula del título en que se basa la ejecución hipotecaria, adoptar medida cautelar de ningún tipo que provoque la suspensión o entorpecimiento del procedimiento ejecutivo, siendo ello necesario para garantizar adecuadamente la plena eficacia de la decisión final que adopte, *puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva*.

Esta imposibilidad de suspensión de la ejecución hipotecaria en curso por el juez que conoce del proceso declarativo, en aquellos casos en los que finalmente se declare el carácter abusivo de la cláusula controvertida, implica, a juicio del Tribunal, la instauración de un régimen de protección meramente indemnizatorio y *a posteriori*, que no es *adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula (la que sea), en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13*.

Una insuficiencia del régimen procesal español que se torna especialmente manifiesta, según el TJUE, cuando el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, quienes una vez perdido el inmueble deberían conformarse con el mero pago por el acreedor de una cantidad de dinero en concepto de indemnización, derivada de la declaración del carácter abusivo de parte del clausulado del título en que se fundaba la ejecución.

Ese régimen de protección de carácter meramente indemnizatorio, a que se refiere el Tribunal, encuentra su fundamento en la previsión contenida en el artículo 698.2 LEC, que permite al juez que conoce del proceso declarativo en el que se discute el carácter abusivo del clausulado del contrato suscrito entre acreedor y deudor en que se basa la hipoteca, y a instancias de este último, retener toda o parte de la cantidad obtenida con la realización del bien hipotecado para garantizar la efectividad de la sentencia que recaiga[24]. Posibilidad que se torna especialmente complicada en los casos en que el bien hipotecado es adjudicado al propio acreedor ejecutante, por cuanto en esta hipótesis no hay

---

Banco Español de Crédito (apartado 54) en que el Tribunal efectuó idéntica objeción a la posibilidad de oposición del deudor en el proceso monitorio.

[24] Debe tenerse además presente que, en los casos en los que el deudor no tiene una solvencia notoria y suficiente, lo cual ocurre por sistema en los supuestos de ejecución hipotecaria que conforman el actual drama social a que asistimos, el Tribunal puede exigirle, para acordar la retención en cuestión, *previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor*. Una garantía que el consumidor no podrá a ciencia cierta asumir en la mayoría de los casos y que limita enormemente la operatividad de la previsión contenida en este artículo 698.2.

cantidad de dinero alguna que retener, debiendo articularse otros mecanismos de prestación de caución.

En definitiva, el Tribunal entiende que en el ordenamiento procesal español el mero inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria por parte del acreedor priva sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar el Derecho comunitario, contrariando así la jurisprudencia comunitaria *según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva*.

Circunstancia por la que considera que *la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos*.

Y concluye respondiendo a la primera cuestión prejudicial planteada dictaminando que *la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final*.

Esto es, la ejecución hipotecaria española tal y como se encuentra actualmente configurada no dispensa a los consumidores y usuarios una protección eficaz y suficiente a la cual se encuentra obligado el legislador español de conformidad con la Directiva 93/13.

Una disconformidad del ordenamiento español con la norma comunitaria que se traduce, necesariamente, según parece, en la inexcusable reforma legal del régimen de dicho procedimiento ejecutivo regulado en la LEC y en la LH. Reforma que se encuentra en curso al momento de elaboración del presente artículo[25].

---

[25] Concretamente se trata de la aludida proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Propuesta normativa suscrita en solitario por el Partido Popular y con la oposición expresa del resto de grupos parlamentarios, ya aprobada por la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados (a la que fue remitida con fecha 22 de abril de 2013) y posteriormente enviada al Senado.

b) Luces y sombras del razonamiento seguido por el Tribunal: la dilación en el tiempo de la ejecución hipotecaria

El razonamiento del TJUE fruto del cual se concluye la inadecuación de la actual ejecución hipotecaria española a la Directiva comunitaria 93/13, tal y como ha quedado evidenciado, se articula en torno a la vulneración de nuestro régimen procesal del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios, a que tal Directiva obliga a los distintos Estados miembros de la UE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la misma, y de los pronunciamientos jurisprudenciales que han ido perfilando las consecuencias de él derivadas.

Esta falta de efectividad de protección dispensada al consumidor en el procedimiento de ejecución hipotecaria español se debe a la imposibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la misma, estribando la única posibilidad de debatir tales cláusulas en el inicio, posterior o simultáneo, de un juicio declarativo que nunca tendrá por efecto paralizar ni suspender la ejecución en curso, como se encarga de precisar el artículo 698.1 de la LEC.

De tal forma que, la tutela dispensada al consumidor, que sufre en sus carnes la ejecución hipotecaria en cuestión, por la existencia de cláusulas abusivas que resultan nulas y no le vinculan, se limita al ámbito puramente indemnizatorio o resarcitorio de los posibles daños y perjuicios irrogados a tal consumidor por la concurrencia de las cláusulas posteriormente declaradas abusivas en sede judicial, y a la que responde, como se ha indicado ya, la previsión contenida en el artículo 698 LEC, apartados 2 y 3.

Sin embargo, esta posibilidad prevista por nuestra LEC de retener toda o parte de la cantidad resultante de la realización del bien objeto de cobertura hipotecaria para responder de la meritada indemnización, y la consiguiente posibilidad del acreedor de evitarla mediante fianza[26], en cuanto que no impide la pérdida de la vivienda por parte del consumidor, resulta insuficiente en opinión del juzgador comunitario.

En efecto, el TJUE considera que el afianzamiento o retención del dinero obtenido por medio de la ejecución hipotecaria no permite al juez que conoce del proceso declarativo en el que se discute el carácter abusivo de la cláusula garantizar la plena eficacia de su decisión final, como consecuencia del hecho de que cuando, y llegado el caso, se declare dicho carácter abusivo el deudor ya habrá perdido su vivienda.

Ahora bien, el razonamiento realizado por el Tribunal parte de un presupuesto erróneo, y ello desde el momento en que afirma que lo que se está discutiendo en el proceso declarativo es el carácter abusivo de una cláusula que constituye

[26] *Ex* artículo 698.3 LEC.

el fundamento mismo del título ejecutivo[27], algo que no ocurre en el caso a raíz del cual se planteó la cuestión prejudicial de que dimana la sentencia recaída.

A este respecto, en la sentencia se llega a decir lo siguiente[28]:

«*…en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte* una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa el procedimiento de ejecución, *esa decisión solo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13*».

Debe notarse que el TJUE incurre en un grave error en este punto, que sin duda resulta determinante del fallo emitido. Y lo hace cuando «presupone» que la cláusula contractual discutida es la base sobre la cual se erige la hipoteca, y que su declaración de nulidad conlleva la nulidad del procedimiento de ejecución previo.

Así, no es cierto que las cláusulas contractuales que el señor *Aziz* decidió impugnar en un proceso declarativo, posterior a haberse ejecutado su vivienda, fueran el basamento de la hipoteca en su momento asumida a favor de la entidad financiera *Catalunyacaixa*.

No cabe olvidar que las cláusulas en cuestión versaban sobre: 1. El tipo de interés de demora aplicable para el caso de incumplimiento del deudor de sus obligaciones esenciales de pago a cada uno de los vencimientos pactados. 2. La posibilidad de decretar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo para el caso de que se produjese tal incumplimiento. 3. La facultad de determinación unilateral por parte de *Catalunyacaixa* del importe debido por el deudor al momento de instarse la ejecución en cuestión[29].

---

[27] Lo que hace fundamentalmente en los apartados 59, 60 y 64 de la sentencia.

[28] Siguiendo lo dicho en su momento en sus conclusiones por *Juliane Kokott* (apartado 50).

[29] En uso de la facultad prevista por el artículo 153 bis LH, a tenor del cual: «*Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura*». Posibilidad que reitera el artículo 245 RH cuando señala que: «*En las hipotecas constituidas a favor de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, en garantía de operaciones cambiarias y crediticias, podrá pactarse que el importe de la obligación asegurada se determine en su día según el saldo resultante de los libros de contabilidad de los acreedores, con referencia a una cuenta especial de la que serán partidas de abono y de cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados, y siempre que se consignen en la escritura los demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley*».

Y si bien las cláusulas discutidas se insertan como parte del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el acreedor y el deudor, no cabe confundir la nulidad de algunas de las obligaciones, o cláusulas, objeto de la cobertura hipotecaria contratada, con la nulidad del título jurídico presupuesto de la hipoteca misma (la causa si se quiere[30]). Un título que, en el supuesto que nos ocupa, no es otro que el contrato de préstamo.

No en balde, la hipoteca es un derecho real accesorio[31], cuya realización se pacta para garantizar el cumplimiento de la relación jurídica de que dimana

---

[30] Y ello aun cuando, tal y como señala RAMOS CHAPARRO, *no es exacto entender que la obligación garantizada es directamente la causa de la hipoteca o de la prenda. Solo es un presupuesto necesario pero no suficiente pues, de lo contrario, todo crédito tendría garantía real, lo cual es falso y absurdo. Hace falta algo más. La causa de la adquisición de la garantía real por el acreedor se contiene en el respectivo negocio constitutivo, que es siempre un tipo contractual distinto al contrato-fuente del crédito, aunque formalmente, muchas veces, se incardina en este último, como cláusula constitutiva del derecho real de garantía*. RAMOS CHAPARRO, Enrique J., *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 43.

Una cuestión que resume MORALEJO IMBERNÓN en los términos siguientes: «*La causa típica del contrato de hipoteca reside exclusivamente en la finalidad de aseguramiento de una obligación, y no en la misma relación obligatoria asegurada, a pesar de que el principio de accesoriedad del gravamen motiva evidentemente que la existencia y licitud del crédito constituyan presupuestos indispensables para la propia validez del contrato de garantía… Admitido esto, la fórmula causal que se emplee para expresar esta interdependencia es lo de menos: carácter supercausal del negocio de hipoteca (que será nulo cuando lo sea también la obligación garantizada), o existencia de una sola causa —la de garantía— que sufre el mestizaje de elementos —también causales— provenientes de la relación crediticia subyacente. El resultado práctico es siempre el mismo: la suerte de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa*». MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 19 y 20.

Cuando en este contexto nos referimos a la causa del contrato de préstamo hipotecario, en sentido laxo, es pensando en *la consideración causal como funcional de la hipoteca, sin que sea la causa la existencia de un crédito asegurable, sino únicamente el animus solvendi, esto es, la causa de la hipoteca es asegurar el cobro del crédito* (cfr. ANGUITA RÍOS, Rosa M.ª, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 270 y 271).

Respecto a la causa del crédito hipotecario, vid., por todos, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

[31] Así, ROCA-SASTRE define la hipoteca como *un derecho real que, ya de momento, sujeta o vincula lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento del crédito territorial*. ROCA-SASTRE, Ramón M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario* (Tomo VII), 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, págs. 113 y 114. No obstante, respecto a tal definición, y tal y como señala CHICO Y ORTIZ, debe tenerse presente que, al amparo de lo previsto en los artículos 1861 CC y 105 LH, *no solamente las obligaciones de carácter dinerario, sino cualquier clase de obligaciones reconocidas dentro del Código Civil, pueden ser garantizadas por la hipoteca. Lo que sí es indispensable, sin*

(*causa cavendi*[32]), que en nuestro caso es el contrato de préstamo que acordaron el señor *Aziz* y *Catalunyacaixa*, para que el primero pudiera acceder a la compra de la que era su vivienda habitual.

Por lo tanto, debe retenerse como irrefutable jurídicamente el hecho de que el fundamento de la hipoteca, y de su posterior ejecución, no estriba en ninguna de las tres cláusulas transcritas, sino en el contrato de préstamo hipotecario[33]

---

embargo, es que se traduzca en dinero la obligación o lo que representa el incumplimiento de la obligación y de ahí que la LH en los artículos 12 y 153 de la misma establezca la necesidad de que se fije «el importe de la obligación garantizada o que se determine la cantidad máxima de que responda la finca». CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (Tomo II), 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 1324.

Un carácter accesorio de la hipoteca (proveniente del Derecho romano) que determina, a juicio del autor, que esta no sea un *derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito*, y que se encuentra *claramente consagrado por el Código Civil al calificarla en su artículo 1528 de derecho accesorio del crédito*. Debiendo tener asimismo en cuenta el artículo 1857, número 1.º, del Código Civil que establece como requisito esencial que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación a la que califica de principal *(ibídem,* págs. 186 y 187).

Pese a lo dicho, como precisa BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *es amplio el abanico de tendencias doctrinales que tratan de explicar la relación del derecho real de hipoteca y el crédito que asegura. Desde los autores que patrocinan una fusión entre los dos elementos: crédito e hipoteca, surgiendo una realidad nueva que los refunde cual es el crédito hipotecario, hasta aquellos que dan sustantividad a la hipoteca para el mejor cumplimiento de las necesidades prácticas, pasando por la teoría tradicional que considera a la garantía hipotecaria estructuralmente distinta del crédito garantizado y accesoria de este… Del tenor de los preceptos [se refiere a los arts. 528 y 1857 CC] se desprende la accesoriedad de la hipoteca pero no en qué consiste la misma. Solo hay un dato que se repite y es que tanto la prenda como la hipoteca se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (vid. arts. 1857.1.º, 1858, 1876, 1528, 1212 del CC, art. 104 de la LH) y esta relación finalística entre crédito e hipoteca se configura como el denominador común de todas las posiciones citadas, de manera que lo esencial en la accesoriedad del derecho real de hipoteca es el aseguramiento de una obligación principal. Por tanto, la protección del crédito garantizado en el momento en que es incumplido, asegurando su satisfacción forzosa sobre el bien hipotecado, es lo que conforma fundamentalmente el contenido de la accesoriedad. No necesariamente consiste en asegurar una obligación existente, puede ser futura o sometida a condición suspensiva y tampoco es necesario en aquella que sea siempre el mismo crédito el que se garantice*. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3594 y 3595.

[32] Suele afirmarse, siguiendo a ROCA SASTRE, que la hipoteca es un derecho de realización de valor en función de garantía, y no un derecho de garantía dotado para ello de la facultad de realización (cfr. REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 35).

[33] Y es que, tal y como apunta BRAVO DE MANSILLA, *la conexión de causalidad y de funcionalidad que en principio parece existir entre la obligación y la hipoteca, y que es por su misma ratio contrario a la abstracción propia de las figuras hipotecarias del ordenamiento germánico y suizo, nos pone en el tapete una prevalencia y prioridad del crédito sobre la hipoteca, que encuentra en la necesidad de garantizar su realización su causa y fundamento*.

globalmente considerado, y en el incumplimiento de sus obligaciones esenciales de pago por parte del señor *Aziz*.

Y ese contrato de préstamo hipotecario puede perfectamente subsistir aun cuando se declare la abusividad de los intereses de demora pactados, de la cláusula de vencimiento anticipado y de la facultad de determinación unilateral por la entidad financiera acreedora del montante debido por el deudor en el momento de instar la ejecución hipotecaria. Una subsistencia que encuentra su razón de ser fundamental en el aludido principio de accesoriedad[34] y en el principio de especialidad[35].

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 347.

[34] En este ámbito hipotecario las nociones de principal y accesorio responden, en opinión de GUAJARDO-FAJARDO (que compartimos), al significado siguiente: «*principales son aquellos derechos que pueden existir* per se, *por tener en sí mismos una función, un fin o una razón de ser que los explica y justifica suficientemente;* qui sunt causa sui ipsius, *que dirían los clásicos. Accesorios, en cambio, son aquellos derechos que no encuentran en sí mismos la razón de su existencia, para lo cual han de ponerse necesariamente en relación con otros, sin el apoyo de los cuales no pueden vivir;* qui sunt aliunde *causando, habría que decir ahora. Y esto es, efectivamente, lo que ocurre con la obligación garantizada con la hipoteca que la garantiza, que por eso son calificadas como elemento principal y accesorio, respectivamente. Se trata de una accesoriedad funcional, que además es intrínseca a la hipoteca (en general, a todos los derechos o instituciones creadas para cumplir una función de garantía)*». ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, «Accesoriedad y causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro derecho», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3506 y 3507. Esta accesoriedad de la hipoteca respecto al derecho de crédito que garantiza, determina, a su vez, que la subsistencia de la obligación principal en que el contrato de préstamo consiste (el reembolso del principal prestado) determine la subsistencia plena de la hipoteca concertada, aunque se produzca, fruto de la declaración de abusividad de algunos de los conceptos objeto de cobertura hipotecaria, una minoración del montante económicamente garantizado por la hipoteca misma.

[35] A que se refiere, en el aspecto que nos ocupa, el artículo 12 LH cuando señala que:

«*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.*

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

Precepto (reformado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria) que no piensa solo en las denominadas hipotecas ordinarias o de tráfico, sino también en las hipotecas de máximo o flotantes en la que existe cierta indeterminación, como ocurre en el caso de aseguramiento hipotecario de los intereses de demora pactados o de las costas y gastos derivados de la ejecución, en el que el

Particularmente importante resulta en este punto justificar el deslinde de estas cláusulas accesorias del crédito garantizado por la hipoteca de la obligación principal asegurada en virtud del contrato de préstamo[36]. Obligación principal que se circunscribe en nuestro caso al pago por el deudor del importe del principal prestado y en todo caso, y a lo sumo, de los intereses remuneratorios pactados[37].

---

inicio del propio proceso de ejecución requiere de la concreción por medios extrarregistrales, y unilateralmente confeccionados por el acreedor, del importe reclamado de la deuda objeto de cobertura hipotecaria, sin perjuicio del establecimiento de una cantidad máxima por la que el deudor ha de responder (cfr. arts. 153 bis LH, 219 y 220 RH).

Y en lo que hace concretamente a la cláusula de vencimiento anticipado controvertida en el asunto objeto de cuestión prejudicial debe tenerse en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, que exige la inscripción expresa de tal pacto en el Registro.

[36] Y es que, tal y como señala Moralejo Imbernón, *a pesar de que el artículo 1857.1.º del Código Civil menciona entre los requisitos esenciales del contrato de hipoteca el que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, también pueden ser objeto del mismo, así como de la garantía real que se constituye, las obligaciones de carácter accesorio como la de intereses… Así resulta de numerosos preceptos de nuestro ordenamiento hipotecario —con carácter general del art. 105 LH, que señala que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones [también de las accesorias de intereses], y de modo más especial de los arts. 12, 114, 115, 146 LH, 220 RH— o del artículo 574 LECiv respecto de la ejecución hipotecaria de la obligación de intereses con pacto de viabilidad*. Moralejo Imbernón, Nieves, «El contrato…», *ob. cit.,* pág. 72.

[37] Razona Calvo González-Vallinas que *la hipoteca se constituye «para asegurar el cumplimiento de una obligación principal», como afirma el artículo 1857.1 del Código Civil; garantiza el «cumplimiento de la obligación garantizada», como señala el artículo 1876 del Código Civil, o el «cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida», según el artículo 104 LH; de acuerdo con el artículo 1858 del Código Civil, se constituye «para pagar al acreedor». También el artículo 12 LH destaca como centro de la inscripción de hipoteca el importe de la obligación asegurada. De todos estos preceptos se desprende que el derecho garantizado es la obligación principal de pago, sin que ninguno haga referencia a obligaciones accesorias o secundarias. Cualquier obligación accesoria, aunque unida de algún modo al crédito, distinta de la obligación principal, requiere hipoteca separada y especial, precisamente por exigencias del principio de accesoriedad de la hipoteca. La única excepción se encuentra en los intereses —ordinarios y moratorios— y costas de ejecución que, siendo obligaciones accesorias, están tan conectadas a la obligación principal que quedan subsumidas en la misma y cubiertas por la misma hipoteca*. Calvo González-Vallinas, Rafael, «Las cláusulas de la hipoteca», en *Cuadernos de Derecho Registral,* Madrid, 2006, págs. 42 y 43.

Pese a lo anterior, el autor recuerda que *no puede obviarse que por exigencias de claridad y determinación, así como del propio artículo 12 LH, se impone la fijación de responsabilidad separada para principal, intereses remuneratorios, intereses moratorios y costas y gastos judiciales y extrajudiciales. Respecto de los intereses remuneratorios no hay duda de que, por su naturaleza, derivan necesariamente de la obligación principal. Sin embargo, a efectos hipotecarios, se exige su determinación separada y especial… En cuanto a los intereses moratorios, no hay duda de la posibilidad de extender la garantía a los mismos, siempre que se precise claramente en qué medida están cubiertos por la hipoteca, con independencia de la garantía prevista para los intereses ordinarios —garantía separada y especial—, de suerte que no pueda aplicarse la cobertura establecida para unos a los otros a modo de comodín. Por la propia naturaleza de los intereses moratorios, no es desencaminada la tesis que entiende que la hipoteca que los garantiza se trata de una hipoteca distinta de la principal (y*

A tales efectos, y con relación a los intereses de demora, procede recordar que los mismos tienen una eminente naturaleza indemnizatoria, siendo su finalidad la de compensar al acreedor por los daños y perjuicios experimentados fruto del incumplimiento o demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, como ratifica el artículo 1108 del Código Civil[38], y nuestra doctrina ha señalado de forma reiterada[39], y ya fundamentamos en su momento a propósito del análisis de las conclusiones presentadas por la Abogado General en el presente asunto[40]. Una finalidad de resarcimiento que no se ve para nada alterada en el caso de los contratos de préstamo hipotecario.

Siguiendo a Chico y Ortiz[41], debemos tener presente que *su naturaleza jurídica es por tanto muy diversa de la de los intereses remuneratorios*[42]*, que*

---

de distinta naturaleza, puesto que siempre será una hipoteca de seguridad del tipo de las de máximo). Sin embargo, a efectos prácticos y registrales se recoge —siempre con responsabilidad separada o estanca—, junto con la hipoteca por principal e intereses ordinarios, en un mismo asiento y como una sola hipoteca. *Ibídem,* págs. 87 a 89.

[38] A tenor del cual: «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*».

[39] Cfr., entre otros muchos, Albadalejo, Manuel, *Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Obligaciones), 11.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, pág. 195; Delgado Echeverría, en *Elementos de Derecho Civil, II* (José Luis Lacruz Berdejo *et al.*), vol. 1.º (Derecho de Obligaciones), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, pág. 249; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 636 a 638; Puig Brutau, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 106; Ordás Alonso, Marta, *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 33 a 41.

[40] Cfr. Estrada Alonso, Eduardo y Fernández Chacón, Ignacio, «Ejecución hipotecaria…», *ob. cit.,* págs. 224 y sigs.

[41] Chico y Ortiz, Jose María, «Estudios sobre…», *ob. cit.,* pág. 1468. Llegando a afirmar el autor que *como consecuencia del distinto origen de unos y otros intereses tienen distinto título de ejecución, siendo posible la moderación por los tribunales al tratarse de una «cláusula penal» (arts. 1103 y 1154 CC y Disposición Adicional primera, 1.3.ª, de la Ley 26/1984) y siendo dudoso que puedan hacerse efectivos estos intereses directamente en los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria*. Conclusiones estas últimas que no podemos compartir. Y es que sobre la legitimidad de la facultad de moderación de los intereses moratorios en base al artículo 1154 por los Juzgados y Tribunales se ha manifestado nuestro TS en no pocas ocasiones —de forma un tanto confusa, dicho sea de paso— negando la misma (cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2010 —FJ 3.º *in fine*—). Un estudio especialmente interesante en este punto puede verse, asimismo, en el trabajo de Zumaquero Gil, Laura, «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana Cañizares Laso), Tecnos, Madrid, 2006, págs. 266 a 287. Por otra parte, y respecto a la pretendida imposibilidad de reclamación de estos intereses en vía ejecutiva, los términos en que se encuentra redactada nuestra LH no deja lugar a dudas desde las reformas introducidas en el año 2007 por la ya citada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que acoge expresamente la posibilidad de constitución de las denominadas hipotecas de máximo en nuestro ordenamiento, y a las que los intereses de demora cubiertos hipotecariamente dan siempre lugar como reconoce el propio Chico y Ortiz.

[42] Una divergencia en la que insiste también, entre otros muchos, Díez-Picazo, a propósito de la tesis expuesta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolu-

derivan directamente del contrato y no de una conducta irregular del deudor. Esta conducta irregular es un hecho futuro e incierto, tanto en su existencia como en su cuantía. Estas eventuales obligaciones del pago de intereses pueden garantizarse… por medio de una especial hipoteca de seguridad, de las de máximo, que es distinta de la hipoteca en garantía del principal prestado y de los intereses remuneratorios, tanto por no de ser de tráfico sino de máximo, como porque no nace al tiempo de la constitución de la hipoteca ordinaria, sino al tiempo de incumplirse la obligación derivada de la principal y porque es, en definitiva, una garantía del pago de una indemnización de daños y perjuicios, no de un préstamo ni de su remuneración, bien que la cuantía del daño esté predeterminada, aunque tenga un rango simultáneo y una unidad exclusivamente temporal en el nacimiento y la ejecución.

Esta naturaleza jurídica indemnizatoria de los intereses de demora, que hace que su obligación de pago revista un carácter eventual y que su cuantía resulte indeterminada (pero determinable), implica su carácter accesorio respecto a la obligación principal derivada del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad financiera y el consumidor, permitiendo que su declaración de abusividad no impida, en modo alguno, la subsistencia esencial del contrato de préstamo que sirvió en su momento de presupuesto a la constitución de la hipoteca.

Pero además, la propia subespecie de la hipoteca de máximo, a la que se llega como consecuencia tanto de la indeterminación y eventualidad de los intereses de demora, como de las propias reglas de cálculo conforme a las cuales se concretan los intereses remuneratorios[43] (dotados de carácter variable), es la que hace cobrar todo su sentido a la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda también controvertida en el litigio en el transcurso del cual se planteó la cuestión prejudicial de que trae causa la STJUE aquí analizada.

La indeterminación en muchos casos al momento de constitución de la hipoteca del importe de los intereses remuneratorios, y la eventualidad de la obligación de pago de los intereses moratorios[44] que se dan en las hipotecas de máximo, sumamente habituales en el tráfico jurídico inmobiliario, obliga a

---

ción de 26 de octubre de 1987 y de la STS de 12 de marzo de 1991 (cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. VI (Derechos Reales), Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 409 y 410.

[43] Puesto que, aunque no tienen carácter eventual, como ocurre con los moratorios, ni naturaleza indemnizatoria, sino que resultan, en muchos casos, consustanciales a la obligación principal del contrato de préstamo celebrado, las fórmulas de cálculo acordadas por las partes en lo que hace a su determinación (por ejemplo, las famosas cláusulas de Euribor más un tanto por ciento) los convierten en determinables pero no determinados al momento de la ejecución, dada la necesidad de atender para efectuar la liquidación de los mismos a una serie de circunstancias y criterios matemático-financieros objetivados cuya interrelación y resultado varían en el tiempo.

[44] Por cuanto se desconoce si el abono de los mismos tendrá lugar o no, al no saber si el deudor incumplirá o se retrasará en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben.

que, independientemente de que tales obligaciones tengan un carácter accesorio y el principio de especialidad exija su inscripción expresa y aparte (aunque dentro de la misma hipoteca), en el momento de instarse la ejecución deba acompañarse, junto al título/certificado de inscripción de la propia hipoteca en el Registro[45], un documento extrarregistral, unilateralmente confeccionado por el acreedor conforme a los criterios matemático-financieros pactados en su día con el deudor hipotecario, que determine el importe del montante adeudado por este último, como expresamente permite el artículo 153 bis LH, siempre que conste inscrito pacto de las partes en tal sentido.

Determinación del montante que caso de incurrir en error sería, a nuestro parecer, perfectamente esgrimible por el deudor en el propio proceso de ejecución hipotecaria, como un supuesto especial de pluspetición, al amparo de lo previsto en el artículo 695.1.2 LEC[46], tanto en lo que hace a los intereses de demora como a los intereses remuneratorios.

De tal manera que, difícilmente puede considerarse que la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor del crédito hipotecario resulte abusiva, por cuanto en sí misma es inofensiva, amén de necesaria siempre que exista algún tipo de indeterminación respecto al montante debido, y, por ende, siempre que nos encontremos ante una hipoteca de las denominadas de máximo. Lo contrario sería tanto como afirmar la ilicitud o inviabilidad práctica de esta clase de hipoteca.

Independientemente de ello, lo que está claro es que la declaración de abusividad de los intereses de demora no cercena el título jurídico del que trae causa la garantía hipotecaria, que no es otro que el contrato de préstamo hipotecario, dado el carácter accesorio de tal obligación de pago[47] (ineludiblemente vinculada, como se ha dicho, a la determinación unilateral del importe de la deuda[48]).

Asimismo, y respecto a la tercera estipulación contractual en liza, otro tanto cabe decir de la cláusula de vencimiento anticipado cuya operatividad permite el

---

[45] Cfr. artículo 685 LEC.

[46] Vid., en este sentido, Estrada Alonso, Eduardo y Fernández Chacón, Ignacio, «Ejecución hipotecaria…», *ob. cit.,* págs. 232 a 234.

[47] Vid., en este sentido, sobre la accesoriedad de las costas, gastos e intereses respecto a la obligación principal garantizada, Manzano Solano, Antonio, *Estudios sobre la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2009, págs. 334 y 339 y sigs.

[48] Y que más certeramente debiera denominarse, en términos más técnicos y precisos, como integración unilateral del importe de la deuda, ya que la determinación acordada de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor tuvo lugar en su momento con ocasión de la concertación del contrato de préstamo hipotecario, de tal manera que no hay arbitrio alguno dejado en manos de uno de los contratantes en materia de cumplimiento del contrato, respetándose, en consecuencia, la prohibición contenida en el artículo 1256 del Código Civil, conforme al cual: «*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

artículo 693.1 LEC siempre que conste, al igual que las anteriores, debidamente inscrita en el Registro.

Sin perjuicio de la consideración jurídica (abusiva o no[49]) que a cada uno, y según los casos, merezca la cláusula de vencimiento anticipado, lo cierto es que la misma tiene un carácter eventual (puede concurrir o no), accesorio y en ningún caso determinante de la nulidad del contrato de préstamo hipotecario[50], lo que, por otra parte, resulta confirmado desde el momento mismo en que el propio artículo 693.1 LEC, en su párrafo segundo, contempla la posibilidad de ejecutar el inmueble hipotecado para hacer frente al pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses, aun cuando queden por vencer otros plazos de la obligación[51].

Dicho en otros términos: sin cláusula de vencimiento anticipado mediante puede existir un contrato de préstamo hipotecario cuyo pago se haya establecido en plazos diferentes y haberse pactado la ejecución hipotecaria del inmueble por el impago de alguno de ellos[52], y por la cuantía estrictamente referida a los plazos vencidos, y no los que aún restan por vencer, que resultarían inexigibles hasta que llegue el momento acordado.

Este carácter accesorio de las cláusulas controvertidas respecto al contenido esencial o núcleo duro del contrato de préstamo hipotecario, cuya obligación principal estriba en la devolución por el prestatario del importe del principal

---

[49] Nuestra posición resulta, dicho sea de paso, completamente favorable a este tipo de cláusulas, al menos en los casos en que la operatividad de las mismas se haga depender del incumplimiento de una obligación esencial por parte del deudor, de la que el abono de los distintos vencimientos es el máximo exponente, como la doctrina y jurisprudencia han venido pacíficamente admitiendo, y aunque sí que resulte discutible cuál ha de ser el grado de incumplimiento imputable al deudor para que la entrada en juego del vencimiento anticipado no resulte desproporcionada. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo y FERNÁNDEZ CHACÓN, «Ejecución hipotecaria…», *ob. cit.,* págs. 208 y sigs.; BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas recientes)», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* —coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*—, Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010, págs. 395 y sigs.

[50] No se trata de un elemento esencial de esta clase de contrato, por más que su estipulación resulte sumamente habitual en la práctica bancaria.

[51] Y en cuyo caso se transmite *la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*, lo que plantea no pocos problemas prácticos y resulta carente de toda lógica.

[52] Al momento de redacción del presente trabajo, la Vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría ha anunciado que la virtualidad práctica de estas cláusulas se limitará, en las nuevas reformas que se aprueben para adaptar la normativa española a las exigencias derivadas del pronunciamiento emitido por el TJUE en el asunto *Mohamed Aziz* c. *Catalunyacaixa*, al incumplimiento del abono, como mínimo, de tres mensualidades. Podríamos decir, pues, que volvemos, en cierto sentido, a la doctrina sentada en su momento, y de forma excepcional, por la STS de 27 de marzo de 1999. Exigencia del incumplimiento de al menos tres plazos mensuales o número de cuotas equivalente que se encuentra incluida en la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios ya mencionada. Concretamente al hilo de la modificación que se opera del artículo 693 LEC.

prestado y, acaso de los intereses remuneratorios, dado el carácter oneroso del negocio, hace que en caso de que se determine la nulidad de las mismas, en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria o en el declarativo posterior que se incoe, la hipoteca concertada siga subsistiendo, aunque minorada la cuantía de la obligación asegurada respecto al tercero adquirente de la vivienda objeto de subasta[53].

Una minoración de la obligación garantizada por la hipoteca que pervive fruto del hecho de que declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado el importe de la ejecución se destina a pagar al acreedor los importes referidos a los vencimientos impagados[54], y de que los intereses de demora dejan de estar cubiertos por la hipoteca, al tenerse las cláusulas abusivas por no puestas directamente, sin que proceda su moderación por los Tribunales[55].

Intereses de demora cuyo abono por el deudor, caso de haber ya pagado parte de los mismos, puede revertirse por medio de dos vías fundamentales tras su declaración como abusivos en el proceso declarativo, posterior o simultáneo, a la ejecución, a que remite nuestra LEC en su artículo 698: mediante una indemnización a tanto alzado a cargo del acreedor decretada en dicho proceso; a través de una compensación de créditos entre acreedor y deudor por el montante a que ascienda el pago de tales intereses, imputando dicho importe al principal del préstamo hipotecario concedido o a los intereses remuneratorios.

---

[53] Una subsistencia de la hipoteca respecto al tercero adquirente, que asume la carga hipotecaria pero no el crédito pendiente del ejecutado, que plantea no pocos problemas puestos de relieve por la abundante doctrina que se ha ocupado de abordar los mismos. Vid., en este sentido, Carrasco Perera, Ángel; Cordero Lobato, Encarna, y Marín López, Manuel Jesús, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 644 y 645; Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 248 y sigs.; Domínguez Luelmo, Andrés, «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* —dir.: Antonio María Lorca Navarrete—, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3534 a 3537; Álvarez Olalla, Pilar, *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999, págs. 86 a 89.

[54] *Ex* artículo 693.1, párrafo segundo, LEC (cfr. Fajardo Fernández, Javier, «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —coords.: Faustino Cordón Moreno *et al.*—, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 543 y 544. Un pago al acreedor de los vencimientos impagados que implica ya de por sí una minoración del importe de la obligación asegurada vía hipotecaria.

[55] Por mor de lo dispuesto en el artículo 83.1 TRLGDCU, y en aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Una solución al problema de la declaración de abusividad recientemente ratificado por el TJUE en la sentencia *Banco Español de Crédito*, ya citada, en la que se señalaba (apartado 65): «*Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*». Sentencia que, al igual que en el caso que nos ocupa, versaba sobre la imposibilidad de alegar en el transcurso del proceso monitorio la existencia de cláusulas abusivas, y más concretamente de unos intereses de demora excesivos.

Por otra parte, no cabe soslayar, y el TJUE lo hace, una vez justificado el carácter accesorio de las estipulaciones contractuales controvertidas, lo dispuesto respecto a las cláusulas abusivas en el artículo 83 TRLGDCU[56], conforme al cual:

1. «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*
2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.*

A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

Un precepto cuyo resultado, como señalara CLAVERÍA[57], es el establecimiento de un sistema que sanciona las cláusulas abusivas con una *nulidad parcial coactiva* del contrato[58].

De manera que, como sintetiza DÍEZ-PICAZO[59], *se declara la nulidad de una o varias y se mantiene en principio la eficacia de las restantes*. Se produce así *la*

---

[56] Por medio del cual se traspone el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, según el cual: «*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*».

[57] CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Una nueva necesidad: la protección frente a los destinos del legislador (comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998, pág. 1301 (citado y suscrito por DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción, Teoría del contrato), 6.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2007, págs. 483 y 484).

[58] Sobre la cuestión de la nulidad parcial del contrato y consecuencias aparejadas a ella en los supuestos de declaración de cláusulas abusivas, vid., entre otros, PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004, págs. 230 a 243; PERDICES HUETOS, Antonio B., «Comentario al artículo 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* —dirs. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN—, Civitas, Madrid, 2002, págs. 519 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, Miguel, «No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales: Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* —dir.: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Aranzadi, 1999, págs. 291 y sigs.; CLEMENTE MEORO, Mario, «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas», en *Contratación y Consumo* —dir. Francisco J. ORDUÑA MORENO—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 312 y sigs.

[59] *Ibídem,* págs. 483 y 484.

parcial eficacia del contrato, aunque el predisponente no hubiera querido contratar solo con las cláusulas que quedan en pie, de manera que, en cierta medida, se rompe lo que es la regla general en los casos de nulidad parcial del contrato.

De acuerdo con la ley, la nulidad es una nulidad de pleno derecho, y no requiere, por consiguiente, el ejercicio de una especial acción. En términos técnicos, se trata de nulidad y no de anulabilidad o de impugnabilidad. Puede ser propuesta tanto por vía de acción como por vía de excepción.

La regla de la nulidad parcial y, por consiguiente, de la conservación de la validez del contrato comporta la necesidad de llevar a cabo una integración de este, en la que evidentemente no pueden jugar las cláusulas declaradas nulas. Por ello, la regla debe ser la integración del contrato con las disposiciones legales, siempre que estas existan, por tratarse de un contrato típico, y, si el Derecho legal dispositivo no existe y el contrato es atípico, habrá que atenerse a los términos requeridos por la buena fe. Una integración que se hace, según el artículo 83.2 TRLGDCU, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC, conforme al cual:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Únicamente, continúa el autor, *por excepción cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada por medio de la integración, se podrá declarar la ineficacia total del contrato*. Ineficacia total del contrato (en nuestro caso del contrato de préstamo hipotecario) que sí que llevaría entonces aparejada, y como consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a que hace alusión el TJUE[60].

[60] Un supuesto residual y aislado de ineficacia total del contrato y extinción de la hipoteca que garantizaba el préstamo suscrito, dado el carácter usurario de los intereses pactados se dio en la STS de 20 de junio de 2001, cuya importancia destaca Orozco y Pardo, en la que el Tribunal señaló que: «*Esta sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales no contractuales. Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para su inscripción*». En dicha sentencia, el Alto Tribunal sí que obligó, no obstante la declaración de extinción de la hipoteca, a los prestatarios

La aplicación de semejante régimen de nulidad parcial en materia de cláusulas abusivas instaurado por el TRLGDCU, ratificado, por lo demás, tanto por la Directiva 93/13 (art. 6.1[61]) como por la jurisprudencia del TJUE que le ha dado forma[62], es la que, en último término, acaba por echar por tierra el razonamiento seguido por el Tribunal respecto a la ineficacia de la protección dispensada por la normativa procesal española a los consumidores en materia de ejecuciones hipotecarias.

Clarificada la accesoriedad de las cláusulas discutidas, y a salvo los casos en los que la parte del contrato cuya abusividad se pretende sea de tal entidad que haga inviable la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario al que la hipoteca concertada sirve de garantía[63], y en aplicación del transcrito artículo 83 TRLGDCU resulta que el régimen meramente indemnizatorio del artículo 698 LEC, insuficiente para satisfacer las exigencias derivadas del principio de efectividad en la protección de consumidores y usuarios según el TJUE, compensatorio de los perjuicios originados al consumidor derivados de la inclusión de las cláusulas abusivas en cuestión[64], no es solo correcto jurídicamente, sino sumamente acerta-

---

a devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos en base a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Usura. Una extinción de la hipoteca (sumamente discutible y contraria a la posición aquí mantenida), como consecuencia de la nulidad por usurario del contrato de préstamo suscrito que sin embargo no fue mantenida en las STS de 14 de mayo de 1984, que decretó la subsistencia de la misma, *pues entendía que se produjo una reducción de la deuda, no su desaparición, por lo que seguía existiendo la accesoriedad frente al préstamo al que garantiza*. Orozco y Pardo, Guillermo, «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 2754 y 2755.

[61] Cfr. Pagador López, Javier, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 110 a 116.

[62] En la sentencia *Banco Español de Crédito* (apartado 65) el TJUE especificaba que: «*En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*».

[63] En cuyo caso la opinión del TJUE tendría toda la razón de ser y sentido, ya que la protección indemnizatoria del deudor no paliaría eficazmente la pérdida de la vivienda en el transcurso de un procedimiento de ejecución hipotecaria que habría sido nulo, dada la nulidad del propio título jurídico en que la hipoteca se basaba a resultas del principio de accesoriedad hipotecaria.

[64] Unos perjuicios que, en el caso objeto de la cuestión prejudicial planteada, únicamente podrían venir determinados por el abono en el pasado de intereses de demora indebidos, en cuanto a tu tipo porcentual, y, por lo tanto abusivos. En todo caso, no debemos tampoco olvidar que la integración del contrato, en el que se insertan las cláusulas abusivas declaradas como tales en vía judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, permitiría que aunque no fuesen aplicables los intereses de demora pactados (teniéndolos, en consecuencia, por no puestos) sí que podría integrarse el contrato aplicando como interés de demora el interés legal previsto por la Ley de Presupuestos. Una opción que encuentra su fundamento en la mora, automática en los contratos mercantiles, del deudor de la que

do. Al juez que conoce del declarativo no le resulta necesario paralizar/suspender la ejecución para asegurar la efectividad de la sentencia que dicte, toda vez que dicha sentencia no implicará nunca en un supuesto de nulidad parcial la nulidad de la ejecución hipotecaria llevada a cabo con anterioridad.

Debe retenerse, como dato que desmiente el argumentario utilizado por el TJUE, que la ejecución hipotecaria del deudor, pese a paralizarse mientras se discute en el proceso declarativo la abusividad de tal o cual cláusula, o permitirse la alegación de la misma como motivo de oposición a la ejecución, siempre se producirá, más tarde o más temprano en el tiempo, cuando tal deudor haya incumplido la obligación de pago de uno o varios de los vencimientos o cuotas pactadas[65], dada la alteridad a dicha abusividad del núcleo básico sobre el que la hipoteca se cimenta: el reintegro del principal prestado para la adquisición de la vivienda, y, en su caso, de los intereses remuneratorios. Todo lo cual, sin perjuicio de la posibilidad de que dispone el deudor de hacer uso de la facultad de liberación del inmueble objeto de ejecución que constituya su residencia habitual, de conformidad con el artículo 693.3 LEC, y que evitaría que la ejecución se llevase finalmente a término[66].

A mayor abundamiento, aunque se llegase a la conclusión de declarar por completo ineficaz el contrato de préstamo hipotecario, la extinción de la hipoteca (dado su carácter accesorio respecto a la obligación garantizada) y, en consecuencia, el procedimiento de ejecución hipotecaria sí que hubiese resultado, caso de haberse llevado a término, nulo de pleno derecho, el escenario que se presentaría para el consumidor deudor no sería en absoluto nada favorable. Aunque sí que dotaría, al menos en un primer momento, de mayor sentido al razonamiento seguido por el TJUE que sustenta la insuficiencia de una protección meramente indemnizatoria[67].

---

se ocupan los artículos 63 del Código de Comercio y 1108 del Código Civil, por cuanto la aplicación de los mismos al contrato de préstamo hipotecario es una exigencia que habida cuenta de la naturaleza onerosa del contrato deriva de la Ley (*ex* art. 1258 CC).

[65] Y aunque, como se ha dicho ya, por razones de equidad y proporcionalidad se proponga la limitación de la posibilidad del vencimiento anticipado y de la ejecución hipotecaria misma a los casos de impago por el deudor de, al menos, tres vencimientos. Lo cual, por otra parte, ya se da en la práctica ejecutiva española en materia hipotecaria, en la que las entidades financieras son las primeras interesadas en dilatar lo más posible la ejecución y evitar quedarse con el bien hipotecado.

[66] Sobre la citada posibilidad de enervación por el deudor de la acción hipotecaria, vid. Domínguez Luelmo, Andrés y Toribios Fuentes, Fernando, *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

[67] En caso de declaración de la ineficacia total del contrato lo que se ha producido, podríamos decir, no es sino una especie de extinción de la obligación garantizada (no por su cumplimiento, sino por su nulidad), ya prevista por nuestra LEC como causa de oposición a la ejecución, dotando así de cierta lógica al razonamiento seguido por el TJUE, y conforme al cual la pérdida de la vivienda de forma irreversible por el deudor en el transcurso de la ejecución no

Y ello porque la ineficacia total del contrato de préstamo, decretada *ex* artículos 83.2 *in fine* TRLGDCU y 1303 del Código Civil[68], no permitiría salir indemne de toda obligación al consumidor prestatario, sino que llevaría aparejada de suyo la obligación por parte de este de proceder al reintegro de, al menos, el principal percibido a resultas del contrato[69], ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del todo inadmisible. Restitución que lo mismo da fuese decretada en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria o en un proceso declarativo posterior o simultáneo, derivado de la apreciación de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato como causa de oposición o de suspensión.

En este supuesto de declaración de ineficacia total el consumidor, dada la situación actual, terminaría igualmente por verse privado de la vivienda objeto de cobertura hipotecaria, salvo que repentinamente gozase de mejor fortuna. Una pérdida que, si bien no se produciría como consecuencia de una ejecución hipotecaria (en tanto que la hipoteca sigue la misma suerte que el contrato al que sirve de garantía), derivaría, en el caso de que el deudor no fuese capaz de restituir el importe del principal prestado, de un procedimiento de ejecución de la sentencia que hubiese decretado la ineficacia contractual. Y dado que el deudor carecerá de otros recursos distintos de la vivienda para hacer frente al pago será finalmente esta la que al fin satisfaga la referida obligación de reintegro del principal.

Esta obligación de restitución del principal derivada de la declaración de ineficacia total del contrato implicaría asimismo, y en relación al caso concreto de que deriva la cuestión prejudicial analizada, un vencimiento anticipado *sui generis* del crédito concedido, aun cuando la cláusula contractual que fijase tal vencimiento hubiese sido declarada nula con anterioridad por abusiva[70]. Y ello porque de la misma manera que el principal se concedió de una sola vez al deudor, de esa misma forma debe reintegrarse al acreedor en cumplimiento del deber de restitución recíproco de las prestaciones llevadas a cabo.

---

habría llegado a tener lugar caso de permitirse la discusión en tal ejecución sobre la existencia de cláusulas abusivas determinantes de la nulidad de la obligación garantizada, de la hipoteca a ella vinculada y del procedimiento mismo de ejecución. Todo lo cual haría que la protección meramente indemnizatoria pudiera entenderse como insuficiente, y aun cuando la pérdida de la vivienda por parte del consumidor terminara por producirse igualmente, como consecuencia de la obligación de restitución de las prestaciones recíprocamente percibidas por las partes anudada a toda declaración de ineficacia total.

[68] Que establece que: «*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*».

[69] Cfr. Díez-Picazo, Luis, «Fundamentos del…», vol. I, *ob. cit.,* págs. 571 y sigs. En resumidas cuentas, el contrato de préstamo declarado completamente ineficaz implicaría la concurrencia de un supuesto de nulidad que conllevaría la obligación de restituir de forma simultánea y recíproca (art. 1308 CC).

[70] Cfr. Ávila Navarro, Pedro, *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas),* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 99.

Consecuencia igualmente de lo anterior, el incumplimiento del deber de restitución por las partes haría que, si bien los intereses de demora o remuneratorios pactados no fuesen aplicables (dada la ineficacia del contrato celebrado) debiendo procederse a su devolución o imputación al principal prestado por parte del acreedor, sí que habría muy posiblemente que adicionar a tal principal los intereses derivado de la mora procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 LEC, junto con las costas, gastos, etc., aparejados al procedimiento de ejecución de sentencia que se vería abocado a iniciar el acreedor.

De tal forma que, como puede verse, y en resumidas cuentas, la ineficacia del contrato, aun cuando condujese, dada la abusividad del mismo, a la extinción del derecho de hipoteca que pesa sobre la vivienda del consumidor y evitara, consiguientemente, toda ejecución hipotecaria, terminaría por conducir a este a idénticos o peores resultados que los propios de tal ejecución. Resultado que no es otro, fundamentalmente, que la pérdida de la vivienda, lo que no deja de ser paradójico, toda vez que el argumento del TJUE para declarar nuestro régimen de ejecución hipotecaria contrario a la Directiva se cimenta precisamente sobre la base de que la imposibilidad de alegación de cláusulas abusivas en este procedimiento ejecutivo conduce al consumidor a semejante pérdida de forma irreversible e injusta. Obviando así que lo que realmente conduce al consumidor a la pérdida de su vivienda es la imposibilidad de reintegrar, desgraciadamente, siquiera el principal del dinero prestado por el banco para la adquisición de la misma, ni de forma diferida en el tiempo, ni mucho menos de una sola vez, como resultaría de la ineficacia total del contrato de préstamo.

Pese a todo, el Tribunal ha fallado de tal manera que se hace necesario, al momento de elaboración del presente trabajo, proceder a modificar la normativa de nuestra LEC y LH que se ocupa de regular las ejecuciones hipotecarias, a los efectos de que la discusión sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario lleve aparejada la paralización del proceso de ejecución, hasta el momento en que se resuelva lo que proceda al respecto[71], y aunque

[71] Concretamente el fallo del TJUE, respecto a la adecuación de nuestra LEC en materia de ejecución a la normativa comunitaria, señala que: «*La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final*».

finalmente, como ha quedado evidenciado (creemos que suficientemente), el deudor termine por sufrir en sus carnes, aunque dilatada en el tiempo, la ejecución a que obliga el incumplimiento o ineficacia total/parcial del contrato celebrado en su momento, habiendo descontado ya de él, llegado el caso, las cláusulas abusivas.

Una reforma a la que dedicamos las páginas que siguen, junto con las posibilidades de actuación de que nuestros órganos jurisdiccionales gozan con, sin o contra la reforma[72] de nuestro régimen de ejecuciones hipotecarias. Materia, en la que, como se verá, creemos que no está el problema real de los desahucios y dramas sociales que día a día vivimos en nuestro país, que no son sino fruto de una contratación inmobiliaria abusiva y descontrolada a que hemos asistido impasibles en los últimos años, y que nos ha llevado a esta situación del todo indeseable para cualquier sociedad.

IV. REPERCUSIONES DEL PRONUNCIAMIENTO RECAÍDO

Conforme al razonamiento seguido por el TJUE para declarar nuestro régimen procesal de ejecución hipotecaria contrario a la Directiva 93/13, son dos los problemas jurídicos que en el ordenamiento jurídico español obstan a la plena satisfacción del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios cuando estos pretenden discutir la existencia de cláusulas abusivas insertas en los contratos de préstamo hipotecario de que dimana la ejecución.

El primero de ellos deriva del tenor del artículo 695 LEC (*Oposición a la ejecución*)[73], conforme al cual:

> «*1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*
>
> *a) Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.*
>
> *b) Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta*

[72] Contra reforma por insuficiente.

[73] Como análisis reciente del precepto, vid. Cordón Moreno, Faustino, «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio Salas Carceller—, Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 781 a 787.

entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y solo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

c) En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1 y 3 del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2 fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno».

Mientras que el segundo problema planteado viene determinado por la previsión contenida en el artículo 698 LEC (*Reclamaciones no comprendidas en los artículos anteriores*), que establece que:

«*1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los ar-*

tículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias.

2. *Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.*

   El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

3. *Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención».*

La conjunción de ambos preceptos, y concordantes de la LH[74] (junto a los cuales deben tenerse en cuenta además las clases de procesos que actúan como causa de suspensión y a que se refieren los arts. 696 y 697 LEC), tiene por consecuencia que el consumidor no pueda alegar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución como causa de oposición/suspensión[75], y que, además, aunque inicie simultánea o posteriormente, un proceso judicial independiente en el que sí que existe la posibilidad de discusión en torno a la validez de

---

[74] Artículos 129 a 136 LH.

[75] El artículo 695 LEC regula los motivos de oposición a la ejecución cuya alegación determina la suspensión el procedimiento en curso. Pero junto a tales motivos de oposición, en los artículos 696 y 697 se regulan como causas de suspensión la interposición de una tercería de dominio y la existencia de prejudicialidad penal. Sobre la posibilidad de alegar causas de suspensión distintas de las previstas en tales preceptos, vid. MONSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, págs. 167 a 170; y *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 298 a 344.

Y respecto a la posible tentación de acudir al inicio de un proceso penal para lograr la suspensión de la ejecución hipotecaria de forma fraudulenta vid. CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 559.

tales cláusulas[76], dicho proceso judicial carezca de virtualidad práctica alguna en orden a la paralización de la ejecución hipotecaria en curso[77].

De forma que, según se ha notado ya páginas atrás, el TJUE concluye, y está en lo cierto, la única protección que se dispensa en materia de ejecución hipotecaria al consumidor por la existencia de cláusulas abusivas en el título jurídico en que se fundamenta la hipoteca, y su correlativa ejecución, reviste un carácter meramente indemnizatorio, *ex* artículo 698 LEC (apartados 2 y 3), que resulta insuficiente, al haber perdido ya el consumidor su vivienda al momento de percibirla.

Una opinión del TJUE respecto a tal insuficiencia que nosotros no compartimos, toda vez que, como ya se ha dicho, esta postura tendría todo su sentido si del proceso declarativo iniciado por el consumidor resultase, fruto del carácter abusivo de parte del clausulado del contrato de préstamo hipotecario, la nulidad del contrato mismo y, en consecuencia de la ejecución hipotecaria llevada a término[78], como erróneamente presupone el Tribunal. Nulidad del contrato en

---

[76] Hecho por el cual el Tribunal Constitucional entiende que nuestro régimen de ejecución hipotecaria no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE, por cuanto al ejecutado siempre le queda a salvo la posibilidad de acudir al correspondiente proceso declarativo en el que podrá discutir la validez/invalidez del título (o alguna de sus partes). Vid., en este sentido, SSTC de 18 de diciembre de 1981, 24 de enero de 1995 (Sala 1.ª), 9 de mayo de 1995 (Sala 1.ª) y, más recientemente, el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (y en especial el FJ 4.º). Auto, este último, comentado por Rubio Torrano, Enrique, «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio Salas Carceller—, Thomson Reuters, Navarra, 2012; y *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011), págs. 11 a 13.

Resoluciones del TC que legitiman desde el punto de vista constitucional el carácter de vía de apremio que reviste nuestra ejecución hipotecaria y el hecho de que la misma no se encuentre precedida de fase de cognición alguna, como han resaltado, entre otras, las SSTS de 22 de abril de 1987, 12 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1991 y 22 de julio de 1994 (cfr. Adan Domènech, Federic, *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 399 a 402).

[77] Que solo se suspende en los meritados supuestos, previstos por los artículos 696 y 697 LEC, de tercerías de dominio o prejudicialidad penal.

[78] En cuyo caso el razonamiento en torno a la insuficiencia de la protección meramente indemnizatoria conferida por nuestra LEC al deudor tendría todo su sentido, porque de haberse permitido la suspensión del procedimiento de ejecución el consumidor no habría perdido irreversiblemente la vivienda que nunca debió escapar de su poder, a que hace referencia en su fundamentación el TJUE. En este sentido, señalaba Cordón Moreno con ocasión de comentar el artículo 698 LEC que: *«La única incidencia que estas reclamaciones tienen en el proceso de ejecución pendiente es la posibilidad que se reconoce a quien la plantee de solicitar del tribunal que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte con retención del todo o de una parte de la cantidad que se obtenga en la ejecución y deba entregarse al acreedor (art. 698.2.I). Se trata en realidad de una medida cautelar que puede ser solicitada por el actor al tiempo de formular la reclamación… o durante el curso del juicio a que diere lugar, sin necesidad de acreditar, en el segundo de los casos, que se basa en hechos y circunstancias que justifican la solicitud en ese*

su conjunto que no resulta jurídicamente viable, al menos en el concreto caso en transcurso del cual se planteó la cuestión prejudicial de que trae causa la sentencia del TJUE, en el que las cláusulas controvertidas tenían un carácter meramente accesorio de la obligación principal en que el contrato de préstamo celebrado entre el señor *Aziz* y *Catalunyacaixa* consistía[79].

Pero independientemente de que el argumentario desplegado por el TJUE para dinamitar, al menos en cierta medida, nuestro sistema de ejecución hipotecaria en la contratación con consumidores nos parezca un dislate carente de sentido alguno, lo cierto es que, nos guste o no, los meritados artículos 695 y 698 deben ser revisados por el legislador en orden a satisfacer las exigencias que derivan del pronunciamiento recaído. Al menos si pretendemos evitar la incoación de un procedimiento sancionador a España por parte de la Comisión Europea, dado el incumplimiento por nuestra legislación de la Directiva 93/13, en los términos en que ha sido interpretada en materia de ejecución hipotecaria por la sentencia aquí comentada.

Ese es el deber ser, pero no necesariamente tiene por qué ocurrir así, puesto que otro tanto cabría decir del proceso monitorio (o de cualesquiera procesos en los que no se permita al juez apreciar el carácter abusivo del clausulado de un contrato celebrado con un consumidor), tras la sentencia *Banco Español de Crédito*, que, sin embargo, no ha experimentado novación alguna que permita la posibilidad de alegación de cláusulas abusivas por el deudor en su transcurso.

Por lo que, cabría pensar que tal vez podamos dejar en manos exclusivamente del juez que conozca del caso concreto, la decisión de apreciación de tales cláusulas abusivas y la procedencia o no de suspender la ejecución hipotecaria si estima que la protección indemnizatoria prevista por el artículo 698 resulta, efec-

---

momento (cfr. art. 730.4). A la vista de la solicitud y de los documentos que se presenten, el tribunal decretará la retención si estima bastantes las razones que se aleguen y previa prestación (si no tuviera solvencia notoria y suficiente) de garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor ejecutante (art. 698.2.II); este podrá obtener el alzamiento de la retención afianzando a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener (art. 698.3). La finalidad puramente resarcitoria de la medida cautelar puede resultar insuficiente para satisfacer el interés del deudor ejecutado (o del interesado de que se trate); piénsese en los casos en que la reclamación versa sobre la nulidad del título por el que se despacha la ejecución o sobre la certeza o extinción de la deuda. Resultará en ellos que, al no tener la demanda ordinaria eficacia suspensiva, no podrá impedirse la realización del bien en una ejecución que, en el supuesto de estimarse aquella, se habrá llevado sin concurrir sus presupuestos: el título ejecutivo (en el caso de que la sentencia lo declare nulo) o la acción ejecutiva (en el caso de que se declare extinguida o inexistente la obligación). Por eso entiendo que el deudor (o interesado de que se trate) podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda, con el fin de advertir al posible adquirente del bien en la ejecución de la ilicitud de esta». CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.), «Comentarios a la Ley…», *ob. cit.,* págs. 560 y 561.

[79] Vid. *supra*.

tivamente, insuficiente para resarcir al consumidor de los daños experimentados a causa de la inclusión de las cláusulas que posteriormente puedan declararse abusivas. Una posibilidad que, llevada a cabo ya tras la adopción del fallo por el Tribunal[80], tiene su fundamento en los principios de primacía y efecto directo propios del Derecho comunitario (tanto originario como derivado —como es el caso de la Directiva 93/13—), y en la aplicación de la teoría confeccionada por el TJUE del denominado acto aclarado. Aun cuando esta hipótesis diese lugar a una notable inseguridad jurídica en el quehacer diario en materia de ejecuciones hipotecarias.

a) La necesidad de reforma del régimen de ejecución hipotecaria español: insuficiencia de la introducción de la existencia de cláusulas abusivas como motivo de oposición o suspensión del proceso

Las posibilidades de reforma de nuestra LEC en lo que hace a la ejecución hipotecaria para permitir que la alegación de cláusulas abusivas por el consumidor en el transcurso de la misma tenga algún tipo de virtualidad práctica, aparte de la meramente indemnizatoria descartada por el TJUE, se resumen básicamente en dos. Al menos partiendo del esquema tradicional previsto por la norma procesal.

La concepción seguida por la LEC determina que la ejecución hipotecaria únicamente se paraliza, con efectos distintos entre sí, como consecuencia de la alegación de alguna de las causas de oposición o de suspensión expresamente previstas, y que tienen el carácter de *numerus clausus*.

Esta interrupción de la ejecución en curso aboca además, tanto en los casos de oposición como de suspensión, a la simultánea, o posterior necesidad, tanto para el acreedor como para el deudor, de enfrentarse con un procedimiento judicial adicional, en que se dirime convenientemente tanto la propia concurrencia de la causa alegada para dar al traste con dicha ejecución, como los efectos de ello derivados. Una necesidad que únicamente se excepciona, cuando se aduce como motivo de oposición la existencia de error en la determinación de la cantidad exigible por vía ejecutiva (*ex* art. 695.3 LEC).

De tal manera que la mera introducción, pura y simple, de la existencia de cláusulas abusivas, en el título que la hipoteca garantiza, como motivo de

[80] Caso, entre otros, del Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Arrecife, de 21 de marzo de 2013, que ha sido una de las primeras Resoluciones que en base a la STJUE ha acordado el archivo de la ejecución hipotecaria en curso y remisión a un posterior proceso declarativo, en el que discutir la existencia y efectos derivados de posibles cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. Un fallo del que se infiere la materialización del fallo del TJUE en la posibilidad de alegación como causa de oposición (no de suspensión) en el procedimiento de ejecución hipotecaria de tales cláusulas abusivas.

oposición o de suspensión, dado que conduce inexorablemente al inicio de un proceso declarativo adicional, salvo en los casos de error en la determinación de la cuantía, resulta ineficiente y engorrosa, tanto para el acreedor como para el deudor hipotecario.

En este sentido, una primera hipótesis de reforma que el legislador podría plantearse, para dar cuenta a las exigencias derivadas de la sentencia del TJUE, pasaría por introducir en el artículo 695 LEC como motivo de oposición a la ejecución, junto con la extinción de la garantía (hipoteca) o de la obligación garantizada y el error en la determinación de la cantidad exigible (pluspetición[81]), la existencia de cláusulas abusivas en el título en que encuentra su presupuesto la hipoteca concertada.

Esta posibilidad de alegación de cláusulas abusivas como motivo de oposición únicamente tendría sentido (aunque aun así no se resuelva el problema de la pérdida de la vivienda por el consumidor), caso de llevar a sus últimas consecuencias el fallo del TJUE, y entenderlo en sus justos términos[82], cuando, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83.2 *in fine* TRLGDCU[83], pudiéramos estar ante un supuesto que determinase la ineficacia del contrato en su totalidad y de la hipoteca accesoria al crédito, así como la consiguiente nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria que pudiera llevarse a cabo en virtud de un contrato e hipoteca ineficaces. Según hemos apuntado ya.

Una limitación a los casos de ineficacia total cuya razón de ser es muy sencilla: solo en estos supuestos la ejecución hipotecaria resulta ilegítima y privaría injustamente, a través de ella, al consumidor de su vivienda. Lo que a su vez justificaría el tratamiento dispensado por la LEC a las causas de oposición, que no es otro que el sobreseimiento del proceso.

Así, cuando el deudor hipotecario alega como motivo de oposición la extinción de la hipoteca u obligación garantizada por la misma[84], el Secretario

---

[81] Que, como decíamos, permite dar debida cuenta de las cláusulas de determinación unilateral del importe de la deuda a que conducen las denominadas hipotecas de máximo (vid. *supra*).

[82] Reconduciéndolo, en el sentido de que la alegación de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución solo tiene carácter preceptivo cuando de las mismas pueda derivarse la extinción de la obligación garantizada y, en consecuencia, la nulidad de la hipotética ejecución hipotecaria que se llevase a término. En cuyo caso la protección meramente indemnizatoria sí que resultaría efectivamente insuficiente para dispensar una protección eficaz al consumidor, por cuanto este se habría visto privado ya, injustamente, de su vivienda. Una privación que caso de haberse permitido la alegación y apreciación del carácter abusivo en el seno de la propia ejecución no se produciría (vid. *supra*).

[83] Que, recordemos, preceptúa que: «*Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato*».

[84] Que son los dos únicos motivos de oposición propiamente dichos actualmente previstos por el artículo 695 LEC. Puesto que, si bien se contempla también como motivo de oposición el error en la determinación de la cuantía exigida por vía ejecutiva (pluspetición), los

judicial suspende la ejecución en curso y convoca a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que dictó la orden de ejecución, en la cual se oye a las partes y se examinan los documentos presentados por el deudor que justifican la concurrencia del motivo esgrimido.

Tras esta comparecencia el Tribunal decide acerca de la admisión o no del motivo aducido por la parte ejecutada[85], y, caso de que finalmente acuerde tal admisión, procede a decretar mediante auto el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado, tras lo cual se dará inicio a un proceso declarativo en el que solventar los problemas anudados al título o a la hipoteca.

Como decimos, este tratamiento procesal, dispensado por la LEC, resulta admisible en los casos en que la nulidad del clausulado del contrato (por abusivo) implique la ineficacia total del mismo, ya que, no en balde, semejante tipo de ineficacia implica la extinción de la obligación garantizada y de la hipoteca. Dicho de otra forma, la nulidad absoluta del contrato de préstamo hipotecario se corresponde con el supuesto de hecho de las causas de oposición ya previstas desde antaño por la LEC, lo que, acto seguido, puede justificar que se le asocie, como a estas, el efecto de sobreseer la ejecución y forzar el inicio de un proceso de naturaleza declarativa.

Sin embargo, la procedencia de reformar la LEC en materia de ejecución hipotecaria para permitir la alegación de cláusulas abusivas no se circunscribe únicamente a tales casos, como avala la circunstancia de que la sentencia haya sido dictada en el transcurso de un litigio en el que las cláusulas controvertidas nunca darían lugar a decretar la referida ineficacia total del contrato.

Y en estos casos de nulidad parcial, dado que lo que en realidad se opera es una minoración de la cuantía por la que la ejecución debe despacharse, a

---

efectos procesales anudados a tal motivo lo diferencian nítidamente de los otros dos casos recogidos por la LEC.

[85] Una admisión que en el caso de la alegación de cláusulas abusivas resulta especialmente conflictiva, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre con los motivos de oposición tradicionalmente regulados, para el juez que conoce de la ejecución será complicado en no pocos casos decidir si la cláusula alegada tiene o no carácter abusivo, dada la notable imprecisión que nuestro ordenamiento presenta en orden a la apreciación de muchas de tales cláusulas. No en balde, la propia admisión del motivo de oposición formulado implica en cierta medida prejuzgar el fondo del asunto que posteriormente se dirimirá en el declarativo correspondiente. Y este análisis previo del fondo en el caso de las cláusulas abusivas se torna muchas veces especialmente complejo como para ser decidido a los efectos meramente procesales que la admisión de la oposición supone. Mientras en los casos de oposición ya previstos por la LEC la concurrencia del motivo se evidencia, en principio, fácilmente a resultas de los documentos presentados por las partes en la comparecencia a que son citados, la determinación del carácter abusivo de una cláusula resulta más complicada desde el momento mismo en que no contamos en nuestro ordenamiento con un listado tasado de este tipo de cláusulas, ni respecto de muchas de ellas (como los intereses de demora o el vencimiento anticipado) de criterios que permitan al juez conformar un juicio «rápido» en torno a la validez/invalidez de las mismas dado su carácter pretendidamente abusivo.

resultas de la declaración de nulidad de parte del clausulado del contrato, nos encontramos ante una situación que guarda una enorme similitud con el supuesto de error en la determinación de la cuantía a que alude el artículo 695 LEC, y cuya alegación como motivo de oposición únicamente tiene por efecto una especie de suspensión intra-procedimental de la ejecución (art. 695.3 LEC), que no obliga a la incoación de un proceso declarativo adicional a los sujetos acreedor y deudor. Incoación que sí que resulta preceptiva en el caso de los otros dos motivos de oposición regulados por la LEC[86].

Aparejar en los casos de nulidad parcial del contrato el sobreseimiento del proceso de ejecución a la estimación de la existencia de cláusulas abusivas, en lugar de proceder inmediatamente dentro del propio proceso a minorar la cuantía por la que ha de proseguir la ejecución, como se prevé para los casos de pluspetición, implicaría dos ineficiencias graves[87].

La primera estriba en que tanto el deudor como el acreedor hipotecario se ven abocados tras el sobreseimiento de la ejecución a enfrentarse a la iniciación de un nuevo procedimiento judicial en el que dilucidar el alcance de la concurrencia de cláusulas abusivas sobre el contrato de préstamo y la hipoteca a él vinculada. Lo que supone un gasto y trastorno evidente para ambos.

La segunda se debe a que la declaración en este proceso judicial posterior de la nulidad únicamente parcial del contrato de préstamo permitirá la pervivencia de la garantía hipotecaria, como ha quedado evidenciado con anterioridad. Y esta viabilidad de la hipoteca conducirá en último término a que, tras semejante pronunciamiento, la entidad financiera acreedora se vea obligada a iniciar un nuevo procedimiento de ejecución hipotecaria que ponga fin al sinsentido procedimental a que se ha visto abocada, y que tan solo habrá permitido al consumidor dilatar en el tiempo la pérdida final de su vivienda.

De ahí que, partiendo del tratamiento tradicional conferido por la LEC a la concurrencia de motivos de oposición y suspensión, el debate debiera decantarse

---

[86] Dicho sea de paso que la proposición de Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios concibe la existencia de cláusulas abusivas en el título del que trae causa la ejecución como motivo de oposición a la misma, distinguiendo los efectos aparejados a la admisión de dicha causa en función de que las cláusulas contractuales discutidas determinen la nulidad del contrato de préstamo o tan solo una minoración de la cantidad reclamada. En el primero de los casos se decretará el sobreseimiento, mientras que en el segundo se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (y, por ende, operando una minoración de la cuantía reclamada). Y ello con ocasión de la reforma que opera del artículo 695 LEC.

Asimismo, idéntica línea se sigue respecto a las modificaciones que se introducen en los artículos 552, 557 y 561 LEC, referidos a la ejecución de títulos. Ratificando, en consecuencia, los razonamientos aquí efectuados.

[87] Que conviene tener presentes, aunque pueda objetarse a ellas que los mismos problemas se dan en los casos de estimación de los motivos de oposición de pluspetición y extinción de la obligación/garantía ya previstos por la LEC.

por la opción de la suspensión, con el fin de evitar la duplicidad de ejecuciones hipotecarias que acarrearía la introducción como motivo de oposición de la alegación de la existencia de cláusulas abusivas.

Lo ideal, sería que esta suspensión no supusiera la necesidad de iniciar otro proceso judicial, sino que se operara de forma intra-procedimental, como se contempla en los casos de error en la determinación de la cuantía. Pero, aunque la suspensión no operara dentro del propio proceso de ejecución, como ocurre en los casos de tercerías de dominio y prejudicialidad penal (previstos por los artículos 696 y 697 LEC), esta opción sería igualmente más deseable que aquella que contemplara la alegación de cláusulas abusivas como motivo de oposición cuando a tal motivo asociásemos el sobreseimiento del proceso.

Con esta segunda opción, si bien no se eliminaría el problema de la existencia de dos procedimientos judiciales, con los costes que ello acarrea tanto para el acreedor como para el deudor, sí que, al menos, se evitaría la duplicidad de ejecuciones hipotecarias en el tiempo, toda vez que decretada la nulidad parcial del contrato se reanudaría la ejecución por el montante correspondientemente (restados, en nuestro supuesto, los intereses de demora, básicamente) determinado en el proceso declarativo, bien sea por la totalidad del crédito (vencimiento anticipado) o limitando la ejecución a una parte del montante de dicho crédito.

En el caso de ineficacia total del contrato la operatividad de la causa de suspensión provocará que tras el proceso declarativo en que se sentencie la nulidad de la obligación asegurada por la hipoteca, que corre la misma suerte que tal obligación, se sobreseyese la ejecución.

Ahora bien, una reforma que introduzca como causa de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria la discusión en otro procedimiento, posterior o simultáneo, la existencia de cláusulas abusivas en el título en que se basa la hipoteca también plantea problemas difíciles de sortear.

Desde el prisma del acreedor, el inconveniente que fundamentalmente puede darse es la iniciación con carácter únicamente fraudulento y dilatorio por parte del consumidor de procesos en que se discutan tales cláusulas sin fundamento alguno. Lo que acto seguido obliga a incidir en las facultades de admisión a trámite del pleito por parte del juez que conoce de dicho proceso, debiendo establecerse unos requisitos mínimos y específicos a la demanda presentada que permitan inferir, al menos, una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), como ocurre en los casos de solicitud de medidas cautelares.

Lo ideal sería sin duda, también con ánimo disuasorio, exigir al deudor la prestación de caución suficiente para responder de los posibles daños y perjuicios que se puedan irrogar al acreedor. Pero esta opción resulta, cuando menos, ilusoria, puesto que estamos hablando, en la mayoría de los casos, de situaciones dramáticas, en las que si el deudor tiene serias dificultades o se le hace imposible abonar los distintos vencimientos del préstamo, más aún complicado le resultará ofrecer una caución de estas características.

Por otra parte, cabe también argumentar que, si bien la modificación de la LEC introduciendo la discusión sobre la existencia de cláusulas abusivas como causa de oposición (caso sobreseer cuando se estima tal causa) o de suspensión implica siempre la existencia de dos pleitos (el ejecutivo y el declarativo), la innecesariedad de retomar la ejecución, suspendida o sobreseída, sería posible desde el momento mismo en que el acreedor podría proceder a la satisfacción de su crédito por medio de la ejecución de la sentencia dictada en el proceso declarativo que suspendió dicha ejecución, o que se inició tras estimarse la causa de oposición alegada. Ejecución de sentencia que resultaría, además, más sencilla que la ejecución hipotecaria misma, ya que determina, independientemente de que estemos en un caso de nulidad total o parcial, el montante de las prestaciones debidas recíprocamente por acreedor y deudor.

Un montante fijado por esta sentencia dictada en el declarativo al que, por lo demás, debería remitirse el órgano que conoce de la ejecución en los supuestos de nulidad parcial en los que se haya acordado la suspensión de la ejecución. Y en el caso de haberse paralizado la ejecución debido a la apreciación de una causa de oposición, y a haberse decretado el consiguiente sobreseimiento, la nueva ejecución que instase el acreedor sería realmente una ejecución de sentencia *sui generis*, porque también habría que reconducir inexorablemente la ejecución solicitada al fallo emitido en el proceso declarativo. En ambos casos no se estaría llevando a cabo la ejecución hipotecaria en los términos originarios pactados por acreedor y deudor, sino en la forma resultante de la sentencia dictada en el declarativo. Lo que contribuye a reforzar la conclusión apuntada de que sería posiblemente inadecuado e innecesario retomar la ejecución suspendida o iniciar una nueva.

Pero, y esto es de capital importancia, desde el prisma del deudor, el principio de efectividad a que alude el TJUE, y a que obliga la Directiva, exige, según ha precisado el propio Tribunal, que el juez, tan pronto disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios para apreciar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato, en el transcurso de cualquier procedimiento (de ejecución hipotecaria, monitorio…), y aunque el consumidor no haya alegado la existencia de tales cláusulas, deba proceder a su enjuiciamiento[88].

---

[88] La proposición de Ley en este punto resulta curiosa, por cuanto no contempla la discusión en torno a la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria sino cuando el deudor la alegue como causa de oposición. Sin embargo, en la reforma propuesta para el artículo 552 LEC (Denegación del despacho de la ejecución y recursos) sí que parece preverse la posibilidad de que la apreciación de esta existencia de cláusulas abusivas sea efectuada directamente y de oficio por el juez con ocasión de examinar los presupuestos legales que deben concurrir para acordar el despacho de la ejecución.

La combinación de ambas previsiones permite concluir que la reforma sí que sigue los postulados del TJUE acerca de la necesidad de apreciación de oficio de cláusulas abusivas por los órganos judiciales. En nuestra opinión el hecho de que esta previsión se contenga en el artículo 552 en lugar de en el 695 LEC, se debe a la extensión de la obligación de enjui-

Esta última precisión es la que permite en nuestra opinión entender que ni la introducción de la discusión sobre tales cláusulas como motivo de oposición a la ejecución, en los términos apuntados, ni como motivo de suspensión, cumplirían realmente de forma adecuada con las exigencias comunitarias propias del principio de efectividad en la protección de los consumidores y usuarios. Al menos según la interpretación que a nuestro juicio se desprende de la sentencia del TJUE recaída en el asunto *Banco Español de Crédito* y de la aquí comentada.

Todo lo cual, y puesto que parece que el conocimiento de la discusión y enjuiciamiento de las cláusulas abusivas deberían ser llevados a cabo por el juez que conoce de la ejecución hipotecaria y dentro de la misma (como una especie de incidente o suspensión interna análoga a la que se da en los casos de error en la determinación de la cuantía), nos lleva al apartado siguiente, dedicado a las facultades de que dispone el juez nacional en la materia en cumplimiento de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Y quizás al sentido en que debiera orientarse la reforma de la ejecución hipotecaria española.

b) Primacía del Derecho comunitario y actuación judicial: la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas por el juez que conoce de la ejecución

Tal y como se ha avanzado en el apartado anterior, una reforma de la LEC que permita alegar la existencia de cláusulas abusivas como causa de oposición o como motivo de suspensión de la pendencia de un proceso simultáneo/posterior en que se discute semejante cuestión, llevan aparejado, de suyo, el problema de la dualidad de procesos judiciales (e incluso de ejecuciones hipotecarias), con los costes y problemas que ello implica tanto para el deudor-consumidor como para el acreedor. Circunstancias por las que entendemos que una reforma en tal sentido podría resultar sumamente desaconsejable.

Por otra parte, y al margen de tales inconvenientes, según se ha dicho ya en páginas anteriores, no puede obviarse, a la hora de estudiar las distintas posibilidades de reforma de nuestra LEC, que la jurisprudencia del TJUE ha reiterado en el tiempo la obligación de apreciación de oficio por parte de los órganos judiciales de la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

---

ciamiento de oficio de cláusulas abusivas en toda clase de procedimientos, y no únicamente en la ejecución hipotecaria a que se refiere la STJUE aquí comentada. Pero, si ello es así, lo que no alcanzamos a comprender es por qué la reforma se centra solo en la ejecución y no se extiende también a otros procesos como el monitorio, en el que la apreciación debe hacerse también de oficio y no debe remitirse a un proceso posterior, según ha tenido ocasión de declarar ya el TJUE.

consumidores y usuarios[89], aun cuando no exista alegación del consumidor en este sentido. Y ello tan pronto como dispongan de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para proceder a un enjuiciamiento de tales características[90].

Esta obligación de apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas que pesa sobre el juez puede conducir, por sí misma, a que, con reforma o sin ella, en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria, y tan pronto como este disponga de elementos de juicio suficientes para ello (tanto fácticos como jurídicos), el órgano judicial correspondiente declare en el seno de dicho procedimiento la concurrencia de tales cláusulas y efectos aparejados a la misma (nulidad parcial o total)[91]. Una apreciación que se está instrumentando en muchos casos por los órganos judiciales españoles, a falta de reforma, apreciando la concurrencia de una causa de oposición que determina el sobreseimiento de la ejecución, o bien la estimación como causa de suspensión de la pendencia de un proceso declarativo entablado por el deudor, y en el que

---

[89] Caso de las sentencias *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (asunto C-484/08), *Asturcom Telecomunicaciones*, *Pannon GSM*, *Mostaza Claro* (ya citadas), *Cofidis, S. A.* (asunto C-473/00), *Océano Grupo Editorial, S. A.* (asunto C-240/98), y *Banco Español de Crédito* (a que se ha aludido en diversas ocasiones), junto con la propia sentencia aquí comentada.

[90] Lo que el TJUE vuelve a resaltar en su razonamiento sobre la adecuación de la ejecución hipotecaria española a la Directiva 93/13.

[91] En tal sentido señala Marcos González que *en nuestro sistema jurídico se admite el control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho que la Ley impone imperativamente en defensa del consumidor y, en consecuencia, no infringe la prohibición de incongruencia la sentencia que aprecia de oficio determinadas cuestiones de orden público, por aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios, interpretada a la luz de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, que se establecen, a fin de proteger al ciudadano en su papel de consumidor en la adquisición de servicios y bienes. Esta apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas procede también en el proceso de ejecución con las consecuencias que puede tener sobre el despacho de la ejecución, la admisión de la oposición a la misma, o en que se ordene seguir adelante con la ejecución pero por cuantía inferior a la fijada en la demanda ejecutiva. Y, por último, la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula abusiva puede dar lugar a la denegación de la petición del proceso monitorio. Conforme a esta interpretación, la apreciación de oficio procede aún en el supuesto en que la misma sea contraria a la normativa contenida en la ley procesal, y aún en el supuesto en que se desconozcan las garantías procesales constitucionalizadas de las partes, porque se entiende que la protección de los consumidores justifica cualquier incumplimiento o infracción de otras normas jurídicas «secundarias». Desde esta perspectiva maximalista, estaría plenamente justificada cualquier infracción de la normativa procesal si con ella se obtiene una protección de los consumidores, por lo que, a estos efectos, la defensa de la imperatividad de la normativa procesal carecería de relevancia. En consecuencia, poco importa que se deniegue inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 de la LEC, o que se deniegue la petición de proceso monitorio a pesar de que la deuda cumpla con los requisitos del artículo 812 LEC, porque la protección del orden público implicado en la protección del consumidor justifica estas infracciones de carácter meramente procesal*. Marcos González, María, *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 213 a 217.

se discuten determinadas cláusulas abusivas. Evitando así efectuar dentro del propio proceso de ejecución el enjuiciamiento de la clase de nulidad de que se trate y efectos derivados de ella.

Aunque, desde nuestro punto de vista en los casos en los que la existencia de cláusulas abusivas sea de una entidad tal que determine la nulidad absoluta del título en que se fundamenta la hipoteca, y la consiguiente ejecución hipotecaria, las consecuencias de la declaración de nulidad deberían dirimirse en un proceso declarativo posterior, toda vez que el procedimiento de ejecución iniciado pierde todo su sentido al desaparecer la garantía hipotecaria accesoria del título declarado nulo, o bien, y quizás más lógico, lo procedente sería denegar el despacho de la ejecución solicitada por el acreedor y remitir directamente a tal proceso declarativo.

Cabría la posibilidad de que el juez inadmitiese, dada la existencia de cláusulas abusivas, la solicitud de ejecución instada por el acreedor, tanto en los supuestos de nulidad parcial como de nulidad total. Sin embargo, consideramos que esta opción resulta excesivamente gravosa para el acreedor en las hipótesis de nulidad parcial, en las que el derecho de hipoteca subsiste dada su accesoriedad respecto al derecho de crédito garantizado. Un derecho de crédito que no se ve impedido en su vigencia por esa declaración de nulidad parcial «coactiva», y que hace que no tenga ningún sentido que, una vez admitida la validez de la hipoteca adyacente, se fuerce al acreedor a acudir a un proceso declarativo ordinario/verbal en el que se determine el montante finalmente garantizado por el derecho real de garantía suscrito, una vez deducidos los importes derivados de la declaración de nulidad de parte del clausulado del contrato de préstamo, para, posteriormente, poder iniciar definitivamente una ejecución hipotecaria inevitable.

De tal manera que en nuestra opinión la inadmisión de la ejecución hipotecaria debería quedar vedada a aquellos supuestos en los que el juez que conoce de la misma haya llegado al convencimiento, con los datos fácticos y jurídicos que obran en su poder, de que puede estar ante un supuesto de nulidad total y absoluta del contrato de préstamo hipotecario, remitiendo, en consecuencia, al acreedor y deudor a un proceso declarativo posterior en el que dirimir tal nulidad y efectos de ella derivados para ambas partes. O bien, y dada la referida obligación de apreciación de oficio de la nulidad, alegada o no, el juez que conoce de la ejecución podría determinar él mismo tal nulidad total del contrato, poner fin a la ejecución y remitir a su vez a un proceso declarativo para concretar los efectos aparejados a la nulidad en cuestión. Incluso cabría mantener la tesis de que en los supuestos de nulidad total el procedimiento de ejecución hipotecaria debería transmutarse, en términos parecidos a lo que ocurre con el proceso monitorio, automáticamente en un proceso declarativo con todas las garantías.

Lo cual, por lo demás, no supone sino reconocer, en línea con lo dicho anteriormente, la introducción, en los casos de nulidad total (que sin duda serán prácticamente inexistentes en el ámbito que nos ocupa), de la existencia de cláu-

sulas abusivas como una especie de causa de oposición que acarrea la finalización de la ejecución en curso y que deriva, necesariamente, en el inicio de un proceso ulterior. Mientras que, en los casos de nulidad parcial estaríamos en presencia de una causa de suspensión de la ejecución, pero que no debiera operar a resultas del inicio por el deudor de un proceso simultáneo o posterior e independiente, sino dentro del propio procedimiento ejecutivo, en el que debería enjuiciarse la nulidad y determinar sus efectos en orden a la minoración de las obligaciones objeto de cobertura hipotecaria, evitando así la dualidad de procesos aludida y confiriendo una adecuada tutela, rápida y eficaz, tanto del deudor como del acreedor.

En todo caso, estas posibilidades de actuación del juez nacional en materia de ejecuciones hipotecarias en los supuestos en que concurran cláusulas abusivas no resultan nuevas, sino que ya eran perfectamente plausibles con anterioridad al pronunciamiento recaído en la sentencia objeto de comentario, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE resultante de diversas cuestiones prejudiciales planteadas en el pasado respecto a la imposibilidad de alegación de cláusulas abusivas en otra clase de procesos como, por ejemplo y en el caso de España, el monitorio, a que se refería la sentencia *Banco Español de Crédito*. De ahí que no deba sorprender en exceso el fallo del Tribunal en lo que hace a la vulneración del principio de protección eficaz de los consumidores y usuarios por parte de nuestra legislación procesal en materia hipotecaria. Dicho de otra forma: la judicatura española ya contaba con la posibilidad de entrar a conocer tales cláusulas en las ejecuciones hipotecarias antes de que se dictase la sentencia.

Sin embargo, debe prestarse especial atención, tras el fallo recaído, al hecho de que, si bien las facultades de actuación esbozadas del juez que conoce de la ejecución hipotecaria en orden a la apreciación y enjuiciamiento, por abusivas, de la nulidad de determinadas cláusulas o del título mismo están ahí con reforma de nuestra LEC, sin ella, o contra ella, no por ello debe desperdiciarse la oportunidad de efectuar una reforma sosegada y bien meditada, a que por lo demás parece obligar la sentencia, que cercene toda posibilidad de afloramiento de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica y los indeseables efectos, de ella derivados, que se producirían en el mercado del crédito hipotecario[92].

Y es que aunque los principios de primacía y efecto directo[93] del Derecho comunitario, la teoría del acto aclarado[94] y el carácter vinculante de los pronun-

---

[92] Contrayéndolo, encareciéndolo, o sencillamente anulándolo en muchos casos.

[93] Sobre el efecto directo del Derecho comunitario referido a las Directivas, vid. WARD, Angela, «More tan an Infant Disease; Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies», en *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, págs. 45 y sigs.

[94] Vid. CIENFUEGOS MATEO, Manuel, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 465 y sigs.

ciamientos del TJUE resultantes de las cuestiones prejudiciales interpretativas que se le formulan desde los distintos Estados miembros[95], sirven ya, por sí mismos, para que nuestros Juzgados y Tribunales den rendida cuenta de la tutela eficaz del consumidor en materia de cláusulas abusivas a que la Directiva 93/13 obliga, nuestro legislador puede, y debe, aclarar esta perniciosa situación de inseguridad jurídica, proscrita tanto por el artículo 9.3 CE como por el propio ordenamiento comunitario, y en la que actualmente nos encontramos tanto los consumidores como las entidades financieras[96], sin obviar, claro está, los propios problemas de la judicatura al respecto.

---

[95] Partiendo de la distinción entre cuestiones prejudiciales interpretativas y de validez, recuerda RUIZ-JARABO COLOMER que, *la fuerza vinculante también se* predica [además de en el caso de las de validez] *para las sentencias interpretativas, ya que, de otro modo, se frustraría su función uniformadora. La seguridad jurídica y la igualdad frente a la ley, principios compartidos por los Estados miembros, quedan así garantizadas*. Y ello aunque *la eficacia de estas resoluciones, que han de tener sentido objetivo capaz de conferirles carácter general, se desvanece cuando el Tribunal de Justicia, al excederse de su tarea hermenéutica, emite decisiones que incumben a supuestos concretos de aplicación e interpreta el derecho de un Estado, suplantando a los jueces nacionales*. RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso, *La justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 54. Carácter vinculante de las sentencias prejudiciales interpretativas que tiene su origen en las sentencias *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963, y *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982. Cfr. SARMIENTO, Daniel, *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2004, págs. 80 y sigs.

[96] Tal y como precisa ALONSO GARCÍA, no cabe olvidar que *el principio de primacía no deja de ser uno más —capital, eso sí— de los integrantes del sistema que preside las relaciones entre el Derecho comunitario y el de los Estados miembros. Y entre dichos principios, destaca el de seguridad jurídica (también consagrado, conviene no olvidar, por el art. 9.3 CE): ya en 1974, en el asunto Comisión v. Francia, de 4 de abril (167/73), y frente a las alegaciones del Gobierno francés que negaban el incumplimiento «resultante del solo hecho de mantener la norma controvertida en el ordenamiento jurídico nacional, sin que se tome en consideración la aplicación que de la misma se haga en la práctica», el TJCE afirmó que el mantenimiento mismo de legislación interna contraria a la comunitaria «da lugar a una situación de hecho ambigua, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen de invocar el Derecho Comunitario». Cierto es que el principio de seguridad jurídica no lo lleva el TJCE, al día de hoy, hasta el punto de imponer la depuración* erga omnes *vía judicial. Pero no lo es menos que dicho principio sí que sirve para marcar pautas interpretativas a los sistemas jurídicos nacionales a la hora de hacer operativa la primacía. Con otras palabras, no creo que pueda sostenerse que el Derecho Comunitario persiga, sin más, el puro desplazamiento en el caso concreto del Derecho interno con él incompatible, inspirado por una filosofía flexible que evitaría tener que promulgar de nuevo Derecho interno en caso de retirada ulterior del Derecho Comunitario. Y es que, por encima de la carga de trabajo que ello pueda suponer para el poder normativo nacional, está la seguridad del operador jurídico, comenzando por el ciudadano y terminando por el juez, a la hora de moverse en un marco normativo cuya, ya de por sí, complejidad se ve acentuada, hasta llegar a transformarse en incertidumbre, por el hecho de mantener normas en un limbo jurídico, esperanzadas con una redención que, amén de insegura por no decir improbable, podría incluso en caso de materializarse no ser acorde con las circunstancias que inspiraron su creación*. ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 74 a 76.

Una situación que hace depender el éxito y debida garantía de los derechos de unos y otros de la valía profesional, conocimientos y pericia tanto de los propios abogados que ostentan la defensa de particulares y bancos como de los titulares de los distintos órganos judiciales. Unido al hecho de que la falta de reforma podría conducir al inicio de acciones, de consumidores y acreedores, encaminadas a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por falta de trasposición o trasposición indebida de la Directiva[97], así como la incoación de un procedimiento sancionador de la Comisión por las mismas circunstancias.

A resultas de cuanto antecede, la reforma legislativa es cuestión debida a todos los operadores jurídicos si no quieren sino acrecentarse los problemas, ya de por sí de enorme enjundia, que tenemos sobre la mesa. La introducción vía LEC de la posibilidad expresa de enjuiciar la existencia de cláusulas abusivas en el transcurso de la ejecución hipotecaria, aun resultando a nuestro juicio innecesaria en los supuestos de nulidad parcial para dispensar la protección que finalmente corresponderá en todo caso al consumidor afectado (meramente indemnizatoria), y a pesar de lo erróneo del razonamiento llevado a cabo por el TJUE, al confundir tal categoría con la propia de la nulidad absoluta y total (del título que sirve de presupuesto a la hipoteca) que sí que conlleva la ilegítima transmisión irreversible del inmueble y su consiguiente pérdida indebida por el ejecutado, ha de materializarse de alguna forma.

Ahora bien, dicha reforma de la LEC ha de operarse teniendo presente el error en que incurre el TJUE cuando confunde las susodichas categorías de ineficacia total y parcial, y siendo conscientes de los problemas que acarrea la mera introducción de la discusión sobre el carácter pretendidamente abusivo de determinadas cláusulas como causa de oposición o suspensión para el acreedor y el deudor.

Así, en nuestra opinión, la opción «menos mala» para rendir cuenta a las obligaciones del legislador derivadas de la sentencia dictada pasaría, partiendo de los grandes condicionantes señalados, por modificar la LEC en el sentido de permitir que en los supuestos en los cuales podamos estar en presencia de un contrato de préstamo viciado de nulidad parcial el juez, de forma análoga a lo que ocurre con los motivos de oposición regulados por el artículo 695 LEC, dado que este tipo de ineficacia no obsta a la pervivencia de la hipoteca ni a la efectiva materialización de la ejecución hipotecaria, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios, a la vista de la documentación presentada, convoque a las partes a una comparecencia en la que pueda conformarse un juicio definitivo acerca de los conceptos/obligaciones/importes

---

[97] Vid., en este sentido, Pérez González, Carmen, *Responsabilidad del Estado frente a particulares pos incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 126 y sigs; Ward, Angela, *Judicial Review and The Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, págs. 91 y sigs.; y Jans, Jan H., «State Liability: In Search of a Dividing Line Between National and European Law», en *Interface between EU Law and National Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, págs. 279 y sigs.

por los que finalmente ha de despacharse la ejecución. Una comparecencia en la que la dificultad de enjuiciamiento por parte del órgano judicial del carácter abusivo o no de las cláusulas discutidas se vería enormemente simplificada si el legislador sustantivo acotase debidamente los casos en los que el tipo de interés de demora resulta abusivo (fijando un tope máximo) o las condiciones en las que el vencimiento anticipado del crédito puede operar (cuántos vencimientos impagados deben concurrir).

Por el contrario, cuando nos encontremos con un contrato del que el juez tenga serias sospechas de que se encuentra viciado de nulidad total (del que el juez tenga serias sospechas de que se encuentra viciado de nulidad total), habida cuenta de la documentación obrante en Autos, y a resultas del clausulado del título que le es presentado como presupuesto necesario para instar la ejecución, debiera permitirse decretar la inadmisión de la demanda ejecutiva. Una inadmisión que convendría, por lo demás, que gozase de una fundamentación prolija y suficiente, amén de ser susceptible de ser recurrida por el acreedor y reconvenida por el deudor. Y a pesar de que, en los casos de nulidad total, el deudor termine finalmente por perder la vivienda, si bien no por mor de la ejecución hipotecaria sí como consecuencia de la posterior ejecución dineraria a que se verá abocado.

Creemos que, una reforma en tal sentido podría suponer un adecuado, o al menos razonable, punto de encuentro entre los intereses de acreedores y deudores, favorecer enormemente la economía procesal (tan preciada en los tiempos que corren) y satisfacer adecuadamente las exigencias derivadas de la Directiva 93/13 tal y como ha sido interpretada por el TJUE.

Independientemente de ello, de que la reforma se opere, que se haga adecuadamente, en los términos propuestos o en otros, y que ello sea necesario para cumplir con las obligaciones de nuestro ordenamiento para con el Derecho comunitario, nuestro convencimiento y nuestra propuesta pasa por el necesario reforzamiento de los mecanismos de control previo en materia de contratación de préstamos hipotecarios y en la depuración normativa jurídico-sustantiva de determinadas cláusulas abusivas sobre las que versan el grueso de los pleitos entablados. Unas cláusulas magníficamente representadas por las discutidas en el asunto objeto de la cuestión prejudicial que nos ocupa, y por algunas otras de las que recientemente acabamos de conocer la opinión de nuestro Tribunal Supremo (concretamente de las cláusulas suelo).

V. LA NECESARIA POTENCIACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Quienes se enfrentan diariamente al batallar judicial siempre tienen en mente la llamada maldición gitana de «pleitos tengas y los ganes». Una maldición que

no por burda y sencilla carece de razón, dada la elevada incertidumbre que todo pleito reviste[98], y que cobra un mayor sentido en contextos sociales como el actual, en que cada día asistimos impertérritos a incontables ejecuciones hipotecarias y desahucios que suponen un drama no solo para sus víctimas, sino también para sus ejecutores.

Conscientes, como hemos razonado a lo largo de las páginas precedentes, de que, en último término, una ejecución hipotecaria tiene lugar fruto de la imposibilidad del deudor de hacer frente a su obligación contractual más primigenia y esencial, cual es la del reintegro del principal prestado para la adquisición de su vivienda, y de que nuestro régimen jurídico, y más concretamente procesal, poco o nada tiene que ver con dicha complicación sobrevenida, lo que sí que es cierto es que bastante tiene ya una familia víctima de semejante situación con verse privada de su vivienda habitual por vía ejecutiva como para, además, tener que en el discurrir de ese trance discutir si los intereses de demora, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula suelo pactada o la determinación unilateral del importe de la deuda por el acreedor son o no abusivas y deben responder de las consecuencias a ellas aparejadas, no solo con el inmueble de su propiedad, sino, también, con todo su patrimonio presente y futuro (*ex* art. 1911 CC).

La máxima liberal del *laissez faire laissez passer et le monde va de luimême*, que ha imperado en los años precedentes en el mercado del crédito hipotecario, unida a la enorme dificultad de enjuiciamiento que tradicionalmente hemos asociado a las cláusulas contractuales aludidas, insuficientemente reguladas pero abundantemente estudiadas, y no pocas veces objeto de propuestas de reforma (acudiendo para ello al sentido común o a los ejemplos de Derecho comparado), creemos que, aunque pueda ser sospechosa de demagógica «a toro pasado», tiene buena parte de culpa.

El legislador ha sido capaz de introducir en nuestro ordenamiento hipotecario figuras sumamente complejas tales como la hipoteca de máximo, que van ineludiblemente asociadas a la realidad económica que ha conducido a que este derecho real de garantía haya terminado por convertirse en algo más, y en un concepto extrajurídico: un producto financiero[99].

---

[98] Y a la que contribuyen sin duda nuestro sistema judicial que (a diferencia del *common law*) no se cimenta sobre la base del principio *stare decisis*, así como la inoperatividad real para el justiciable de los recursos, que dilatan enormemente en el tiempo la finalización de la *litis*, con el desgaste económico y personal que ello acarrea.

[99] Tal y como recientemente, muy acertadamente, expuso en su conferencia en torno al papel de los registradores ante la crisis hipotecaria Celestino PARDO (en el transcurso de la jornada *Crisis hipotecaria: Responsabilidades y soluciones,* organizada a tales efectos por la Cátedra de Amparo de Derechos y Libertades de la Procuradora General del Principado de Asturias) y del que como botón de muestra sirven las denominadas hipotecas *subprime* por todos conocidas, desgraciadamente, hoy día. Una muy interesante exposición sobre la interrelación entre el mercado financiero, las hipotecas y la crisis actual a partir de lo ocurrido en Estados Unidos, puede verse en GONZÁLEZ MOTA, Emiliano, y MARQUÉS SEVILLANO, José

Sin embargo no hemos acertado a poner coto a algo tan sencillo como los intereses de demora, estableciendo un tipo porcentual máximo que limitase no pocos abusos, o a determinar las condiciones en las cuales las cláusulas de vencimiento anticipado pueden entrar en juego de una forma razonable y adecuada a la entidad e importancia que un contrato de préstamo hipotecario reviste[100]. La precisión de estos extremos es la que precisamente permitiría que el enjuiciamiento de este tipo de cláusulas en el transcurso de la propia ejecución, por medio de un incidente procesal, pudiera resultar viable y conforme con las necesarias garantías que en el debate planteado deben tener tanto el acreedor como el deudor.

Si bien la declaración de las cláusulas contractuales que incorporan estas y otras estipulaciones únicamente conducirá a la declaración de nulidad parcial del contrato y no evitará la ejecución, no acabando en ningún caso (en contra de lo que falsamente transmiten los medios de comunicación y pretenden vender no pocos operadores jurídicos) con el problema social aparejado a las ejecuciones, y aunque la nulidad total pone en un escenario casi todavía peor al deudor, si conseguimos lograr al menos que en el transcurso de una ejecución hipotecaria, que debe ser rauda y veloz, como exige la seguridad del crédito y toda política económica occidental deseaba y desea, no debamos adicionar al infortunio de la pérdida de la vivienda por parte de una familia un debate agregado, en torno a si tal o cual cláusula quedan comprendidas dentro del ámbito de la cobertura hipotecaria, habremos avanzado mucho.

A tales efectos, afirmado el carácter principal de la obligación de reintegro del principal prestado, y en su caso de los intereses remuneratorios, y admitida la accesoriedad de obligaciones como el vencimiento anticipado, el abono de intereses de demora, etc., cuya inclusión dentro del ámbito de garantía hipotecaria se supeditan a su debida inscripción, separada y expresa, en el Registro de la Propiedad, para poder gozar de trascendencia real y no meramente obligacional, surge acto seguido la pregunta en torno al papel que la calificación registral debe ostentar en nuestro ordenamiento[101].

Manuel, «Perspectivas de reforma de la financiación de la vivienda tras las crisis financiera internacional: de las prescripciones del FMI a las iniciativas reguladoras en Estados Unidos», en *Garantías reales en escenarios de crisis* —dir. Elena Lauroba Lacasa—, Marcial Pons, 2012, págs. 39 y sigs.

[100] La operatividad de tales cláusulas por el mero impago de uno solo de los vencimientos pactados está específicamente respaldada por la LEC, aunque en la práctica es de reconocer que las entidades financieras suelen esperar e intentar renegociar y conceder moratorias al deudor antes de hacer uso de las facultades reconocidas en aplicación del vencimiento anticipado.

[101] Tal y como señalaba Ysas Solanes, mucho antes de encontrarnos en la desesperada situación actual, la oposición en vía de ejecución hipotecaria *es difícil y queda en evidencia la indefensión del deudor, lo que hace pensar en la previsión de estas situaciones a priori, es decir, en la calificación registral, teniendo en cuenta lo abusivo de la cláusula en cuestión*. Ysas Solanes, María, *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 128.

Al decir esto no descubrimos precisamente nada nuevo, puesto que sobre el papel que los registradores y notarios deben ostentar en materia de control de cláusulas abusivas han corrido ríos de tinta en todos los sentidos[102]. Y a tales efectos el papel del legislador jurídico-sustantivo a que aludimos reviste una importancia capital para decantar la balanza, propiciando un mayor intervencionismo y seguridad en tal control, y sobre la cual nos resignamos a no incidir con carácter previo a las conclusiones del presente trabajo.

El notario puede propiciar, en base a la información y advertencias puestas a disposición del consumidor, la falta de firma del contrato, y el registrador la falta de inscripción hipotecaria de tal o cual cláusula y obligaciones a ella aparejadas. Pero para ello la tesis tradicional ha sido la de que un control de tales características solo podía tener lugar en los casos *de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación*, como preceptúa el artículo 84 TRLGDCU, no estando tales operadores legitimados para operar control alguno sobre el fondo más allá de las cláusulas en que concurriesen tales circunstancias, o bien en el de aquellas que se opusiesen frontalmente a lo establecido, como por lo demás no podía ser de otra forma, en aplicación del principio de legalidad, en una norma jurídico sustantiva.

Un precepto junto al que deben tenerse presentes además los artículos 12[103], 18 y 258.2 LH.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ratificó esta postura restrictiva[104], aunque posteriormente ha modificado su parecer a través de las Resoluciones de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011.

---

[102] A tales efectos pueden verse, entre otros, Calvo González-Vallinas, Rafael, «Las cláusulas de…», *ob. cit.,* págs. 74 y sigs.; Gómez Gálligo, Francisco Javier, «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la eficacia de la inscripción», en *La contratación bancaria* —coords.: Enrique Gadea Soler y Adolfo Sequeira Martín—, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241 a 276; Ballugera Gómez, Carlos, «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Ejecución Hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio Salas Carceller—, Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 411 a 441; Llavero Rodríguez-Porrero, M., «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008, págs. 1763 a 1770; Busto Lago, J., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939 a 2004; Herbosa, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 69 a 81; y García García, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III (Calificación, tracto, especialidad y otros principios), Civitas, Madrid, 2002, págs. 458 y sigs.

[103] Una crítica al sistema de calificación registral instaurado por el artículo 12 LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, puede verse, entre otros, en Busto Lago, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y...», *ob. cit.,* págs. 412 y sigs.

[104] Cfr. Resoluciones de la citada DGRN, de 19 de abril de 2006.

Una modificación que encuentra su razón de ser en la STS de 16 de diciembre de 2009 y en la sentencia del TJUE *Pannon GSM*.

Una nueva línea, no exenta de detractores, que implicaría, como señala Goñi Rodríguez de Almeida[105], que *el registrador… sí que puede, o incluso debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario, que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LGDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales[106], cuando por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones*.

El problema fundamental que plantea esta tesis, compartida por lo demás, es que las cláusulas abusivas contenidas en el TRLGDCU tienen un carácter sumamente abstracto, unido al hecho de que el listado contenido en dicha norma posee carácter meramente ejemplificativo, y no tasado. De ahí el necesario reforzamiento del papel del legislador sustantivo en la definición y coto al tema de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, y su importancia, al menos en los casos de aquellas cláusulas más utilizadas y controvertidas en la práctica. Un reforzamiento necesario del que parece estar tomándose consciencia a consecuencia no solo del pronunciamiento del TJUE, sino de la propia presión social ejercida por múltiples colectivos sociales, como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

Sin perjuicio del papel del notario, que, como decimos determinaría la inexistencia del contrato mismo caso de no autorizarlo o de informar adecuadamente al consumidor de lo que firma, la falta de inscripción en el Registro de estas cláusulas abusivas determinaría, si bien no la exacción de la obligación en el plano personal (el contrato de préstamo obliga independientemente de que tal o cual cláusula no se encuentre cubierta hipotecariamente), la inexistencia de discusión alguna en sede judicial, al menos en el transcurso de un procedimiento de ejecución hipotecaria, y, por ende, un problema menos a tratar.

En suma, se trata de reconducir el control de este tipo de cláusulas del ámbito judicial (en el transcurso de la ejecución) al ámbito jurídico-sustantivo. De delimitar y perfeccionar un control *a priori* que se ha demostrado insuficiente desde el momento mismo en que llegan a los Juzgados y Tribunales contratos de préstamo hipotecario con, por ejemplo, intereses de demora pactados del 30

---

[105] Goñi Rodríguez de Almeida, M., «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008, págs. 409 y 410.

[106] Vid., sobre el papel y caracteres de este Registro, Ruiz-Rico Ruiz, Catalina, *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2003.

o el 40 por 100, y en los que el desequilibrio de las prestaciones de las partes resulta clamoroso.

Este control, reivindicada la nulidad parcial de los contratos de préstamo hipotecario en que concurren cláusulas abusivas como categoría general que conformará la mayoría de los supuestos que se darán en la práctica, y confinada la nulidad total a un plano secundario y prácticamente inexistente, a salvo en los casos de vicios del consentimiento de cierta enjundia, minimizaría en buena medida el problema abordado por el TJUE, y constituiría sin duda un medio mucho más eficaz de protección de los consumidores y usuarios que el régimen indemnizatorio previsto por el artículo 698 LEC o que los medios de reforma de la LEC propuestos.

Pero para ello, tal y como se avanzaba, es necesario que el legislador dé un paso al frente que dote estas posibilidades de control previo de una mínima y adecuada seguridad jurídica, tanto para quienes se pueden ver perjudicados por él (acreedores) como para los deudores. Y sin duda, también para los registradores y notarios temerosos o recelosos de tal control.

VI. CONCLUSIONES

El sistema de protección meramente indemnizatorio previsto por nuestra LEC para el caso de que existan cláusulas abusivas determinantes de la nulidad parcial o total del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre un consumidor y una entidad financiera no resulta eficaz ni conforme con la Directiva 93/13, según la opinión mantenida por el TJUE.

Pero el hecho de que, además esta protección de índole económica se produzca de forma posterior a la ejecución hipotecaria, y en el transcurso de un proceso declarativo que ninguna repercusión tiene sobre la ejecución en curso, es el que verdaderamente resulta determinante en el fallo adoptado por el Tribunal.

Y lo es desde el momento mismo en que comete el error de aparejar a la declaración de abusividad de parte del clausulado del contrato la nulidad del contrato de préstamo en su totalidad y de la hipoteca adyacente a él. Razonamiento que le conduce a presuponer que la ejecución hipotecaria llevada a cabo con anterioridad a esta declaración resultaría nula de pleno derecho, y, por lo tanto, injusta e inadmisible. De tal manera que el consumidor se vería privado, cuando no debiera haber sido así, de su vivienda.

En las páginas precedentes hemos puesto de relieve la inconsistencia y falsedad de este razonamiento seguido por el TJUE, por cuanto el mismo cimenta la ineficacia del sistema indemnizatorio previsto en estos casos por la LEC en el hecho de que dicho sistema no evita la pérdida injusta de la vivienda por el consumidor en el proceso de ejecución hipotecaria.

Y lo hemos hecho al razonar cómo en los supuestos de nulidad parcial del contrato de préstamo (como en el caso del litigio al hilo del que se planteó la cuestión prejudicial) la hipoteca sigue siendo viable, y la ejecución previamente llevada a cabo no resulta nula. En definitiva, evidenciando que, en casos como este, una protección indemnizatoria que compense al consumidor por las cantidades indebidamente pagadas en concepto, por ejemplo, de intereses de demora es la que en todo caso se producirá, y que la pérdida de la vivienda, aunque posterior en el tiempo, siempre terminará teniendo lugar de una forma u otra.

Una conclusión sobre el carácter meramente económico de la discusión sobre el clausulado del contrato de préstamo hipotecario que no se ve alterada en los casos de nulidad total, en los que, si bien la hipoteca y la ejecución llevada a cabo son también nulos, y el parecer del TJUE puede resultar más adecuado a la realidad, también la pérdida de la vivienda por parte del consumidor insolvente se llevará a término. Y ello a resultas de las obligaciones de recíproca restitución de las prestaciones recibidas por el deudor y acreedor, a que conducen inexorablemente los artículos 83 TRLGDCU y 1303 del CC. Estribando la única diferencia en estas hipótesis de nulidad total en el hecho de que si bien la vivienda no se perderá a través de una ejecución hipotecaria, sí que el consumidor se verá privado de ella como consecuencia de la ejecución dineraria de la sentencia dictada en el proceso declarativo que declare la nulidad total.

Esta pérdida irremediable de la vivienda, en uno y otro caso, hace que toda argumentación en torno a la injusta pérdida de la misma por el consumidor, derivada del hecho de no poder discutirse el clausulado abusivo del contrato en el transcurso de la ejecución hipotecaria, caiga por su propio peso. Es decir, la ineficacia de la protección al consumidor y usuario no se puede aparejar a la pérdida de la vivienda, porque la misma se debe, en términos de resultado, a la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones contractuales con independencia de la nulidad parcial o total del contrato.

La clase de nulidad es indiferente porque, en la parcial deberá asumir unas obligaciones dinerarias, que subsisten a este tipo de nulidad, y en la total deberá proceder al reintegro de la totalidad del principal prestado para la adquisición de su vivienda. Y, en uno y otro caso la desgraciada situación económica de nuestros deudores hipotecarios hace inviable la satisfacción de los derechos del acreedor derivados de la declaración de uno u otro tipo de nulidad.

Pese a todo ello, el TJUE ha emitido su opinión, y nuestra obligación pasa ahora, compartamos o no la tesis por él seguida, por proceder a reformar nuestra legislación procesal en materia de ejecuciones hipotecarias.

En esta preceptiva e inexcusable reforma nuestro legislador debe, como hemos razonado, distinguir nítidamente los casos de nulidad parcial y de nulidad total, desmarcándose así del error en que incurre el TJUE.

De forma que, en nuestra opinión, la forma más sencilla de dar cuenta de estas hipótesis, diferenciadas entre sí, pasa por permitir en los casos de nulidad parcial

que el juez que conoce de la ejecución hipotecaria pueda en el transcurso de esta apreciar y enjuiciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas, y minorar la cuantía por la que ha de seguir la ejecución, en términos parecidos a lo que ocurre en los casos de oposición basada en la existencia de pluspetición (art. 695.3 LEC).

Una posibilidad de enjuiciamiento sobre el fondo del asunto que somos conscientes que entraña no pocos problemas, y cuya garantía y efectividad dependerá en buena medida de que en nuestro ordenamiento delimitemos de forma clara y precisa cuando las cláusulas sobre las que fundamentalmente se suscita el debate (vencimiento anticipado, intereses de demora…) son abusivas o no, facilitando así la labor del juez y minimizando la inseguridad y posible indefensión de las partes acreedora y deudora que se encuentran con la necesidad de discutir semejante extremo en el transcurso de un procedimiento ejecutivo, con las limitaciones que esta clase de proceso implica.

Y en el caso de la nulidad total del contrato, de la hipoteca y de la ejecución hipotecaria que pudiera llevarse a cabo en base a dicho contrato, y derecho real accesorio, creemos que la situación debe ser distinta. Tratamiento diferente que se fundamenta en el hecho de que las obligaciones de restitución a que conduce este tipo de nulidad, y que el órgano judicial deberá decretar, no tienen sentido dentro de un procedimiento de ejecución que resulta inviable, a resultas de la propia declaración de nulidad total.

Lo que hace que en tales hipótesis de nulidad total, residuales en la práctica, o bien deba decretarse la inadmisión a trámite de la ejecución solicitada, si el juez dispone de suficientes elementos de hecho y de Derecho para apreciar la nulidad total, ya en este momento, o bien deba permitirse la alegación como causa de oposición a la ejecución de esta clase de nulidad, sobreseyendo el proceso ejecutivo y remitiendo al declarativo que proceda. Remisión a un proceso declarativo que quizás podría operarse mediante la conversión automática del proceso ejecutivo en declarativo, de forma similar a lo que ocurre con el proceso monitorio, logrando así evitar en cierta medida una duplicidad de procesos judiciales que hemos criticado por engorrosa.

Todo lo cual, sin perjuicio de que consideramos que el verdadero problema de nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratos de préstamo hipotecario y ejecuciones no radica tanto en la normativa procesal como en las deficiencias de nuestra legislación sustantiva en materia de cláusulas abusivas, y, más concretamente, en la insuficiencia y eficacia de los controles previos a la vía judicial, como los efectuados por los registradores y notarios, cuya función supervisora debiera salir reforzada tras los varapalos dados por el TJUE.

Habrá que ver ahora cuál es la línea y posición que, finalmente, adopta el legislador, y si, efectivamente, la reforma que se lleve a término se hace de forma suficientemente sosegada, como la enjundia del problema a resolver requiere, o si, por el contrario, asistiremos a una mera salida del atolladero con la que contentar demagógicamente a propios y extraños.

BIBLIOGRAFÍA

ADAN DOMÈNECH, Federic: *La ejecución hipotecaria*, Bosch, Barcelona, 2009.

ALBADALEJO, Manuel: *Derecho Civil*, vol. II (Derecho de Obligaciones), 11.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

ANGUITA RÍOS, Rosa M.ª: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Accesoriedad y causalidad como notas de la hipoteca en nuestro Derecho», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ÁVILA NAVARRO, Pedro: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas),* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas», en *Ejecución Hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III (Derechos reales, Derecho de familia), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

BUSTO LAGO, J.: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes)», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* —coords.: José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ *et al.*—, Thomson-Reuters (Consejo General del Notariado), Navarra, 2010.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998.

CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (Tomo II), 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, Bosch, Barcelona, 1998.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Una nueva necesidad: la protección frente a los destinos del legislador (comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998.

CLEMENTE MEORO, Mario: «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas», en *Contratación y Consumo* —dir.: Francisco J. ORDUÑA MORENO—, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012.

CORDÓN MORENO, Faustino *et al.* (coords.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho Civil, II* (José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*), vol. 1.º (Derecho de Obligaciones), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción, Teoría del contrato), 6.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. VI (Derechos Reales), Thomson Reuters, Navarra, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* —dir.: Antonio María LORCA NAVARRETE—, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORIBIOS FUENTES, Fernando: *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, y FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Mohamed Aziz* c. *Catalunyacaixa*)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2013 (núm. 735).

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Comentario al artículo 693 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* —coords.: Faustino CORDÓN MORENO *et al.*—, Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III (Calificación, tracto, especialidad y otros principios), Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la eficacia de la inscripción», en *La contratación bancaria* —coords.: Enrique GADEA SOLER y Adolfo SEQUEIRA MARTÍN—, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ MOTA, Emiliano, y MARQUÉS SEVILLANO, José Manuel, «Perspectivas de reforma de la financiación de la vivienda tras la crisis financiera internacional: de las prescripciones del FMI a las iniciativas reguladoras en Estados Unidos», en *Garantías reales en escenarios de crisis* —dir.: Elena LAUROBA LACASA—, Marcial Pons, 2012.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008.

HERBOSA, Inmaculada: *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006.

JANS, Jan H.: «State Liability: In Search of a Dividing Line Between National and European Law», en *Interface between EU Law and National Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *Revista La Ley*, núm. 148, 2008.

MANZANO SOLANO, Antonio: *Estudios sobre la hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2009.

MARCOS GONZÁLEZ, María: *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

MONSERRAT VALERO, Antonio: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

— *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Artículo 131 LH*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

ORDÁS ALONSO, Marta: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

OROZCO Y PARDO, Guillermo: «Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II (Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

PAGADOR LÓPEZ, Javier: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PARDO GATO, José Ricardo: *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004.

PASQUAU LIAÑO, Miguel: «No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales: Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* —dir.: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Aranzadi, 1999.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Comentario al artículo 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* —dirs.: Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN—, Civitas, Madrid, 2002.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: *Responsabilidad del Estado frente a particulares pos incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1987.

RAMOS CHAPARRO, Enrique J.: *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

ROCA-SASTRE, Ramón M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario* (Tomo VII), 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.

RUBIO TORRANO, Enrique: «Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales», en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* —coord.: Antonio SALAS CARCELLER—, Thomson Reuters, Navarra, 2012; y *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (octubre de 2011).

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: *La justicia de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2003.

SARMIENTO, Daniel: *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Thomson-Civitas, Navarra, 2004.

WARD, Angela: «More tan an Infant Disease; Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies», en *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.

— *Judicial Review and The Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

YSAS SOLANES, María: *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, La Ley, Madrid, 1994.

ZUMAQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en la obra *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (coord.: Ana Cañizares Laso), Tecnos, Madrid, 2006.

RESUMEN

DACIÓN EN PAGO

En el mes de noviembre del año pasado, la Abogado General Juliane Kokott presentaba sus conclusiones sobre la disconformidad de la ejecución hipotecaria española con la Directiva 93/13/CE, a raíz de la cuestión prejudicial formulada al respecto por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona. Concretamente dada la imposibilidad de discutir en dicho procedimiento la existencia de cláusulas abusivas insertas en el título en el cual se fundamenta la ejecución.

Con fecha 14 de marzo de 2013, el Tribunal de Justicia de la UE ha ratificado con su pronunciamiento las referidas conclusiones. Un pronunciamiento judicial que, tal y como parece, exige la reforma de nuestra legislación procesal y que abre el abanico a múltiples posibilidades de actuación por parte de los Juzgados y Tribunales de nuestro país en orden a la paralización de las ejecuciones en curso.

El objeto del presente artículo estriba en analizar el razonamiento seguido por el Tribunal europeo, las hipótesis posibles de reforma, así como el posible proceder de nuestros órganos judiciales antes y después de que se produzca dicha reforma.

ABSTRACT

SURRENDER IN LIEU OF PAYMENT

The Advocate General, Juliane Kokott released her conclusions on the compatibility of Spanish legislation on foreclosure with Directive 93/13/EC, on account of a preliminary ruling submitted by Barcelona Commercial Court num. 3, delving specially into the ability of the Court to discuss in this procedure the existence and scope of unfair terms.

The 14 March 2013, the Court of Justice ratified in its Judgment the previous conclusions of Advocate General Kokott. The Judgement seems to call for the amendment of Spanish procedural law and apparently leaves room for national courts to challenge ongoing evictions.

The purpose of this article is to analyze the reasoning of the Court of justice, the reform possibilities and the likely reactions of courts prior and posterior to such eventual amendment.

Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.

III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES.

IV. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.

V. EL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO.

1. El perfil del demandante y la posible inexcusabilidad.
2. La carga de la prueba del error.
3. La confusión con un seguro.
4. La iniciativa de la entidad de crédito.
5. La falta de equilibrio en las prestaciones.

VI. EL DOLO.

VII. LA FALTA DE CAUSA.

VIII. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA BANCARIA.

1. Reflexión sobre la aplicación de la normativa MIFID a estos supuestos.
2. Ámbito temporal de aplicación de la normativa MIFID.
3. Incumplimiento respecto a la no realización del test MIFID y la ausencia de entrega de documentación precontractual.
4. Análisis de la obligación de suministrar previsiones sobre el elemento aleatorio al que proporciona cobertura el *swap*.
5. La problemática de las cláusulas de cancelación.
6. Estudio respecto a la posible nulidad por incumplimiento de la normativa bancaria.

IX. LA NORMATIVA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE CONSUMIDORES.

X. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

XI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS.*

XII. LAS COSTAS.

XIII. CONCLUSIONES.

XIV. BIBLIOGRAFÍA.

XV. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Los *swaps* o permutas financieras se han venido utilizando en el tráfico jurídico desde la década de los años 40[1]. Sin embargo, nunca han sido tan controvertidos como lo están sido estos últimos años[2], no solo a nivel nacional, sino también en otros países como Alemania[3]. Seguramente los principales motivos de su creciente litigiosidad han sido su comercialización a clientes minoristas por las grandes entidades de crédito y los resultados económicos negativos que ha provocado la fluctuación de los correspondientes elementos aleatorios. Aunque es posible que se haya producido un «efecto llamada» con las primeras sentencias de las Audiencias Provinciales, lo cual ha podido incrementar de manera exponencial la interposición de demandas sobre este tipo de contratos.

El objeto de este artículo no es profundizar sobre cada uno de los aspectos de las permutas financieras, sino simplemente proporcionar una serie de directrices respecto a algunas de las cuestiones jurídicas que frecuentemente se alegan en este tipo de pleitos[4] a la luz de los diferentes posicionamientos doctrinales, de la jurisprudencia menor y de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 21 de noviembre de 2012[5]. Y es que es evidente, con independencia de los análisis generales que puedan realizarse, que este tipo de controversias tienen

---

[1] Vid. García Lastres, J. L., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, págs. 769.

[2] Vid. Juan Gómez, M., «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, de 3 de marzo de 2011, año XXXII, pág. 1; Rodríguez Ruiz de Villa, D., «La cuantía de los pleitos de *swaps* (a propósito de los Autos de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7549, Sección Doctrina, de 18 de enero de 2011, año XXXII, pág. 1.

[3] Cfr. STS alemán, asunto XI ZR 33/10, de 22 de marzo de 2011.

[4] Vid. García Angulo, B. L., *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, 2011.

[5] Primeras sentencias de nuestro Alto Tribunal recaídas en controversias sobre *swaps*.

que resolverse caso a caso según las circunstancias particulares del mismo, tal y como declara la SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011.

II. LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Este aspecto tiene una especial relevancia para las costas y el posible acceso al recurso de casación por razón de la cuantía[6]. Esta última cuestión parece que en la actualidad tiene menor relevancia, puesto que con la modificación introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal y el Acuerdo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, el acceso por razón de la cuantía se ha elevado a 600.000 euros, pero la posibilidad de acceso, al menos teóricamente, se ha flexibilizado con la interpretación del interés casacional[7]. En este sentido, el propio Acuerdo comenta:

> «*La Ley 37/2011 establece con carácter general la existencia de un interés casacional —que consiste, en síntesis, en la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley— como presupuesto que da lugar a la admisibilidad del recurso, cualquiera que sea la forma de tramitación y la cuantía del asunto. Se exceptúan los asuntos que no se tramitan por razón de la materia y que tienen una cuantía superior a 600.000 €, en los cuales el recurso es admisible sin que concurra aquel presupuesto. En suma, la baja cuantía del asunto no opera a partir de la reforma como impedimento para la admisibilidad del recurso de casación. Paralelamente, el carácter excepcional del recurso de casación por razón de la cuantía comporta la necesidad de una interpretación rigurosa de esta modalidad para que mantenga su finalidad de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil, y no se convierta en una vía de acceso al TS carente de justificación institucional*».

---

[6] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 30 a 32, y Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, pág. 4.

[7] A estos efectos se dice *teóricamente*, ya que el propio Acuerdo del Tribunal Supremo exige para la concurrencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales lo siguiente: «*este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de una misma sección. Esta última ha de ser distinta, pertenezca o no a la misma AP. Las sentencias han de haber sido dictadas con carácter colegiado. Una de las sentencias invocadas ha de ser la recurrida*». Lo cual indudablemente supone restringir de manera considerable el acceso a la casación por este motivo.

Dentro de ese contexto parece que hay que encuadrar los Autos del Tribunal Supremo que tanta polémica han generado[8]: uno de 15 de junio de 2010 y dos de 18 de enero de 2011. En estos autos el Tribunal Supremo consideraba que la cuantía del litigio era el precio del contrato, que a estos efectos era el nocional o nominal del contrato. No podemos dejar de señalar que tal cifra es teórica y que la probabilidad de que el resultado del litigio implique el abono de dichas cantidades es prácticamente inexistente[9]. Y ello porque el nocional del contrato es la referencia que se toma como base para calcular las liquidaciones que genera esta clase de contratos[10]. Por lo tanto, tales autos parecen responder al interés del Tribunal Supremo de conocer de estas controversias, flexibilizando el criterio de la cuantía de una manera que ha sido bastante cuestionada por la doctrina[11]. De hecho el Tribunal Supremo no ha seguido ese criterio flexible en otros pronunciamientos, como en los Autos de 7 de septiembre de 2010 y de 19 de septiembre de 2011[12].

Pero como acertadamente indica parte de la doctrina, parece incuestionable que la cuantía en los litigios que las permutas financieras no han vencido ha de ser indeterminada, puesto que es imposible determinar la cuantía de las liquidaciones pendientes al depender estas de un elemento aleatorio[13]. Aunque hay algún autor que comenta que el criterio correcto sería ceñirse a la cuantía reclamada, que corresponde con el importe de las liquidaciones que ya han sido giradas. Y ello porque las liquidaciones pendientes serían una condena a futuro al amparo del artículo 220 de la LEC[14], cuyo importe no es tenido en cuenta para fijar la cuantía del litigio[15]. Esta última postura es interesante por su precisión técnica, pero parece que en determinados supuestos puede no ajustarse a la realidad. En efecto, en algunos casos puede que las liquidaciones

---

[8] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y sigs., y Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, págs. 3 y sigs.

[9] Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, pág. 8.

[10] Cfr. Vega Vega, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 122 y 123; Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, pág. 7; García Lastres, J. L., *op. cit.*, pág. 769.

[11] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y sigs., y Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, págs. 1 y sigs.

[12] En ese mismo sentido parece pronunciarse la STS de 21 de noviembre de 2012, en la que el Alto Tribunal afirma sobre el nocional del *swap* que «ha de indicarse, para poner de relieve el significado meramente especulativo de la operación, que el importe nominal de los capitales convenidos en los contratos de dos mil cinco —al igual que había sucedido en los del año anterior—, esto es, un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 €), en uno, y setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 €), en el otro, constituyeron, por voluntad de las partes, una mera referencia contable solo tomada en consideración para el cálculo de los intereses durante la vigencia de las relaciones contractuales».

[13] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, pág. 27.

[14] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo, «LEC».

[15] Cfr. Rodríguez Ruiz de Villa, D., *op. cit.*, pág. 9.

futuras cambien de signo de manera relevante, y con ello se modificaría incluso la posición de acreedor de las restituciones recíprocas tras la compensación. Por ello, y porque la cuantía indeterminada no parece perjudicar ni en materia de costas[16] ni para el acceso a la casación[17], parece más acertado considerar dicha cuantía como indeterminada.

De la misma manera, siguiendo lo postulado por el Tribunal Supremo en su Auto de 7 de septiembre de 2010, habría que concluir que una vez que el contrato litigioso ha vencido, o ya se ha girado o comunicado al cliente el importe de la última liquidación (puesto que estas se calculan al inicio del periodo de cálculo), la cuantía debería corresponder con el saldo final de las liquidaciones giradas[18].

Con independencia de lo anteriormente expuesto, habría que señalar que en el proceso ejecutivo, una vez estimada la demanda (o incluso en el proceso declarativo si el fallo de la sentencia condena a una cuantía concreta), la realización del cálculo directamente sobre el saldo de las liquidaciones en ambos sentidos, en vez de calcular los intereses sobre cada una de ellas y posteriormente calcular el saldo final, puede suponer unas grandes distorsiones que a la postre, podrían constituir una vulneración de la aplicación estricta del artículo 1303 del Código Civil[19].

En consonancia con lo previamente explicado, parece que habría que concluir que la cuantía de esta clase de litigios debería ser indeterminada si el *swap* está en vigor, o determinada por el saldo correctamente calculado de las liquidaciones cuando el contrato litigioso está vencido o ya se ha girado la última liquidación.

III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE ACCIONES

En este tipo de procesos sobre vicios del consentimiento, a pesar de que la concurrencia del mismo depende de las circunstancias de cada caso, se han

---

[16] Si se entiende que lo conveniente es evitar unas costas elevadas que puedan desincentivar a los afectados a demandar, o simplemente evitarles un mayor perjuicio económico en el caso de que no sean estimadas sus pretensiones.

[17] De esta forma quedaría vedado el acceso por razón de la cuantía, que igualmente estaría cerrado en la mayoría de los litigios (págs. 6 y 7 del Acuerdo del Tribunal Supremo), pero continuaría abierta la posibilidad de acceder por interés casacional. No podemos olvidar en cualquier caso, que el Tribunal Supremo ha entendido generalmente que los motivos de casación contemplados en el artículo 477.2 de la LEC son excluyentes. Cfr. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección 1.ª, de 21 de abril de 2009, y pág. 11 del Acuerdo del Alto Tribunal.

[18] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 27 y 28. Este criterio es especialmente aplicable cuando no hay controversia sobre el importe de la última liquidación. Si existe disputa sobre tal cantidad, parece que el criterio más prudente y acorde con el derecho de defensa, consistiría en tomar el importe mayor de las cantidades alegadas, puesto que solamente al resolver la controversia podrá esclarecerse qué cantidad realmente se debe.

[19] Cfr. SSTS de 22 de noviembre de 2005 y de 23 de junio de 2008.

iniciado con cierta frecuencia pleitos con un gran número de demandantes. En ellos una de las grandes controversias es la posible indebida acumulación subjetiva de acciones en virtud de los artículos 12 y 72 de la LEC. A estos efectos conviene recordar que tanto dichos artículos como la doctrina[20] y la jurisprudencia del Tribunal Supremo[21], exigen que las acciones provengan de *un mismo título o causa de pedir,* o que exista *un nexo,* aclarando que tales requisitos se cumplen *cuando las acciones se funden en los mismos hechos*.

No obstante, en este tipo de procesos parece que no suele concurrir dicho nexo, puesto que los demandantes habitualmente han contratado productos que no son exactamente los mismos, han participado en diferentes procesos de contratación y tienen distintos perfiles. En consecuencia, los títulos no son los mismos, ya que nos encontramos ante contratos distintos. Y el nexo es difícil de apreciar cuando las comercializaciones y los demandantes no tienen ningún elemento en común, excepto que la contraparte de los contratos sea el demandado y que ejerciten, en su caso, el mismo tipo de acciones. Así, en algunos casos las circunstancias del actor particular pueden claramente indicar la inviabilidad de la pretensión del vicio en el consentimiento, en otros la comercialización puede que se haya realizado escrupulosamente conforme a la normativa y en otros casos puede que no concurra nada de lo anterior. Por lo tanto, se tendrá que producir necesariamente un pronunciamiento individualizado respecto a cada uno de los demandantes, que parece evitar el riesgo de resoluciones contradictorias, pero puede originar una mayor complicación del proceso. Lo cual puede suponer una mayor duración del proceso, y con ello, un evidente perjuicio a los actores cuando están en circunstancias económicas problemáticas. Además, los plazos concedidos al demandado por la LEC no experimentan modificación alguna en estos casos[22], lo que puede originar una real indefensión al disponer del mismo tiempo para unas actuaciones procesales que objetivamente implicarían un mayor trabajo. Y es que es evidente que no es lo mismo contestar una demanda que responder a las alegaciones de un número relevante de actores, que muchas veces están particularizadas al tratarse de acciones por vicios del consentimiento. Por ese motivo los juzgados de primera instancia han estimado de oficio la indebida acumulación subjetiva de acciones en varias resoluciones sobre litigios de *swaps*, como los Autos de los Juzgados de Primera Instancia, número 1 de Madrid, de 13 de julio de 2011 y del número 91 de Madrid, de 5 de octubre de 2011.

---

[20] Cfr. De la Oliva Santos, A. y otros, *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 459 y sigs., Banacloche Palao, J. y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 201 y sigs.; Lorca Navarrete, A. M., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 316; Robles Garzón, J. A. y otros, *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, págs. 276 y 277.

[21] Cfr. STS de 13 mayo de 2005.

[22] Como consecuencia de no haber contemplado esta especialidad la ley.

De la misma manera se han pronunciado en algunas ocasiones las Audiencias Provinciales a la hora de resolver controversias similares. En este sentido se pueden citar el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 27 de marzo de 2007, respecto a más de cien contratos de compraventa de multipropiedad, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21 bis, de 31 de mayo de 2012, en la cual se ejercitaban varias acciones, entre las que estaba el vicio en el consentimiento, de 97 demandantes respecto a seis tipos de productos diferentes. En ese último caso, la Audiencia Provincial de Madrid sostuvo, entre otros argumentos, los siguientes:

> «*(…) debemos concluir en que nos encontramos ante una indebida acumulación subjetiva de acciones, por las siguientes razones:*
>
> *1.º) Los actores son tanto entidades mercantiles como inversores minoristas, unos con experiencia en la contratación de productos similares y otros no (…).*
>
> *2.º) Los productos contratados por los demandantes son diferentes: unos contrataron productos de LEHMAN BROTHERS, otros de BANCOS ISLANDESES (…) los instrumentos contratados (…) también difieren, además de las cuantías.*
>
> *3.º) La forma de contratar fue distinta en cada caso: a unos inversores se les entregó ficha comercial, a otros no, unos contrataron telefónicamente, otros lo verificaron por escrito, unos no recibieron información previa a la contratación y otros recibieron folletos publicitarios.*
>
> *(…) es diferente también lo que se preguntó al inversor y lo que se le aclaró, por lo que, llegado al caso, la sentencia que se dictara debiera motivar, caso por caso, cada una de las circunstancias de cada uno de los demandantes, que son propias y que carezcan de nexo común.*
>
> *(…) En nuestro caso, por las circunstancias expuestas, no existe sustrato común ni conveniencia de enjuiciamiento conjunto para evitar sentencias contradictorias. La estimación de la demanda respecto de unos y el rechazo respecto de otros nunca implicaría la existencia de resoluciones contradictorias, precisamente por las múltiples diferencias anteriormente expuestas. En resumen: no existe idéntico título ni causa de pedir. Ni existe identidad de personas ni de acciones ejercitadas, siendo las reclamaciones formuladas en cada caso susceptibles de resolución independiente, por fundarse en la existencia de contratos distintos, con objeto diferente, por lo que las reclamaciones formuladas en los distintos procesos pueden ser objeto de estimación o desestimación, sin que las resoluciones sean contradictorias entre sí*».

Sin perjuicio de lo anterior, hay que indicar que en supuestos muy similares también se han producido pronunciamientos judiciales que han estimado debidamente acumuladas las acciones siguiendo la teoría de la acumulación objetiva-subjetiva, en virtud de la cual se flexibilizan los requisitos de acumulación subjetiva cuando se satisfacen los de la objetiva. A este respecto, podemos citar la SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 23 de enero de 2009, y el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Móstoles, de 4 de julio de 2011.

A pesar de la falta de consenso jurisprudencial, en consonancia con la doctrina de la jurisprudencia menor expuesta, parece que la acumulación subjetiva de acciones no debería proceder en supuestos en los que el único nexo entre ellas es que van dirigidas contra el mismo demandado por el mismo motivo: vicio en el consentimiento.

IV. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

Es frecuente en estos litigios que se ejerciten acciones sobre contratos suscritos entre los años 2004 a 2008. Es decir, contratos que se han celebrado cuatro años antes del ejercicio de la acción. En muchas ocasiones esos contratos se han cancelado de mutuo acuerdo, concluyéndose en el mismo acto uno nuevo. Lo cual se conoce habitualmente como *reestructuraciones* u *optimizaciones*.

Evidentemente, este aspecto no es controvertido cuando la acción se ejercita dentro de los cuatro años tras la celebración del contrato. En el resto de los casos tiene que determinarse si nos encontramos ante un plazo de caducidad o prescripción, así como cuándo debe empezar a computar dicho plazo establecido en el artículo 1301 del Código Civil. Y ello porque al tratarse de una acción por vicio en el consentimiento, la consecuencia de su estimación es la anulabilidad[23]. En consonancia con lo anterior, la acción es susceptible de haber caducado o incluso de que el vicio en el consentimiento haya sido confirmado, y por ende, subsanado, con posterioridad[24].

---

[23] Cfr. SSTS de 6 de abril de 1984, de 27 de noviembre de 1998 y de 13 de febrero de 2007. De igual manera se pronuncia la doctrina. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 541; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos, Principios de Derecho Civil, III*, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 140 y sigs.

[24] Posibilidad que ha sido rechazada por algunas sentencias de manera muy criticable, puesto que entendían que se trataba de un supuesto de nulidad radical. Cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.

Aunque hay posicionamientos contradictorios del Tribunal Supremo[25], parece que puede sostenerse que el criterio acertado es el de caducidad. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo en las SSTS de 27 de octubre de 2004 y de 5 de abril de 2006. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 declara en su Fundamento Jurídico Tercero que:

> «*Respecto del plazo de ejercicio, dice el artículo 1301 del Código Civil* (LEG *1889/27) que: "La acción de nulidad solo durará cuatro años", precepto este que si en un primer momento se aplicaba a todas las nulidades incluidas las radicales, hoy existe plena conformidad en la doctrina y en la jurisprudencia que solo resulta aplicable a los supuestos de anulabilidad (SSTS de 13 de mayo de 1963 y 20 de noviembre de 1980* [RJ *1980/4145]). Pero lo más relevante y trascendente, con clara incidencia en el caso de autos, es si el referido plazo es un plazo de prescripción o de caducidad, porque los efectos que de ello pudieran derivarse son distintos. Al respecto, sin perjuicio de reconocer que la doctrina se encuentra dividida y que en la Jurisprudencia del TS encontramos algunas sentencias que se inclinan por considerarlo como de prescripción, ha de concluirse que la mayoría de la doctrina opina que el expresado plazo ha de calificarse como de caducidad apoyándose para ello en la propia literalidad del precepto comentado, al ser tal construcción la más acorde desde el punto de vista dogmático con la concepción de la acción de anulación como un derecho potestativo o de configuración jurídica, así como por razones de seguridad jurídica y de tráfico que demanda una clara y pronta definición de la situación jurídica. El TS en la actualidad parece definitivamente inclinarse por esta última posición en sentencias tales como las de 17 de febrero de 1966, 4 de abril de 1984* [RJ *1984/1926], 17 de octubre de 1989* [RJ *1989/6928] y 25 de julio de 1991* [RJ *1991/5421]*».

En igual sentido se ha pronunciado nuestra mejor doctrina, como Díez-Picazo y Ponce de León[26] o Lasarte Álvarez[27]. En concreto este último al respecto comentó:

> «*Conforme el artículo 1301.1, "sólo durará cuatro años". Cabe deducir de dicho giro que se trata de un plazo de caducidad*».

---

[25] Cfr. SSTS de 27 de marzo de 1987, de 27 de marzo de 1989, de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002.

[26] Cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, págs. 597 y sigs.

[27] Cfr. *op. cit.*, pág. 141.

En conclusión, y según el tenor literal del artículo 1301.1 del Código Civil y la jurisprudencia más arriba mencionada, parece que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento está supeditada a un plazo de caducidad de cuatro años por ser más coherente con la seguridad del tráfico jurídico.

Una vez resuelta la naturaleza del plazo, la cuestión estriba en determinar cuándo se inicia el cómputo del mismo. Conforme al artículo 1301 del Código Civil, el plazo tiene que iniciarse desde la consumación del contrato. Lo que no está claro es cuándo se produce dicha consumación. En ese sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, siguiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la STS de 11 de junio de 2003, consideran que el plazo comienza a computarse cuando el contrato ha desplegado todos sus efectos[28].

Esta postura no parece acertada puesto que puede permitir el ejercicio de acciones muchos años después de haberse suscrito el contrato y haberse padecido el vicio en consentimiento. Y ello porque no es infrecuente que las permutas financieras tengan unos plazos de duración de cinco y ocho años en los supuestos de contratos ligados a la inflación o a los tipos de interés. Por consiguiente, parece que no resulta ni lógico ni equitativo el permitir que el demandante viva durante más de cuatro años en el supuesto error[29]. Lo cual, a su vez, podría motivar que el pretendido error fuera en todo caso inexcusable según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo[30]. En ese sentido, parece que podría ser aplicable lo sostenido por las SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 julio de 2011; de Vizcaya, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 2011, o de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 10 de abril de 2012, en las que se considera que el plazo de caducidad comienza a computar en la fecha de celebración del contrato. Así, la SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 julio de 2011, ilustrativamente señala resolviendo un litigio no relacionado con *swaps:*

> «*Nos encontramos ante dos contratos de suscripción de participaciones. En el presente caso la consumación de los contratos coincide plenamente con la fecha de la suscripción. No puede ser de otra manera porque en otro caso nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos. Si los contratos no responden a las expectativas puestas por los adquirentes en la adquisición de las participaciones, y se entendiera que tal cosa se debe a un incumplimiento por parte de la vendedora del producto financiero, llegaríamos en tal caso al artículo 1124 del Código Civil. Si existe error o dolo es algo que debe detectarse con anterioridad. En esos cuatro años que contempla el artículo 1301 del Código Civil existe ya tiempo suficiente como para*

[28] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de julio de 2010; de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012.

[29] Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

[30] Cfr. SSTS de 20 de diciembre de 2002, de 16 de diciembre de 2005 y de 5 abril de 2006.

> *apreciar si existen divergencias entre el resultado real y lo convenido, que es la esencia del error o del dolo. Fuera de este periodo de vigencia de la acción de nulidad, y más allá de esos cuatro años, ya solo cabe hablar de incumplimiento contractual, no de cosa diferente*».

Este criterio ha sido aplicado a una controversia de swap por la SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 3 de octubre de 2012, que al respecto comenta:

> «*Entendemos, por tanto, que se ha de estar a cada caso en concreto. Por ello, dadas las particularidades del contrato concertado, cabría plantearse la posibilidad de que estuviera caducada la acción de nulidad, dado el tiempo en que se concertó el contrato, existiendo al efecto sentencias de las audiencias que entienden que el cómputo se inicia en la fecha de celebración del contrato, si efectivamente entendemos que el contrato se consuma en la fecha de celebración habría que declarar caducada la acción, debiéndose estimar el recurso sin entrar en el resto de consideraciones, este es el criterio de la sala pues desde luego que lo que no es de recibo es entender consumado el contrato cuando me perjudica y no cuando me beneficia*».

En esa misma línea se han producido algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor, como las SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 13 de febrero de 2012 y de 27 de marzo de 2012, que directamente rechazaban entrar a conocer del asunto cuando el contrato ya se había extinguido de mutuo acuerdo o por vencimiento del plazo fijado.

El anterior razonamiento parece especialmente aplicable cuando los aspectos negativos sobre los que recae el alegado error, como el riesgo de liquidaciones o costes de cancelación negativos, ya se han materializado previamente a la conclusión del contrato litigioso debido a una permuta financiera anterior. Lo cual sería una consecuencia de aplicar la doctrina contenida en las SSTS de 26 de diciembre de 1944, de 20 de noviembre de 1989 y de 29 de marzo de 1994, consistente en que no puede producirse un error sobre un aspecto ya conocido.

En consonancia con lo anterior, y a pesar de la ausencia de respaldo jurisprudencial, parecería lógico concluir que el plazo de caducidad debería realmente iniciarse cuando los elementos respecto a los que se padece el alegado error se materializan[31], con independencia de cuál es la fecha de perfección o de vencimiento del contrato. Lo cual en este tipo de litigios estará habitualmente relacionado con las liquidaciones o costes de cancelación negativos que haya podido sufrir el cliente.

---

[31] En el caso, claro está, de que lo hagan una vez que el contrato ya haya entrado en vigor. En caso contrario, se empezaría a computar desde la fecha de vencimiento del contrato.

Lo que debería resultar menos controvertido es que la consumación de los contratos tiene lugar cuando estos han sido cancelados de mutuo acuerdo mediante las *reestructuraciones* u *optimizaciones*. Y ello porque es evidente que dicho contrato no despliega posteriormente ningún efecto. Sin embargo, el posicionamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales es entender que la consumación se produce una vez que se extingue el último contrato, puesto que estiman que nos encontramos ante negocios jurídicos de tracto sucesivo que no son independientes entre sí[32]. Esta postura se refleja fielmente en la SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011, que comenta:

> «*E incluso, aunque se calificara de caducidad, habría que tener en cuenta que el término inicial, el de la consumación del contrato según el citado artículo 1301, debe ponerse en relación con el hecho de que se está ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse esa consumación con la fecha de celebración del contrato*».

No obstante, se han venido dictando sentencias en sentido contrario, como las SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 28 de octubre de 2011, o de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 25 de julio de 2012. En concreto la primera sentencia citada establece:

> «*Lleva razón la recurrente en cuanto a la caducidad de la acción de nulidad del negocio de permuta suscrito el 19-12-05, con la consecuente estimación parcial del recurso y revocación parcial también de la sentencia recurrida, porque efectivamente, según resulta del documento obrante al folio 222 y porque es lo más cabal, el contrato de 25-5-06, vino a sustituir al anterior, quedando este sin efecto, y de donde que a la fecha de la presentación de la demanda (20-9-10, según cajetín de la entrada) la acción de nulidad habría caducado conforme al artículo 1301 del Código Civil (cuyo plazo se entiende de caducidad EX STS 6-9-06, 24-4-09, 23-9-10), de forma que solo procede la declaración respecto del negocio suscrito en el año 2006 y los efectos restitutorios deben limitarse a los derivados de este contrato*».

Por todo lo anterior, sin perjuicio de los distintos criterios jurisprudenciales que se han analizado, parece que el plazo de la acción por vicio del consentimiento debe considerarse de caducidad y que el mismo debería empezar a computarse cuando los elementos sobre los que recae el error se han exteriorizado.

---

[32] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de julio de 2010; de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2011.

V. EL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

La principal alegación de las demandas en este tipo de procesos es la concurrencia de un error en la contratación, al haberse confundido la permuta financiera con un seguro. Como bien es sabido, la existencia de un error en el consentimiento requiere de tres elementos, según reiterada jurisprudencia[33] y doctrina[34]: esencialidad, inexcusabilidad y causalidad con la finalidad perseguida. A su vez, hay que recordar que el error en la contratación se tiene que sufrir en el momento de su celebración[35] y que jurisprudencialmente también se ha entendido que es exigible el requisito de la recognoscibilidad[36], que a estos efectos se considera que es la posibilidad de que el error sea advertido por la contraparte.

A este respecto podría decirse que el resultado de este tipo de litigios suele ser favorable para los clientes que reclaman bajo este argumento[37]. Lo cual resulta en cierta manera sorprendente, debido a que en este ámbito operan los principios de la aplicación restrictiva del error en el consentimiento[38] y de la presunción *iuris tantum* de validez del negocio jurídico celebrado[39]. Estos principios, junto con la difícil concurrencia del error en el caso de los contratos aleatorios, son particularmente tratados en la STS de 21 de noviembre de 2012 que afirma:

> «*Un elemental respeto a la palabra dada* —pacta sunt servanda— *imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad —autonomía de la voluntad—, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una* lex privata *(Ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia*

---

[33] Cfr. SSTS de 20 de noviembre de 1989 y de 22 de mayo de 2006, entre otras muchas.

[34] Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, págs. 213 y sigs.; Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 23 y 24.

[35] Cfr. SSTS de 20 de noviembre de 1989, de 8 de febrero de 1993, de 21 de mayo de 1997 y de 21 de noviembre de 2012.

[36] Cfr. SSTS de 5 de marzo de 1960, de 30 de septiembre de 1963, de 10 de febrero de 2000 y de 1 de junio de 2005, respecto a vicios del consentimiento. A este requisito han aludido, aunque después no han profundizado en su análisis, varias sentencias que han resuelto este tipo de controversias como las SSAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2012 y de 13 de junio de 2012.

[37] Vid. http://asuapedefin.com/sentencias-listados/ consultada el 3 de junio 2012, a las 14:00, entre otras.

[38] Cfr. SSTS de 4 de diciembre de 1990 y de 3 de junio de 2003, entre otras muchas. A nivel doctrinal pueden citarse, Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, 2007, pág. 209; Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 22 y 23, y Juan Gómez, M., *op. cit.*, pág. 6.

[39] Cfr. SSTS de 25 de noviembre de 2000 y de 21 de abril de 2004, y SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 28 de marzo de 2011.

> *unos criterios razonablemente rigurosos —sentencia de 15 de febrero de 1977.*
>
> *(…)*
>
> *V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia».*

A su vez, no podemos olvidar que la determinación de la concurrencia de un vicio en el consentimiento depende de las circunstancias probadas en cada caso. Así, la SAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012, al respecto ilustrativamente declara:

> «*Tiene razón el recurrente cuando señala que pese al parecido de los contratos, hay que analizar el caso concreto, pues si el fundamento de la nulidad en otros casos fue el error de consentimiento, han de ponderarse los hechos de cada caso, que pueden ser diferentes pese a tratarse de idéntico contrato*».

Sin perjuicio de lo anterior, también es relevante tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha entendido, en su sentencia de 15 de noviembre de 2012, que el artículo 1288 del Código Civil puede ser aplicable a este tipo de litigios en las cláusulas oscuras, y que por ende, en esos casos procede realizar una interpretación *contra proferentem*.

A efectos de este artículo, únicamente se van a tratar algunas de las alegaciones recurrentes relativas al error por su especial interés y la controversia que genera.

1. Perfil del demandante y la posible inexcusabilidad

Una cuestión habitual en esta clase de disputas es si la persona que suscribió el contrato, generalmente en representación de una mercantil, tiene capacidad para entender dicho producto. Este aspecto es de especial relevancia, puesto que supone la concurrencia del elemento de la excusabilidad del error. A estos efectos, no puede olvidarse que la prueba de la excusabilidad del error recae sobre quien alega la concurrencia del vicio del consentimiento[40]. Por ello, el

[40] Vid. *infra* apartado V.2.

perfil que suele retratarse en las demandas es de personas con nula o escasa formación, sin experiencia en productos derivados o complejos, que se dedican a un negocio completamente alejado de la especulación o las finanzas. Esta aparente realidad no pocas veces es desmentida documentalmente en las contestaciones a la demanda, donde se acredita un amplio historial de cargos societarios y de contratación de productos bancarios.

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión de hecho que debe ser resuelta según las circunstancias particulares del caso concreto. No obstante lo anterior, se debe reseñar que las Audiencias Provinciales se han pronunciado de manera contradictoria respecto a determinados hechos declarados probados que suelen aparecer en este tipo de litigios. La fácil explicación es que como señala reiteradamente el Tribunal Supremo, la valoración de la prueba hay que hacerla en su conjunto[41]. Aunque sobre determinados hechos que a continuación se explicarán, se podrá ver cómo los posicionamientos contradictorios pueden resultar algo criticables. En ese sentido, dentro de los hechos que se suelen alegar está la ausencia de lectura del contrato o falta de lectura atenta[42], que se hayan suscrito varios contratos de permuta financiera[43], la condición de antiguo empleado de banca[44], la existencia de asesores o directores financieros[45], la contratación bancaria previa o experiencia empresarial[46], la formación del representante que lo suscribe[47], la confianza en la entidad de crédito[48] y la literalidad

---

[41] Cfr. SSAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de abril de 2012, y de Vizcaya, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2006.

[42] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 9.ª, de 10 de julio de 2009 y de 30 de abril de 2012; de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de marzo de 2012; de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En contra, SSAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 18 de julio de 2012.

[43] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 4 de julio de 2011; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012; de Valencia, Sección 9.ª, de 17 de julio de 2012. En contra, SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 29 de junio de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.

[44] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de marzo de 2011. En contra, SAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012.

[45] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012, y de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En contra, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.

[46] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012 y de 30 de marzo de 2012. En contra, SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 2 de marzo de 2011 y de 14 de febrero de 2012.

[47] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2012, y de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de mayo de 2012. En contra, SSAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011 y de Vizcaya, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2011.

[48] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sección 9.ª, de 10 de julio de 2009, y de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011. En contra, SSAP de Zamora, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011, y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012.

del clausulado[49]. Sin perjuicio de la disparidad de criterio comentada, parece que la mayoría de las sentencias que se han dictado en este ámbito tienden a considerar el error como excusable[50].

2. La carga de la prueba del error

En estos pleitos suele vincularse el error en el consentimiento con el incumplimiento del deber de información que tienen las entidades de crédito[51]. Sin embargo, no debemos olvidar que son dos elementos distintos con cargas probatorias diferentes. Así, le corresponde al actor probar la concurrencia de los elementos del error en virtud del artículo 217 de la LEC[52]. De forma ilustrativa, la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012, comenta:

> «*Analizando la prueba practicada desde la óptica expuesta e insistiendo en que los vicios del consentimiento solo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de su existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a quien los alega (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y 13 de septiembre de 1992, entre otras), no podemos concluir con que en el caso de autos se hubiera actuado con dolo ni incurrrido en error*».

Lo cual no empece que a la entidad de crédito le corresponda acreditar que ha cumplido con su obligación de informar sobre el producto[53]. Así, la SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 2012 declaró:

> «*(…) de las pruebas practicadas en el procedimiento no puede concluirse que por parte de la entidad demandada se cumpliera escrupulosamente con el referido deber de informar en forma completa a los demandantes, deber que, como también se ha señalado, incumbía a la entidad demandada en cuanto que fue ella la que tomó la ini-*

---

[49] Cfr. a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012, y de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012. En contra, SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012 y de 29 de junio de 2012.

[50] Cfr. http://asuapedefin.com/sentencias-listados/ consultada el 5 de agosto de 2012 a las 14:00.

[51] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, pág. 11.

[52] Cfr. STS de 21 de noviembre de 2012, SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012, entre otras, resolviendo controversias de error en la contratación de permutas financieras. Respecto a la carga de la prueba en otros casos de error en el consentimiento, vid. SSTS de 13 de diciembre de 1992, de 30 de mayo de 1995 y de 21 de abril de 2004.

[53] Cfr. SSAP de Toledo, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 2011, y de Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2012, entre otras muchas.

ciativa para ofrecer el producto a los demandantes, por lo que a ella correspondía también la carga de su prueba en el proceso».

No obstante, como ha indicado alguna sentencia, el incumplimiento del deber informativo no necesariamente debe implicar un error en la contratación[54]. Y es que son cargas probatorias distintas, como ilustrativamente señala la STS de 21 de noviembre de 2012, que sobre el particular comenta:

«Por otro lado, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos».

En esa misma línea, la SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012[55], indica:

«*No obstante ello, a efectos de concluir si ha mediado o no error como vicio del consentimiento, no basta solo la complejidad del contenido del contrato e información suministrada, ya que la falta o deficiencia de información ha de determinar el error como vicio del consentimiento contractual en relación con un elemento esencial del contrato, por lo que han de valorarse asimismo muy especialmente también las condiciones de quien contrata el producto, el conocimiento que el cliente tenga de estas operaciones, su perfil, así como sus necesidades y motivaciones para contratar*».

Este problema también ha sido tratado por la doctrina especializada, señalando Juan Gómez[56] que:

«*Esta tesis, a pesar de ser muy interesante y un reducto curioso para paliar las dificultades de acreditar la concurrencia de un error en el consentimiento e, incluso, de una actuación dolosa, adolece de un defecto genético, consistente en equiparar la concurrencia de una posible falta de información, desde un punto de vista formalista (es decir, que no se haya aportado toda y cada una de la información contenida en diversas normas de conducta), con la existencia de un error de consentimiento, sin que implique una cosa necesariamente la otra, debiéndose poner en relación este dato (los posibles defectos de información) con el resto de los expuestos hasta el momento, sin que*

[54] Cfr. SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012, y de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012.

[55] De manera similar, vid. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 16 de julio de 2012.

[56] Cfr. *op. cit.*, pág. 11.

> *pueda vaciarse de contenido la carga de la prueba impuesta por el legislador procesal a la parte actora, evitando así reducir un debate jurídico tan rico a un mero "silogismo ilógico"*».

Por consiguiente, parece que se ha de concluir que nos encontramos ante dos cargas probatorias distintas. Por un lado, la carga probatoria del error en la contratación la tiene quien lo alega, pudiendo motivar la falta de prueba en ese sentido la desestimación de la demanda. Por otro lado, las entidades de crédito tienen que probar que han cumplido con su deber de información sobre el contrato, originando una deficiencia probatoria en ese sentido la posibilidad de que se declare que se ha infringido dicha obligación, y en su caso, si se han probado los elementos del vicio en el consentimiento, la declaración de error en la contratación.

3. La confusión con un seguro

Como previamente se ha comentado, esta es una alegación usual en esta clase de pleitos[57]. Sin embargo, puede resultar extraño que este tipo de contratos, sin pago de prima, con liquidaciones periódicas entre ambas partes, que se suelen titular y definir como *swaps* o permutas financieras, pueda confundirse con un seguro. Máxime cuando varias sentencias han considerado que la claridad de esta clase de contrato impide la existencia de un error excusable[58]. No podemos olvidar que un contrato de *swap* generalmente se define[59] como «*un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1255 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, importado del sistema anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato*

---

[57] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, pág. 6.

[58] Cfr. SSAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 21 de febrero de 2012; de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012, o de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012.

[59] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2011 y de 6 de junio de 2011, entre otras. De manera similar lo describe la doctrina especializada. Cfr. Vega Vega, J. A., *op. cit.*, págs. 46 y sigs.; García-Lastres Pita, J. L., *op. cit.*, págs. 772 y sigs.

o, solo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1799 del Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes».

Por consiguiente, según la definición jurisprudencial reproducida, parece que el *swap* es un contrato muy distinto de un seguro, lo cual dificultaría la confusión entre ambos tipos de contratos. Así lo ha entendido la doctrina[60] y la jurisprudencia[61], como la SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 5 de marzo de 2012, que comenta:

> «*(…) no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo, cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley del Contrato de Seguro)*».

Sin perjuicio de lo anterior, hay que reseñar que se han producido una serie de pronunciamientos que se centran en las concomitancias que tiene esta clase de contrato con los seguros, declarando excusable el error[62]. En estos casos, se suele entender que la confusión puede originarse por el hecho de que el *swap* se comercialice como cobertura.

Consecuentemente, la jurisprudencia menor está dividida respecto a la posible confusión de las permutas financieras con los contratos de seguro, pareciendo que la tendencia mayoritaria es entender como posible este vicio del consentimiento a pesar de las diferencias que hay entre ambas clases de contratos.

---

[60] Cfr. García-Lastres Pita, J. L., *op. cit.*, págs. 776 y sigs., Juan Gómez, M., *op. cit.*, pág. 6.

[61] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 7.ª, de 3 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2012, y de Pontevedra, Sección 6.ª, de 11 de junio de 2012.

[62] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011, y de Guipúzcoa, Sección 5.ª, de 12 de septiembre de 2011.

4. La iniciativa de la entidad de crédito

La iniciativa empresarial está amparada por el artículo 38 de la Constitución. Es según Díez-Picazo y Ponce de León[63], «*uno de los grandes principios del orden económico de nuestra civilización, que, jurídicamente inspira nuestro ordenamiento*». De hecho, la mayoría de los contratos surgen a iniciativa comercial de los empresarios y no de los consumidores o de quien finalmente adquiere el producto o servicio. Sin embargo, no es infrecuente que las sentencias que resuelven este tipo de litigios tengan en cuenta que la iniciativa partió de la entidad de crédito para estimar que hay error en la contratación[64]. Esta apreciación ha sido rechazada en otros pronunciamientos jurisprudenciales, como la SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012, que a estos efectos señala:

> «*Carece de toda enjundia que haya sido la entidad bancaria la que haya ofrecido el producto, lo que no es objeto de polémica, si por una parte, ha sido aceptado con pleno conocimiento de los riesgos que entrañaba*».

Parece que esta última postura es la acertada, puesto que en caso contrario la mayoría de los contratos serían susceptibles de ser anulados por vicio en el consentimiento al provenir la iniciativa de la contratación del empresario y no del consumidor. Todo ello sin perjuicio del menoscabo que podría suponer al principio de libertad empresarial, puesto que según Díez-Picazo y Ponce de León, «*se considera beneficiosa una espontánea dinámica de la sociedad que el Estado no debe impedir*». Así, estos posicionamientos jurisprudenciales que parecen sancionar la iniciativa comercial, podrían suponer una restricción o podrían desincentivar la misma, lo cual también es completamente desaconsejable desde los postulados de la emergente disciplina de *Law & Economics*[65].

5. La falta de equilibrio en las prestaciones

Este es un argumento que se suele alegar y a veces se estima por las sentencias[66], sin llegar a realizar una distinción clara entre el posible desequilibrio económico que ha generado el producto y el posible desequilibrio del contenido contractual, que puede motivar que nos encontremos ante cláusulas

---

[63] Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, pág. 56.

[64] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 25 de marzo de 2011 y de 6 de junio de 2011.

[65] Vid. Mitchell Polinsky, A., *An introduction to Law and Economics*, 3.ª ed., Aspen, USA, 2003, págs. 157 y sigs.

[66] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2011, y de Álava, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2011.

abusivas. Si bien ambos aspectos parece que podrían constituir indicios de la concurrencia de un vicio en el consentimiento (aplicando la lógica de que nadie firmaría conscientemente un contrato que le va a perjudicar económicamente o es abusivo).

En este sentido parece que el equilibrio de las prestaciones (y el del resultado económico del contrato) ni constituye un elemento esencial de la contratación, ni sobre el mismo puede recaer el verdadero error del cliente. Así, por un lado parece poco verosímil que un cliente medio bancario crea que un contrato predispuesto por una entidad de crédito es totalmente justo y equilibrado en sus prestaciones. Por otro lado, parece que tiene poca viabilidad un error en el resultado económico de un contrato aleatorio, en el que por definición no puede conocerse con antelación tal resultado[67].

A su vez, hay que resaltar que amparar el vicio en el consentimiento en un desequilibrio de las prestaciones permitiría anular la mayoría de los contratos de adhesión, puesto que es poco habitual que estos contratos tengan condiciones completamente equilibradas (como consecuencia no tanto de su abusividad, sino como resultado del diferente poder de negociación de las partes). Por ello, algunas sentencias han desechado este criterio para determinar que hay error. Así, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012:

> «*Con la referencia al objeto de contrato, de lo que se queja la demandante es en realidad de la falta de equidad en las prestaciones pactadas. No podemos cuestionar que no sea así, pero sí que ello pueda constituir un motivo de nulidad, particularmente cuando se trata de las prestaciones principales y el adherente no es un consumidor. Lo relevante desde la perspectiva del consentimiento prestado no es si las prestaciones son equilibradas o justas sino exclusivamente si son claras y de eso no queda duda alguna. El contrato describe con detalle qué pagos se permutan las partes y con ello es suficiente para que deba considerarse que su objeto está claramente delimitado*».

Consecuentemente, no hay consenso jurisprudencial sobre la relevancia del desequilibrio de las prestaciones en esta clase de pleitos. No obstante, el segundo posicionamiento comentado parece el más acertado, puesto que ni es un elemento esencial de la contratación ni verdaderamente el error recae sobre ese aspecto. Cuestión distinta es que el mencionado desequilibrio sí pueda tener cabida en la correspondiente normativa de consumidores y usuarios, cuando se cumplan los requisitos establecidos al respecto[68], o que el mismo pueda interpretarse como un indicio de la concurrencia de un vicio en el consentimiento, que deberá ser

[67] Cfr. STS de 21 de noviembre de 2012.
[68] Vid. *infra* apartado IX.

confirmado con suficiente prueba sobre la existencia de los elementos del error en la contratación.

VI. EL DOLO

En este tipo de controversias es bastante frecuente ejercitar de manera principal o subsidiaria la acción de dolo al amparo del artículo 1269 del Código Civil. En las demandas se suele alegar principalmente que se ha engañado sobre el producto al ocultar sus riesgos, su naturaleza especulativa o las previsiones del correspondiente elemento aleatorio de referencia de la permuta financiera, como por ejemplo los tipos de interés o la inflación[69].

Lo cierto es que tanto la primera como la segunda instancia generalmente no se pronuncian sobre esta acción, sino sobre la concurrencia del error. Sin embargo, en las ocasiones que las Audiencias Provinciales han resuelto sobre el dolo en esta clase de disputas parece que se han decantado en su mayoría por determinar la ausencia del mismo[70]. Lo cual es coherente con la mayor dificultad probatoria que conlleva.

A estos efectos tenemos que comenzar recordando que los requisitos exigidos por la doctrina científica[71] y la jurisprudencia, como las SSTS de 16 de febrero de 2010 y de 5 de marzo de 2010, y las SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012, para la apreciación del dolo son:

(i) Una conducta por acción u omisión, insidiosa, intencionada que va dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas;
(ii) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, con coacción u otra insidiosa influencia;
(iii) Que sea grave, si se trata de anular el contrato y;
(iv) Que no haya sido causada por un tercero, ni haya sido empleada por las dos partes contratantes.

Por ello, correlativamente no se suele estimar la concurrencia del dolo puesto que, teniendo los actores que probar tales requisitos según lo previamente comentado[72], en estos casos:

---

[69] Vid. STS de 21 de noviembre de 2012.

[70] Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011; de Barcelona, Sección 13.ª, de 21 de febrero de 2012; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012.

[71] Cfr. Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 28 y sigs.; Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 92 y sigs.

[72] Vid. *supra* apartado V.2.

(i) El clausulado de los contratos suele avisar claramente de los riesgos y de su funcionamiento[73].

(ii) Los productos cumplen usualmente con la función de cobertura por la que se comercializaron[74].

(iii) Puede sostenerse que no hay obligación legal de suministrar previsiones del cumplimiento del elemento aleatorio, tal y como se expondrá en este artículo[75].

(iv) Había previsiones contradictorias sobre el comportamiento de la inflación y los tipos de interés en los años 2007 y 2008[76], pero ninguna de las fuentes que se utilizan habitualmente predijo la caída brusca que se produjo finalmente en el año 2009[77] y que ha originado los resultados negativos de las permutas financieras, que a la postre han motivado la recurrente litigiosidad sobre las mismas.

(v) No se puede ocultar información que consta en fuentes públicas como los boletines económicos del Banco de España (previsiones del elemento aleatorio), o que figura en el contrato (riesgos y naturaleza).

Así, ilustrativamente, la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 a este respecto resolvió:

> «*Analizando la prueba practicada desde la óptica expuesta e insistiendo en que los vicios del consentimiento solo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de su existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a quien los alega (SSTS de 4 de diciembre de 1990 y de 13 de septiembre de 1992, entre otras), no podemos concluir con que en el caso de autos se hubiera actuado con dolo ni incurrido en error.*
>
> *Lo que queremos así poner de relieve es que el señor Maeso no testifica con una mínima coherencia y que, en cualquier caso, lo que no se acredita es el dolo de adverso, del que se carece cualquier dato en las actuaciones*».

Por todo lo anterior, siguiendo a la doctrina especializada[78] y las sentencias comentadas, parece que en la mayoría de los casos no podrá prosperar la acción

---

[73] Cfr. SSAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 21 de febrero de 2012: de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 10 de abril de 2012.

[74] Vid. SSAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012; de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2012; de Huelva, Sección 2.ª, de 7 de mayo de 2012.

[75] Vid. *infra* apartado VIII.4.

[76] Vid. Informes del Banco de España, BBVA, Funcas, Caja Madrid y Banco Santander, entre otros.

[77] Cfr. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2012.

[78] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, págs. 8 y 9.

de dolo en esta clase de disputas, salvo que la parte actora acredite suficientemente la concurrencia de los comentados elementos del dolo.

VII. LA FALTA DE CAUSA

La ausencia o ilicitud de causa es alegada de forma recurrente en estos procesos. Este aspecto indudablemente debe analizarse partiendo de la regulación contenida en el Código Civil sobre este elemento del contrato. Por consiguiente, conforme al artículo 1274 del Código Civil, se debe entender por causa, *la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*. Además, se tiene que resaltar que según el precepto 1277 de dicho cuerpo normativo, la causa se presume que existe y que es lícita[79]. Lo cual es acorde con el hecho que se mencione este tipo de contratos en normativa comunitaria y nacional, como la Ley de Mercado de Valores. Y es que es improbable que un contrato con regulación parcial carezca de causa o tenga una causa ilícita.

En línea con lo anterior, hay que tener en cuenta que según la jurisprudencia menor[80] y la doctrina[81], la causa es un concepto objetivo, distinto del móvil subjetivo como realidad extranegocial. Este último nunca será la causa, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, tanto la doctrina especializada[82] como la jurisprudencia menor[83] que ha resuelto estas controversias han entendido que la causa de los contratos de permuta financiera reside en el intercambio de pagos recíprocos. Por lo tanto, la misma existe y es lícita en la mayoría de los casos. En este sentido, la STS de 21 de noviembre de 2012, analizando el posible error en el consentimiento sobre la causa del contrato de *swap* indica:

---

[79] Lo cual, según la doctrina, origina una inversión de la carga de la prueba. Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.,* pág. 285.

[80] Cfr. SSTS de 30 de diciembre de 1985, de 31 enero de 1991, de 8 febrero de 1996 y de 1 de abril de 1998.

[81] Cfr. Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 33 y sigs.; Albaladejo García, M., *Derecho Civil*, T. II, 13.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 34; Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.,* págs. 273 y 274.

[82] Cfr. Zamorano Roldán, S., *El contrato de* swap *como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pág. 119; García-Pita y Lastres, J. L., *op. cit.*, pág. 775; Vega Vega, J. A., *op. cit.*, pág. 57.

[83] Cfr. SSAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2010, de A Coruña, Sección 3.ª, de 24 de enero de 2012, y de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 9 de abril de 2012, y Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012; de Madrid, Sección 19.ª, de 10 de diciembre de 2012; de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2013; de Madrid, Sección 25.ª, de 12 de marzo de 2013, entre otras muchas.

> *«III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias —pasadas, concurrentes o esperadas— y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses».*

Por ese motivo, rara vez prospera la alegación de ausencia o ilicitud de causa. Así, cuando lo hace es porque realmente por las circunstancias del caso, como el clausulado y las manifestaciones de los testigos al respecto, se entiende que las partes han incorporado al contrato la función de cobertura y que en ese supuesto particular el contrato no la cumplía. A estos efectos podemos citar la SAP de Asturias, Sección 6.ª, de 21 de mayo de 2012[84], que resuelve una disputa en la que finalmente no se suscribió el préstamo al que se iba a dar cobertura con la permuta financiera.

VIII. LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA BANCARIA

Los contratos de permuta financiera son objeto de una regulación sectorial dispersa. Dentro de la misma, adquiere una especial importancia por su evidente relación con los posibles vicios del consentimiento la normativa llamada MIFID[85], compuesta por la trasposición al Derecho español de la Directiva 2004/39/EC del Parlamento y del Consejo Europeos, de fecha 21 de abril de 2004, y de la Directiva 2006/73/EC de la Comisión Europea, de fecha 10 de agosto de 2006; así como el Reglamento número 1287/2006 de la Comisión Europea de fecha 10 de agosto de 2006. La referida relación con los vicios del consentimiento se produce porque esta normativa regula las obligaciones informativas de las entidades comercializadoras de los productos derivados. Esa

[84] En sentido similar, cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 11 de enero de 2013 y de 17 de enero de 2013.

[85] Acrónimo que responde en inglés a *Markets in Financial Instruments Directive*, que podría traducirse como directiva del mercado de instrumentos financieros.

es la regulación que se va a estudiar en este artículo, sin perjuicio que hay otra normativa que a veces se alega en este tipo de litigios[86].

1. Reflexión sobre la aplicación de la normativa MIFID a estos supuestos

Parte de la doctrina[87] entiende que esta es una cuestión cerrada porque la LMV[88] alude a este tipo de contratos al fijar su ámbito de aplicación en su artículo 2.2, porque considera que estos contratos no forman parte de otro producto financiero y porque aunque ese fuera el caso, el otro producto debería estar sujeto a otros estándares europeos en relación con la valoración de riesgos de los clientes o con los requisitos de información. Por consiguiente, conforme a este sector doctrinal, la excepción en su aplicación prevista en el artículo 79 quáter de la LMV no procedería en estos casos. Precepto que tenemos que recordar que indica que no son de aplicación los deberes de información y de registro de contratos cuando el producto se integra con otro que está sometido a estándares europeos relativos a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Estos argumentos, que pueden parecer acertados, alguna vez han sido acogidos por la jurisprudencia menor[89]. Pero lo cierto es que la inmensa mayoría de los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales[90] aplican dicha normativa de manera automática sin plantearse problemática alguna sobre esta cuestión.

No obstante lo anterior, hay una serie de resoluciones judiciales que invitan a pensar que esta no es una cuestión jurídica tan resuelta. Así, se han pronunciado las SSAP de Madrid, Sección 10.ª, de 7 de marzo de 2012, de Asturias, Sec-

---

[86] Entre otras, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; la Orden Ministerial, de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

[87] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 35 a 38; Vega Vega, J. A., *op. cit.*, pág. 83.

[88] Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en lo sucesivo «LMV».

[89] Cfr. SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011.

[90] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012; de Lugo, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012, entre otras muchas.

ción 7.ª, de 30 de marzo de 2012, de Barcelona, Sección 14.ª, de 10 de mayo de 2012, y alguna sentencia de primera instancia, como la del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012. Conforme a estos pronunciamientos, la LMV no sería aplicable por diversos motivos. En primer lugar, no resultaría de aplicación cuando la permuta financiera cumple una función de cobertura. En ese caso se estima que sí entraría en juego la excepción del artículo 79 quáter de la LMV. En segundo lugar, porque se estima que los *swaps* a los que alude la LMV son los ofrecidos en el mercado secundario. En tercer lugar porque no son valores sino contratos. En cuarto lugar, porque no se satisfacen los requisitos subjetivos, puesto que ni la entidad de crédito suele actuar en estos casos como una empresa de servicios de inversión, ni el cliente suele ser un inversor. En definitiva, los tribunales en esos casos parecen haber seguido el criterio establecido por los organismos supervisores de la práctica bancaria, contenido en su resolución de delimitación de competencias de la CNMV[91] y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura[92]: cuando el producto cumple una función de cobertura, se entiende que forma parte de un producto financiero y entonces se aplica la excepción comentada.

Por consiguiente, la aplicación de la excepción contenida en el artículo 79 quáter de la LMV sigue siendo controvertida. Un amplio número de resoluciones judiciales no la considera aplicable y otro más reducido sí, siguiendo las pautas establecidas por la CNMV y el Banco de España.

2. Ámbito temporal de aplicación de la normativa MIFID

La referida normativa comunitaria se traspuso al ordenamiento español mediante la Ley 47/2007[93] y el Real Decreto 217/2008[94]. Pero la Disposición Transitoria primera de la Ley citada señala:

---

[91] Comisión Nacional del Mercado de Valores.

[92] Cfr. http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5CNovedades%5CES-delimitacion.pdf consultada el 12 de agosto de 2012 a las 13:00. En este documento se establecen una serie de directrices que permiten delimitar cuando el *swap* es de cobertura, como que el importe nocional de la permuta financiera no sea superior al del producto o productos a cubrir, que el plazo de vigencia entre el *swap* y el producto financiero cubierto sea igual o menor. Es interesante señalar que conforme a este documento para aplicar la excepción del artículo 79 quáter de la LMV no es necesario que se proporcione cobertura a un solo producto financiero, que haya una vinculación formal expresa, que el producto coberturado sea un préstamo hipotecario o que ambos productos se contraten simultáneamente.

[93] Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

[94] Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el

> «*Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley*».

De la misma forma, la Disposición Final cuarta del Real Decreto 217/2008 indica:

> «*El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*».

En consecuencia, debido a que la publicación en el *BOE* de la Ley 47/2007 se produjo el 21 de diciembre de 2007, no es hasta el 21 de junio de 2008 cuando es plenamente exigible a las entidades de crédito esta normativa. Por consiguiente, y en virtud de los principios interpretativos de la literalidad y de utilidad contemplados en el artículo 3 del Código Civil, así como los de legalidad e irretroactividad del procedimiento sancionador recogidos en los artículos 127 y 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, parece que no cabría imponer una sanción, máxime si se trata de la nulidad de un contrato, cuando la norma todavía no es exigible para el presunto infractor. Y es que en caso contrario, ¿qué sentido y eficacia tienen las mencionadas disposiciones transitorias y finales? Así lo han entendido algunos juzgados de primera instancia, como reflejan las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia, número 4 de Irún, de 29 de marzo de 2012; del Juzgado de 1.ª Instancia, número 5 de Irún, de 18 de mayo de 2012 y del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012. No obstante, se han producido numerosos pronunciamientos de Audiencias Provinciales que parecen desconocer dicho periodo transitorio. Lo cual tiene una gran relevancia, puesto que resulta jurídicamente muy controvertido declarar el incumplimiento de una norma cuando la misma no era todavía exigible al sujeto infractor.

Aunque resulta aún más cuestionable la aplicación directa de las directivas comunitarias. Este posicionamiento parece observarse en algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales[95]. A veces esta aplicación directa se ha justificado en el supuesto efecto útil de las directivas. Pero tal aproximación al

---

que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

[95] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2011 y de 18 de julio de 2012.

Derecho comunitario parece totalmente desacertada. Y ello porque como bien es sabido, las directivas por regla general no tienen efecto directo[96]. La excepción jurisprudencial[97] que podría permitir su aplicación directa ha exigido que se trate de una relación vertical entre las partes, que haya transcurrido el periodo de transposición y que se reconozca un derecho para los particulares de manera clara, precisa e incondicional. Sin embargo, en nuestro supuesto la relación sería considerada horizontal a estos efectos, puesto que se produce entre particulares. Por consiguiente, no pueden tener efecto directo las directivas MIFID. Y tampoco puede entenderse que sean aplicables por el efecto útil, puesto que este principio del Derecho comunitario no otorga efecto directo a las directivas, sino que concede prevalencia al texto comunitario y su interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión Europea para que la norma comunitaria cumpla con la finalidad para la que se aprobó[98]. Por ello, parece acertado el posicionamiento de otras Audiencias Provinciales, como las SSAP de Ávila, Sección 1.ª, de 27 de enero de 2011 y de 12 de enero de 2012, que han rechazado la aplicación directa de las directivas mencionadas.

3. Incumplimiento respecto a la no realización del test MIFID y la ausencia de entrega de documentación precontractual

Es indudable que la normativa MIFID obliga a evaluar la idoneidad y conveniencia en los artículos 72 a 74 del Real Decreto 217/2008. Sin perjuicio de lo anterior, hay que hacer una serie de matizaciones.

En primer lugar, y como previamente se ha indicado, tal obligación no sería exigible hasta el 21 de junio de 2008.

En segundo lugar, a pesar de que es frecuente la alegación sobre el incumplimiento de no haber realizado dos tests, y que alguna sentencia así parece haberlo entendido[99], no parece que haya obligación de cumplimentar dos tests según los propios artículos que regulan tal obligación, la interpretación que ha

---

[96] Cfr. artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Isaac, G., *Manual de Derecho comunitario general*, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1997, págs. 202 y sigs.; Hartley T. C., *The foundations of European community Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 206 y sigs., http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm consultada el 7 de agosto de 2012 a las 20:00.

[97] Cfr. SSTJUE de 17 de diciembre de 1970, as. 33/70, *SACE c. Ministerio de Hacienda de Italia;* de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office;* de 19 de enero de 1982, as. 8/81, *Úrsula Becker;* y de 26 de febrero de 1986, as. 152/84 *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area health Authority*.

[98] Cfr. Hartley, T. C., *op. cit.*, págs. 206 y sigs., http://civil.udg.edu/tossa/1998/Textos/Diez-Picazo.htm consultada el 7 de agosto de 2012 a las 20:00.

[99] Cfr. SAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012.

realizado de ellos la doctrina especializada[100] y la propia CNMV en su guía para la actuación del análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010. Y es que conforme a la interpretación del artículo 79.bis, apartado 6 de las fuentes citadas, el test de idoneidad debe realizarse cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras. Por ello, en la comercialización de un *swap* parece que debería efectuarse un test de conveniencia y no uno de idoneidad, puesto que no estamos, generalmente, ante una relación de asesoramiento, ni ante una inversión ni ante una gestión de carteras.

En efecto, esta clase de contratos suelen contener cláusulas negando dicha relación de asesoramiento. Pero, con independencia del valor probatorio que quiera concedérsele a esta clase de cláusulas, lo cierto es que usualmente no hay contrato de asesoramiento, no hay recomendaciones personalizadas, ni cobro de cantidad alguna por dicho asesoramiento. Únicamente hay ofrecimiento comercial. En consecuencia, no concurren los elementos que algunas sentencias han exigido para entender que nos encontramos ante una relación de asesoramiento[101]. Por lo tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones no se presumen según los artículos 1089 y 1090 del Código Civil, parece que en nuestro caso solo habría que hacer un test de conveniencia, ya que no hay asesoramiento o gestión de carteras.

A su vez, sobre la obligación de realizar los test MIFID, se tiene que indicar que no es imperativa su cumplimentación cuando ya se tiene conocimiento de esa información por otros medios, como la relación previa que ha habido con el cliente, tal y como ha señalado la CNMV en su guía para la actuación del análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010 y varias resoluciones, como los Informes Finales de contestación a las reclamaciones R/0857/2010 y R/0308/2010, de 17 de febrero de 2011. En cualquier caso, se puede observar cómo ha habido Audiencias Provinciales que han otorgado mucha relevancia a la obligación de cumplimentación del test[102] y otras que no[103].

De la misma manera, una alegación habitual en esta clase de controversias es la falta de entrega de documentación precontractual. Para acreditar este hecho negativo se suele solicitar de forma recurrente por los actores requerimientos en las Audiencias Previas para que se aporten los recibís de los folletos infor-

---

[100] Cfr. Carrasco Morales, A., «La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros», en *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016, del 16 al 31 de agosto de 2011.

[101] Cfr. SAP de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 2 de julio de 2011, respecto a otros productos financieros; SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de abril de 2012; de Madrid, Sección 19.ª, de 10 de diciembre de 2012, sobre *swaps*, y sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 13 de octubre de 2011.

[102] Cfr. SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 9 de enero de 2012, y de Asturias, Sección 5.ª, de 14 de mayo de 2012.

[103] Cfr. SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012.

mativos entregados. Lo cual, si bien puede entenderse como un indicio (con mayor valor probatorio si se une a una declaración en el mismo sentido de la persona a la que se le explicó el producto), parece que no debería constituir una prueba plena del incumplimiento del deber informativo[104]. Y ello porque ni en los años en que se comercializó, ni incluso en la actualidad, es frecuente que haya que acusar recibo por cada folleto informativo que se entrega. A no ser, claro está, que haya una obligación normativa al respecto. Y en este sentido hay que resaltar que no existe ningún precepto que actualmente obligue a ello[105]. Por consiguiente, parece acertado el criterio seguido por alguna sentencia de las Audiencias Provinciales que entiende que no hay una obligación de entregar documentación precontractual alguna. Lo cual no puede ser sinónimo que no haya obligación de informar, que se puede hacer verbalmente, mediante el uso de folletos que no se entreguen o incluso a través del propio contrato. En concreto, la SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011, afirma:

> «*Pero también que la falta de constancia de que se le entregara determinada documentación informativa no obsta a la validez y eficacia de los contratos, si se prueba que la parte demandante estaba informada suficientemente del contenido de los mismos*».

De manera todavía más rotunda, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 14 de enero de 2011, en su Fundamento de Derecho Cuarto declaró:

> «*(…) sin que, por otro lado, pueda estimarse razonablemente dada la legislación aplicable a la fecha del contrato que era exigible la elaboración y entrega de un documento con el perfil del inversor del cliente y la explicación de las características y naturaleza del producto*».

No obstante, en algunas sentencias, como las SSAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2011, y de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2012, se ha considerado la falta de acreditación de la entrega de documentación precontractual como un elemento muy relevante para estimar las pretensiones de los actores.

---

[104] No obstante, en algunas sentencias parece que este elemento es muy relevante. Cfr. SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2011, y de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2012.

[105] Obligación que aunque no se recoge literalmente en los artículos 6 y 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (y que no resulta aplicable a los *swaps* suscritos antes a su entrada en vigor), parece especialmente recomendable su cumplimiento para poder acreditar que se han satisfecho los deberes precontractuales.

Por lo tanto, nuevamente nos encontramos con posturas divergentes de las Audiencias Provinciales respecto a las cuestiones analizadas, pareciendo que conforme al artículo 3.1 del Código Civil, la más acertada en ambos casos es la más fiel al texto de la norma que se aplica.

4. Análisis de la obligación de suministrar previsiones sobre el elemento aleatorio al que proporciona cobertura el swap

El estudio de esta cuestión debe partir de la literalidad de la normativa aplicable en virtud del artículo 3 del Código Civil. En este sentido, nos encontramos con que no hay ningún precepto, incluyendo el artículo 5.3 del Anexo de Real Decreto 629/1993 o los artículos 60.5 o 64 del Real Decreto 217/2008, que obligue a las entidades de crédito a suministrar tal información[106]. Lo que sí que contemplan es que en el caso de que se proporcione una información sobre el comportamiento futuro del producto, tal previsión debe ser razonable. En concreto, el artículo 60.5 del Real Decreto 217/2008, claramente indica lo anterior al establecer:

> *«Si la información contiene datos sobre resultados futuros, deberán cumplirse los siguientes requisitos:*
>
> *a) No se podrá basar en resultados históricos simulados ni hacer referencia a los mismos.*
> *b) Se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos.*
> *c) Cuando se base en resultados brutos, deberá publicarse el efecto de las comisiones, honorarios u otras cargas.*
> *d) Se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de resultados futuros».*

No obstante, hay un gran número de sentencias de Audiencias Provinciales que han declarado el incumplimiento de esta obligación en controversias sobre

[106] En este sentido, el artículo 24.1.c.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios parece exigir informar sobre la cuantificación de las potenciales liquidaciones en los diversos escenarios que puede producirse, pero no la información relativa a las previsiones, al establecer como elemento informativo: «*las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas*». En sentido similar respecto a las cláusulas suelo se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2012.

swaps[107]. Aunque también se han producido varios pronunciamientos en sentido contrario, como las SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de abril de 2011, de 11 de julio de 2011 y de 3 de abril de 2013; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de 2 de abril de 2012. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 26 de mayo de 2011, sobre esta obligación ha considerado que:

> «*Finalmente, ha de rechazarse la conclusión alcanzada en instancia sobre la insuficiencia de información por no contener una "previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial", pues no parece inadecuada la oferta en el momento y circunstancias en que se produjo, como se deriva de los iniciales resultados positivos, no se objetiva la realidad u otro alcance de la información disponible en aquellos momentos por la entidad financiera ni la posibilidad o la previsibilidad racional de la bajada de tipos determinante de su resultado negativo ulterior*».

Este último posicionamiento parece el más acertado, no solo porque la normativa no lo requiere expresamente y según parte de la doctrina este tipo de obligaciones no debe interpretarse extensivamente por el principio de seguridad jurídica[108], sino porque además no se exige suministrar previsiones de comportamiento futuro en productos o contratos más arriesgados y especulativos, ni tampoco en los de cobertura como los seguros propiamente dichos.

5. La problemática de las cláusulas de cancelación

Un aspecto chocante de este tipo de contratos es que su suscripción sea generalmente gratuita y que sin embargo su cancelación de mutuo acuerdo pueda implicar, como está sucediendo actualmente respecto a los *swaps* de tipos de interés y de inflación, unos elevados costes de cancelación para el cliente. Esta impresión aumenta cuando se conoce que el coste de cancelación es variable, y que por tanto, no puede saberse con certeza cuál puede ser el mismo en el futuro[109].

---

[107] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 28 de octubre de 2011; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 2 de junio de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012, y de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012, entre otras muchas.

[108] Cfr. Fernández de Araoz Gómez-Acebo, A., *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia, 2000, pág. 180.

[109] Así, la SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 14 de febrero de 2012, comenta que la «*(Confirmación de la Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Bonificado Reversible Media"), confirmación de los efectos establecidos en el anterior, referida a "permuta financiera de los tipos de interés" (f. 49 y sigs., 162 y sigs.), en cuyos anexos de funcionamiento se informa de los riesgos del producto, así como los costes —lógicamente, imposibles de*

Estos elementos son los que han motivado que se alegue con frecuencia el error o invalidez de la cláusula del coste de cancelación, y que así se haya estimado por un número importante de sentencias[110].

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2012, ha considerado que la cláusula de cancelación de un contrato *swap* que se remite a valor de mercado era oscura y que por ello se había aplicado correctamente en segunda instancia el artículo 1288 del Código Civil, relativo a la interpretación *contra proferentem*.

En consecuencia, este pronunciamiento parece seguir, al menos en parte, el posicionamiento de la jurisprudencia menor mayoritaria.

No obstante, habría que comenzar recordando que estos contratos son de duración determinada[111] y personalistas[112], por lo que no contemplan un derecho de desistimiento unilateral al que se puedan acoger las partes. Por consiguiente, la única alternativa para dejar sin efecto el contrato es la extinción de mutuo acuerdo, salvo que se produzca un incumplimiento del contrato o sea aplicable algún otro mecanismo excepcional contemplado en el ordenamiento[113].

Por lo expuesto, algunas Audiencias Provinciales han estimado que la cláusula del coste de cancelación no es un elemento esencial sobre el que pueda recaer un error en la contratación[114]. En el mismo sentido, el criterio del Banco de España a la hora de interpretar este tipo de cláusulas ha sido generalmente distinto al sostenido por la mayoría de las Audiencias Provinciales, puesto que ha entendido que no supone una mala práctica bancaria ni fijar el coste

---

cuantificar "de futuro", al perfeccionarse el contrato, aunque constando los parámetros para dicha cuantificación en el Contrato Marco— que pueden producirse en caso de cancelación anticipada».

[110] Cfr. SSAP de Valencia, Sección 9.ª, de 6 octubre de 2010; de Álava, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011, y de Asturias, Sección 7.ª, de 21 de noviembre de 2011. De hecho alguna de esas sentencias y la doctrina entiende que la nulidad de dicha cláusula implica la nulidad de todo el negocio jurídico. Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 117 y sigs. Lo cual es controvertido, puesto que puede resultar contrario con el tradicional principio del ordenamiento de la nulidad parcial (*favor contractus* o el antiguo aforismo *utile per inutile non vitiatur*) defendido por los autores y estipulado expresamente en diversos artículos, como el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Cfr. SSTS de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987; Zamorano Roldán, S., *op. cit.*, pág. 115. Por ello, algunas sentencias de Audiencias Provinciales han anulado únicamente la cláusula de cancelación y no todo el contrato. Cfr. SSAP de Navarra, Sección 3.ª, de 31 de mayo de 2011, y de Alicante, Sección 8.ª, de 21 de diciembre de 2012.

[111] Cfr. Vega Vega, J. A., *op. cit.*, págs. 77 y 78, y García Lastres, J. L., *op. cit.*, págs. 780 y sigs., que considera que son contratos sometidos a término esencial.

[112] Cfr. García Lastres, J. L., *op. cit.*, pág. 789. En contra, Vega Vega, J. A., *op. cit.*, pág. 78.

[113] Cfr. Vega Vega, J. A., *op. cit.*, págs. 147 y sigs.; García Lastres, J. L., *op. cit.*, pág. 789, y Lasarte Álvarez, C., *op. cit.,* págs. 148 y sigs.

[114] Cfr. SSAP de Navarra, Sección 3.ª, de 31 de mayo de 2011, y de Vizcaya, Sección 5.ª, de 29 de octubre de 2012.

de cancelación en referencia al valor de mercado[115] ni no proporcionar la fórmula del coste de cancelación[116]. A estos efectos cabe señalar que la doctrina ya había indicado con anterioridad a toda esta litigiosidad que el efecto de la cancelación de un *swap* sería abonar el valor actual del mismo, entendiendo que tal vez es, de forma simplificada, el resultado económico que se espera que genere el contrato[117].

En línea con lo anterior, se han producido una serie de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales[118] que consideran que no hay irregularidad alguna con este tipo de cláusulas. Estas sentencias estiman que no son oscuras estas cláusulas porque no se puede proporcionar más información que la cancelación anticipada de mutuo acuerdo puede suponer un abono o un cargo del valor de mercado. En este sentido, también se ha argumentado que las referidas cláusulas tampoco serían abusivas, ya que únicamente implican el funcionamiento normal del producto, que a estos efectos es similar al de otros contratos bancarios[119].

En consecuencia, parece que podría diferenciarse la invalidez de este tipo de cláusulas por infracción de normativa (que conforme a lo expuesto parece que no concurriría en la mayoría de los casos), del hecho de que el cliente que ha contratado el producto comprenda efectivamente este concepto de valor de mercado, que de por sí no es complejo[120], aunque sí lo sea la manera de calcularlo. Y eso, al igual que la oscuridad de la concreta cláusula, nuevamente dependerá de las circunstancias y los hechos de cada caso.

---

[115] Cfr. Resolución del expediente R-200901046, de 24 de junio de 2009, en la que se dice «*desde un punto de vista técnico-financiero es admisible la argumentación de la entidad cuando justifica que la cancelación anticipada de la permuta financiera tiene un coste: el coste que la propia entidad asumiría, en su caso, por cancelar el instrumento de cobertura que hubiera utilizado con el objeto de cubrir su posición*».

[116] Cfr. Resolución del expediente R-201000335, en la que se comenta «*dada la fluctuación de los mercados, no se cuantifica el coste de cancelación, ni se ofrece fórmula de cálculo de la misma, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria*». Aunque actualmente sí parece que hay que suministrar parte de dicha información, puesto que el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (que no es aplicable a los *swaps* suscritos antes de su entrada en vigor) expresamente dispone que hay que informar sobre «*la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia*».

[117] Cfr. Vega Vega, J. A., *op. cit.*, págs. 153 y sigs.; Manso Olivar, R., *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, 1996, págs. 87 y sigs.

[118] Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sección 18.ª, de 4 de noviembre de 2011; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012 y de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

[119] Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

[120] Cfr. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.

6. Estudio respecto a la posible nulidad por incumplimiento de la normativa bancaria

Ahora bien, como señala parte de la doctrina especializada[121], el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2012 y algunas sentencias de las Audiencias Provinciales[122] previamente comentadas, el incumplimiento de esta normativa no tiene que implicar automáticamente la concurrencia de un error en la contratación. Ciertamente, las Audiencias Provinciales que estiman la concurrencia de un error parece que establecen, en muchos casos implícitamente, una relación de causalidad con el deber de información declarado[123]. Pero lo que no declaran en la mayoría de los casos, al menos expresamente, es una nulidad de pleno derecho por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Sin embargo, tal consecuencia jurídica sí ha sido postulada por algunos autores como Redondo Trigo[124].

No obstante lo anterior, sí hay pronunciamientos que han negado claramente la posibilidad de que algún incumplimiento de dicha normativa pueda implicar la sanción más grave del ordenamiento, como las SSAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2012, o de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012. En concreto, esta última sentencia establece en sus Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto:

> «*TERCERO (…)*
>
> *El cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde un punto de vista civil, en cuya jurisdicción nos encontramos, no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa, sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas, prueba de ello es la STS de 22 de diciembre de 2009: "Es notorio que la regulación del articulo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo*

[121] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, págs. 6 y 11.

[122] Cfr. SSAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012; de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012 y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012, entre otras.

[123] Cfr. SSAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 1 de septiembre de 2011; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2011 y de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2011.

[124] Cfr. «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, págs. 646 y sigs.

sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga".

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 del Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia, la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26-4-1995, 22-7-1997, 13-5-1980 y 7-7-1981) (...).

CUARTO (…)

En suma, que el cumplimiento o incumplimiento sin más de la normativa citada supra *no puede determinar la estimación ni la desestimación de la demanda, sino que ha de ponerse en relación con la forma y con el modo de prestación de ese consentimiento, y es de insistir en que de las pruebas practicadas no se deriva que ese consentimiento haya sido erróneamente prestado. Se sabía qué se contrataba y para qué, se mantuvo la validez y la eficacia de la operación en tanto benefició y se intenta obtener su declaración de nulidad cuando perjudica, pero tanto el beneficio como el posible perjuicio eran conocidos y aceptados, hasta el punto paradigmático de que se procedió a contratar iguales productos los que con obtención de resultados favorables no han sido objeto de petición de nulidad por la actora con lo que en la instancia ha sido valorada erróneamente la prueba en relación con el deber de información de la entidad demandada».*

Esta última postura parece la más acertada por diversas razones. En primer lugar, porque resulta más acorde con la interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo en múltiples sentencias sobre las consecuencias jurídicas de la vulneración de normativa administrativa[125]. En efecto, según lo señalado por la mencionada doctrina jurisprudencial, se debe analizar la índole y la finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad, si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o al orden

[125] Cfr. SSTS de 18 de junio de 2002, de 9 de mayo de 2005, de 25 de septiembre de 2006 y de 27 de septiembre de 2007.

público. Y la conclusión de ese análisis respecto a un deber informativo parece que no debería transcender de la sanción que en su caso corresponda conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y su normativa de desarrollo. Así, en la mayoría de los casos, el no haber informado adecuadamente a un cliente no transgrede el orden público.

En segundo lugar, el referido incumplimiento de la normativa bancaria parece que no debería implicar la nulidad radical, puesto que el principio general del ordenamiento es favorecer la subsistencia de los contratos celebrados. En este sentido, y respecto a este tipo de litigios, la SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 28 de marzo de 2011, en su Fundamento de Derecho Décimo ilustrativamente comenta:

> «*Tampoco se puede aceptar que las posibles carencias explicativas de que adolezca el contrato le priven de objeto o lo lleven a una indeterminación tal que merezca la nulidad del mismo. Resultaría excesivo, desproporcionado e injusto invalidar un pacto por defectos de expresión o por ausencias conceptuales secundarias. El principio del* favor contractii *es un principio clásico que arranca del necesario respeto al acuerdo de voluntades (arts. 1089, 1091 y 1255 CC), aun cuando estas hubieran de integrarse con las propias reglas que el Derecho otorga*».

En tercer lugar, no conviene olvidar que en virtud del principio anteriormente expuesto, la consecuencia jurídica que suele imponer el ordenamiento es la nulidad parcial antes que la nulidad de la totalidad del negocio jurídico en virtud de los principios *favor contratus* y el antiguo aforismo *utile per inutile non vitiatur*. Así lo ha sostenido la doctrina[126] y el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos como las SSTS de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987.

En consecuencia, parece que es más ajustado a Derecho considerar que un incumplimiento del deber de información contenido en la normativa bancaria, debería implicar en la mayoría de esta clase de litigios únicamente la correspondiente sanción administrativa, puesto que ésa es la consecuencia jurídica que expresamente establece el ordenamiento para tal vulneración. Todo ello sin perjuicio, claro está, que el referido incumplimiento de la obligación de informar haya podido contribuir de alguna manera a la concurrencia de un vicio en el consentimiento.

---

[126] Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, págs. 587 y sigs.; Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 138 y sigs.

IX. LA NORMATIVA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE CONSUMIDORES

No debería ser controvertido que este tipo de contratos, como la mayoría de los contratos bancarios, contiene condiciones generales de la contratación a efectos de los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Así lo han entendido muchas sentencias de las Audiencias Provinciales[127]. No obstante lo anterior, parece oportuno realizar una serie de precisiones.

Así, el que sea un contrato de adhesión no implica automáticamente que la condición no se deba incorporar o que sea nula conforme a los artículos 7 y 8 de la referida Ley. Para alcanzar tal determinación habrá que analizar cada cláusula[128] y tener en cuenta lo señalado en el artículo 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando resulte aplicable[129].

A su vez, se tiene que reseñar que hay que identificar la cláusula que supuestamente incumple la correspondiente normativa[130]. En efecto, la propia Ley veda una sanción de nulidad general en su artículo 10. De hecho, la consecuencia jurídica según el citado precepto debería ser la nulidad parcial en la mayoría de los casos[131].

También a estos efectos es relevante que en muchos casos no todas las cláusulas son condiciones generales de la contratación, puesto que hay algunos términos que sí son individualizados, como la fijación del nocional del contrato.

En el caso de la normativa de consumidores y usuarios, es clara su aplicación cuando nos encontramos con un cliente persona física que suscribe la permuta financiera para una finalidad no empresarial, como protegerse de las subidas de tipos de interés respecto al préstamo hipotecario por el cual ha adquirido su vivienda. Ese suele ser el supuesto habitual de los CAPs[132]. Ahora bien, de

---

[127] Cfr. SSAP de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011, y de Álava, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.

[128] Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

[129] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que dispone «las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas».

[130] Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

[131] Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, págs. 483 y 484; SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.

[132] Contratos que sí tienen unas grandes semejanzas con los seguros, puesto que, por ejemplo, en el supuesto de los CAPs de tipos de interés, se paga una prima a cambio de

forma igualmente clara ha entendido la mayoría de la jurisprudencia menor[133] que no procede su aplicación cuando nos encontramos ante personas jurídicas, puesto que con independencia de la actividad de la sociedad, la celebración del *swap* se integra dentro del proceso productivo de la empresa. Y parece que lo mismo cabría concluir respecto a las personas físicas que contratan este tipo de productos dentro de su actividad empresarial como autónomo[134], como un farmacéutico que lo suscribe para protegerse de las subidas de los tipos de interés del préstamo que concluyó para comprar la farmacia.

Por todo lo anterior, hay que concluir que el hecho de que este tipo de contratos contengan condiciones generales de la contratación no implica ni que las mismas sean nulas o se tengan por no incorporadas, debiéndose analizar el texto concreto de la cláusula particular y las circunstancias particulares de quien lo contrató para comprobar si es abusiva y si realmente resulta aplicable la normativa de consumidores y usuarios.

X. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Esta doctrina está claramente aceptada por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, como sus SSTS de 21 de mayo de 2001 y de 25 de enero de 2002. Por lo tanto, es incontrovertida su existencia.

En el caso de los vicios del consentimiento, parece que la aplicación concreta de dicha doctrina general sería la confirmación tácita prevista en los artículos 1309 y siguientes del Código Civil[135]. A estos efectos es conveniente recordar que la confirmación tácita, que es la que generalmente podría estimarse aplicable a estos casos, requiere que concurra un conocimiento de la causa de nulidad, que la causa haya cesado, que quien actúe esté legitimado y que tal comportamiento consista en un acto que suponga sin equívocos dar cumplimiento al contrato[136].

---

que la entidad de crédito abone el euribor correspondiente sobre el nocional a partir de un determinado nivel. Cfr. García Lastres, J. L., *op. cit.*, pág. 795. Aunque este funcionamiento tampoco le ha salvado de la frecuente litigiosidad. Cfr. SSAP de Madrid, Sección 18.ª, de 4 de noviembre de 2011, y de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2012.

[133] Cfr. SSAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2006; de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de octubre de 2010; de Pontevedra, Sección 3.ª, de 26 de mayo de 2011; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012; de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2013; de Madrid, Sección 25.ª, de 12 de marzo de 2013, entre otras muchas. En contra, cfr. SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.

[134] Cfr. Botana García, G. A. y otros, «Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *La Ley,* Madrid, 2005, págs. 79 y sigs., sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012.

[135] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, págs. 9 y 10; Delgado Echeverría, J., *op. cit.*, pág. 541; García Angulo, B. L., *op. cit.*, pág. 52; Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, pág. 606.

[136] Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 29 de junio de 2012.

En muchos de estos procesos parece que todos los requisitos mencionados se cumplen, puesto que ha habido años de ejecución de los contratos con liquidaciones positivas y negativas (a veces por importes relevantes en ambos sentidos), se han cancelado y suscrito nuevos contratos de permuta financiera e incluso, en algunos casos, hasta se han cobrado o abonado costes de cancelación. Estos hechos han sido tenidos en cuenta en algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, como las SSAP de Ávila, Sección 1.ª, 27 de enero de 2011; de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012 y de 3 de julio de 2012, y de Alicante, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2013. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, de 11 de junio de 2012 indica:

> «*Aplicando la doctrina anterior (doctrina de los actos propios) al caso, resulta que la parte actora suscribió el primer contrato de permuta financiera de tipo de interés (…) después y sin otro antecedente que el funcionamiento y liquidaciones del anterior* swap *se contrató uno nuevo que sustituía al anterior el día 4 de abril de 2008, y sin formular ninguna objeción en todo este tiempo, finalmente se decide la cancelación el día 3 de agosto de 2008.*
>
> *De esta forma durante todo este periodo se cumplieron los derechos y cumpliendo las obligaciones que dimanaban del negocio, renovando el consentimiento una segunda vez. Si bien se alega que durante el primer contrato no hubo liquidaciones negativas, la existencia de las positivas indicaba que no había tal seguro y que fue a raíz de la subida de tipos, lo que conllevaría liquidaciones negativas futuras, cuando se acuerde celebrar un nuevo contrato con unos límites, por lo que difícilmente puede sostenerse un desconocimiento de lo pactado*».

Sin embargo, el posicionamiento de las Audiencias Provinciales ha sido en gran medida contrario a la aplicación de la doctrina de los actos propios, por considerar que las *reestructuraciones* u *optimizaciones* constituyen un único contrato por diversas razones, como que en el contrato no ha cesado la causa de nulidad[137], que se realizaron bajo la condición de no cargarse el coste de cancelación[138], que es lógico que la reacción se produzca cuando se manifiestan los efectos negativos de los contratos[139] (aunque muchas veces tal reacción en forma de queja acreditada o demanda se produce años más tarde), que son irre-

[137] Cfr. SSAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 29 de junio de 2012 y de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012.

[138] Cfr. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 25 de julio de 2012.

[139] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2011 y de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012.

levantes las liquidaciones positivas recibidas por ser de escasa cuantía[140] o por estimar que el demandante no ha tenido posibilidad real mediante la ejecución del contrato y sus reestructuraciones de percatarse del funcionamiento del mismo[141]. En sentido similar se ha pronunciado un sector de la doctrina especializada[142].

No obstante, siguiendo lo señalado por algún autor, como Juan Gómez[143], y algunas de las sentencias de las Audiencias Provinciales previamente comentadas, parece que el posicionamiento más acertado es considerar que la confirmación tácita podría aplicarse a estos procesos cuando hay unos actos inequívocos de cumplimiento del contrato como su cancelación de mutuo acuerdo, la suscripción de contratos posteriores similares y sobre todo el transcurso de años de ejecución. Máxime cuando se han producido liquidaciones negativas y se han pagado costes de cancelación sin que se pueda acreditar queja alguna al respecto.

XI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Esta institución ha sido definida por Lasarte Álvarez[144] de la siguiente manera:

> «*No son totalmente extraños los supuestos en los que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato*».

Según nuestra mejor doctrina[145] y jurisprudencia[146], los requisitos de aplicación de esta figura jurídica son los que extraemos de la STS de 27 junio de 1984:

> «*a) que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria; b) que, como consecuencia de dicha alteración, resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas; c) que ello se haya*

---

[140] Cfr. SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2011 y de Burgos, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2011.

[141] Cfr. SSAP de Asturias, Sección 4.ª, de 30 de mayo de 2011 y de Burgos, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2011.

[142] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 51 y sigs.

[143] Cfr. *op. cit.*, págs. 9 y 10.

[144] Cfr. *op. cit.*, págs. 156 y 157.

[145] Cfr. Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, págs. 158 y 159; Albaladejo García, M., *op. cit.*, págs. 464 y 468.

[146] Cfr. SSTS de 10 de diciembre de 1990 y de 10 de febrero de 1997.

> *producido por sobreveniencia de circunstancias realmente imprevisibles; y d) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido*».

A este respecto, hay que enfatizar que la mencionada doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene una aplicación restrictiva conforme a la constante y uniforme jurisprudencia que la ha interpretado. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 junio de 1984:

> «*(…) esta Sala ha admitido la doctrina de la llamada cláusula* rebus sic stantibus, *si bien de manera restrictiva por afectar al principio general* pacta sunt servanda *y al de seguridad jurídica*».

Asimismo, hay que resaltar que la doctrina jurisprudencial ha rechazado de forma clara la aplicación de esta figura jurídica a los contratos con elementos aleatorios, como es el caso de los contratos de *swap*. A estos efectos, respecto a otros contratos aleatorios, podemos citar las SSAP de Tarragona, Sección 2.ª, de 10 de enero de 1992; de A Coruña, Sección 4.ª, de 18 de febrero de 2000; de Jaén, Sección 2.ª, de 30 de septiembre de 2000, y de Madrid, Sección 12.ª, de 6 de abril de 2001. Por consiguiente, parece que la aplicación de esta figura no podría aplicarse generalmente en este tipo de controversias, ya que:

(i) Cuando el contrato cumple una función de cobertura, no debería haber desequilibrio, puesto que lo ingresado o dejado de abonar en el contrato de cobertura debería compensarse con el correspondiente flujo dinerario de la permuta financiera.

(ii) La volatilidad del elemento aleatorio era una circunstancia existente en el momento de la celebración del contrato. Únicamente ha cambiado el sentido de la fluctuación. Pero la mencionada fluctuación y sus cambios de sentido constituyen precisamente el elemento aleatorio sobre el que las partes han decidido libremente referenciar sus obligaciones de pago.

(iii) Las sentencias que a continuación citaremos, consideran que tal fluctuación y su resultado negativo no puede considerarse imprevisible a efectos de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

(iv) Hay otros medios para subsanar el pretendido desequilibrio, puesto que en este tipo de demandas se ejercitan un gran número de acciones variadas.

En ese sentido se han pronunciado tanto la doctrina especializada[147] como los tribunales en los escasos pronunciamientos que han tratado esta cuestión

[147] Cfr. Juan Gómez, M., *op. cit.*, págs. 11 y 12.

en litigios sobre *swaps* como, por ejemplo, la sentencia de Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Durango, de 2 de diciembre de 2011, y la SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012. En concreto, la última sentencia citada comenta al respecto:

> «*No resulta de aplicación la cláusula* rebus sic stantibus *por modificación sustancial de las condiciones, la que según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 21 de marzo de 2001) es de aplicación restrictiva por afectar al principio* pacta sunt servanda *y a la seguridad del tráfico jurídico, y encuentra difícil encaje en un contrato que su propia naturaleza implica la asunción por ambos contratantes del riesgo propio de variación, al alza o a la baja, de los tipos de interés*».

A su vez, habría que señalar que tanto la doctrina[148] como la jurisprudencia[149] han considerado que dicha aplicación debe implicar efectos modificativos del contrato para compensar el desequilibrio, negando los efectos anulatorios de los contratos que se suelen pretender en las demandas de estas controversias.

En consecuencia, la cláusula *rebus sic stantibus* parece que generalmente no resultaría de aplicación en los litigios de permutas financieras, puesto que su uso debe ser restrictivo, no se emplea para contratos aleatorios, existen otros remedios jurídicos y además el objeto de los contratos de *swap* es precisamente la gestión del riesgo que ha modificado sustancialmente el resultado de las liquidaciones. Todo ello sin perjuicio que si el contrato cumple la función de cobertura, el desequilibrio producido en las liquidaciones del *swap* se debería compensar con lo percibido en el contrato coberturado, con lo que tampoco concurriría otro de los elementos necesarios para que se aplique esta figura jurídica.

XII. LAS COSTAS

Indudablemente, como en cualquier litigio se tiene que partir del criterio objetivo del vencimiento para determinar la posible imposición de las costas en virtud del artículo 394.1 de la LEC[150]. Así, como indica la doctrina especializada[151], la mayoría de las sentencias aplica el criterio general del vencimiento

---

[148] Cfr. Lasarte Álvarez, C., *op. cit.*, pág. 159.

[149] Cfr. STS de 13 de marzo de 1987.

[150] Vid. De la Oliva Santos, A. y otros, *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 399 y sigs.; Banacloche Palao, J. y otros, *op. cit.*, págs. 658 y sigs.; Lorca Navarrete, A. M., *op. cit.*, págs. 807 y sigs.; Robles Garzón, J. A., y otros, *op. cit.*, págs. 224 y sigs.

[151] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, pág. 139.

establecido en el artículo 394 y 398 de la LEC para la primera y segunda instancia respectivamente. En este sentido se pueden citar multitud de sentencias de Audiencias Provinciales, como las SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012; de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012; de Vizcaya, Sección 3.ª, de 3 de mayo de 2012; de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012; de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 29 de junio de 2012; de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012. Ilustrativamente, la SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011 en su Fundamento de Derecho Tercero, indica que:

> «*La reiteración de pronunciamientos sobre contratos de esta misma naturaleza en el seno de esta Audiencia, algunos con relación a la misma entidad bancaria aquí recurrente, aleja la presencia de dudas serias de hecho o de derecho a las que se refiere el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como excepción al criterio del vencimiento en materia de costas. Debe, pues, confirmarse también la sentencia apelada en este punto*».

Y respecto a las costas de segunda instancia, comenta en su Fundamento de Derecho cuarto:

> «*Al desestimarse el recurso, las costas aquí causadas son de cargo de la apelante (art. 398 de dicha ley procesal)*».

Evidentemente, la estimación parcial debe conllevar la no condena en costas, como sucede en otros procesos. Y así lo han entendido las Audiencias Provinciales a la hora de resolver este tipo de disputas, como las SSAP de Asturias, Sección 5.ª, de 28 de octubre de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 16 de julio de 2012 y de 25 de julio de 2012.

Sin perjuicio de lo anterior, como indica la doctrina especializada, el criterio respecto a la condena en costas no es unánime[152]. Así se han producido un número considerable de resoluciones de Audiencias Provinciales que no condenan en costas al estimar que hay unas serias de dudas de hecho o de Derecho por los pronunciamientos contradictorios existentes entre Audiencias Provinciales. A estos efectos podemos señalar las SSAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2009; de León, Sección 2.ª, de 21 de enero de 2011; de Valencia, Sección 9.ª, de 5 abril de 2011; de Pontevedra, Sección 3.ª, de 26 mayo de 2011; de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011; de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012; de Valencia, Sección 9.ª, de 15 de mayo de 2012; de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012; de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 25 de julio de 2012; de Madrid, Sección 19.ª, de 10

[152] Cfr. García Angulo, B. L., *op. cit.*, págs. 140 y 141.

de diciembre de 2012. En concreto, la SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012, declaró en su Fundamento de Derecho Quinto:

> «*Finalmente, se alega la infracción del artículo 394 LEC al condenar en costas en un caso con dudas serias de hecho y de Derecho, citando diversas resoluciones judiciales no estimatorias de la pretensión de nulidad y resoluciones estimatorias de la nulidad, así como resoluciones que en base a ello no imponen condena en costas procesales.*
>
> *Ha de acogerse este motivo de apelación entendiendo esta Sala que el caso es jurídicamente dudoso, a la vista de las múltiples resoluciones judiciales encontradas en supuestos de hecho semejantes, siendo una muestra de ellas las invocadas por la recurrente.*
>
> *Por tanto, se revoca parcialmente la resolución recurrida, en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de costas procesales*».

Este posicionamiento no es compartido por toda la doctrina. Así, García Angulo ha criticado esta línea jurisprudencial por tres motivos[153]. En primer lugar por entender que lo que realmente puede haber son dudas de hecho. En efecto, parece que el Derecho aplicable al error en el consentimiento es claro e incontrovertido. Sin perjuicio de lo anterior, sí puede señalarse que dicho error en este tipo de litigios está muy relacionado, entre otras cosas porque así se intenta por los demandantes, con el derecho de información de las entidades de crédito. Y sobre la normativa bancaria aplicable sí hay serias dudas de Derecho como previamente se ha indicado, ya que no está claro el contenido de sus obligaciones ni su exigibilidad en virtud del periodo transitorio contemplado en ellas mismas. Por consiguiente, sí parece que puede estimarse que en estos casos también concurren serias dudas de Derecho.

En segundo lugar, este autor considera que las sentencias desfavorables a las entidades de crédito son claramente superiores en número a las favorables, por lo que no puede tenerse en cuenta tal contradicción jurisprudencial a estos efectos. Sin embargo, siguiendo fuentes claramente alineadas con los intereses de los demandantes observamos cómo se reconoce que más de un 15 por 100 de las sentencias son favorables a los bancos[154]. No obstante, de un estudio en bases de datos puede comprobarse cómo ese porcentaje parece ser claramente superior, especialmente respecto a determinadas Audiencias Provinciales como la de Madrid, Valencia o Zaragoza. Consecuentemente, sí parece que hay nú-

---

[153] Cfr. *op. cit*., págs. 140 y 141.

[154] Cfr. http://asuapedefin.com/sentencias-listados/ consultada el 5 de agosto de 2012 a las 14:00.

mero suficientemente relevante como para entender que existe jurisprudencia contradictoria para aplicar la excepción contemplada en el artículo 394.1 de la LEC.

Finalmente, el referido autor sostiene que es una práctica habitual que ambas partes aporten y citen jurisprudencia contradictoria. Lo cual indudablemente constituye una práctica forense. Pero eso no implica que dentro de ese uso procesal sea infrecuente encontrar tantas resoluciones con pronunciamientos contradictorios ante supuestos de hecho prácticamente idénticos. Por lo tanto, parece que esta matización no debería ser un obstáculo para entender acertado el criterio de la no imposición en costas.

En consonancia con lo expuesto, no parece acertado adoptar un posicionamiento único y automático respecto a la imposición de costas. Pero sí parece plausible y recomendable que se aplique con mayor frecuencia el criterio de no imposición de costas, puesto que en la mayoría de estas controversias si hay una gran inseguridad jurídica sobre el resultado de la misma por la interpretación contradictoria que están haciendo las Audiencias Provinciales del mismo Derecho en supuestos de hecho idénticos o muy similares. Generalmente incluso en relación con los mismos hechos declarados probados, tal y como se ha expuesto previamente respecto a la ausencia de lectura[155], la confianza[156], la contratación de varias permutas financieras[157], la iniciativa en la contratación[158] o el declarado desequilibrio de las prestaciones[159]. Algunas de dichas cuestiones son puramente jurídicas, como la aplicación de la doctrina de los actos propios[160] o la excepción de caducidad[161]. A este respecto hay que añadir que tal contradicción a veces se produce dentro de una misma Audiencia Provincial[162]. A su vez, es interesante señalar que en muchos de estos casos también se podrían apreciar dudas de hecho, puesto que el juzgador se encuentra con dos versiones claramente contradictorias en las declaraciones de los empleados de la entidad financiera y de los representantes del demandante. Por lo tanto, parece que la imposición de costas no debería ser automática en función del resultado de la sentencia, pudiendo ser en muchos casos aplicable la excepción prevista en el

---

[155] Vid. *supra* apartado V.1.
[156] Vid. *supra* apartado V.1.
[157] Vid. *supra* apartado V.1.
[158] Vid. *supra* apartado V.4.
[159] Vid. *supra* apartado V.5.
[160] Vid. *supra* apartado X.
[161] Vid. *supra* apartado IV.
[162] Por ejemplo, respecto al criterio de aplicación de las costas procesales, vid. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012, a favor del criterio del vencimiento, y en contra, SSAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012 y de 25 de julio de 2012. Respecto a excusabilidad del error por un perfil alto, vid. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2012 a favor de la inexcusabilidad, y SSAP de Álava, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012 y de 11 de mayo de 2012 sosteniendo la excusabilidad.

artículo 394.1 de la LEC. Sin perjuicio de lo anterior, obviamente no debería de proceder la aplicación de la excepción al principio de vencimiento, cuando nos encontramos con supuestos donde claramente no hay serias dudas de hecho o de Derecho.

XIII. CONCLUSIONES

En consonancia con lo expuesto, no se pueden obtener soluciones generales para resolver este tipo de litigios. No obstante sí se podrían alcanzar una serie de directrices útiles al respecto:

I. La cuantía en los pleitos en los que el contrato no haya vencido será generalmente indeterminada, puesto que no puede concretarse ni saberse el resultado económico de las liquidaciones pendientes. En el resto de los casos parece que el criterio correcto será estimar que la cuantía coincide con el saldo del resultado económico de la permuta financiera.

II. La acumulación subjetiva de acciones requiere que haya un nexo entre las mismas. Tal nexo usualmente excederá de la identidad del demandado, por lo que deben concurrir otros aspectos como un mismo contrato, identidad de las personas que intervinieron en el proceso de contratación, etc., para que se pueda entender procedente la acumulación.

III. La excepción de la caducidad de la acción puede prosperar en aquellos casos en los que pueda interpretarse que la consumación se ha producido antes de la finalización del contrato, como cuando los aspectos sobre los que recae el error se han materializado con anterioridad o el contrato se ha extinguido de mutuo acuerdo.

IV. El error se tiene que determinar atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sin que un declarado incumplimiento de normativa bancaria tenga que llevar aparejado de forma automática la concurrencia del mismo. Asimismo, es el actor quien debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de esta institución: esencialidad, excusabilidad, causalidad, e incluso, recognoscibilidad.

V. El dolo no puede presumirse, exigiendo cumplida prueba de la parte actora. La actitud dolosa ha de ser grave, no pudiendo estimarse en supuestos en los que notoriamente no puede ocultarse o engañarse, como cuando los aspectos que han motivado el alegado dolo constan en fuentes públicas o en el propio contrato.

VI. Es controvertida la aplicación de la normativa MIFID a las permutas financieras cuando estas cumplen una función de cobertura. El periodo transitorio establecido en la correspondiente normativa debería motivar que no se declararan incumplimientos cuando MIFID aún no era exigible a las entidades de crédito. La normativa bancaria no debería interpretarse extensivamente en virtud del principio de seguridad jurídica, lo que conllevaría que su interpretación

no debería originar unas obligaciones que no están expresamente contempladas en la misma. La vulneración de esta normativa no puede suponer la nulidad automática del contrato, puesto que hay que analizar la infracción, su gravedad y la naturaleza de la norma para decretar tal sanción.

VII. La regulación de consumidores y usuarios generalmente no es aplicable cuando el cliente es una persona jurídica. La nulidad o no incorporación de la cláusula, requiere del estudio del texto de la cláusula, así como de las circunstancias del cliente, para determinar si finalmente puede ser considerado consumidor a efectos de la normativa pertinente.

VIII. El vicio en el consentimiento puede ser subsanado mediante una posterior confirmación tácita, cuando se acredita la concurrencia de actos inequívocos en ese sentido, como años de ejecución con liquidaciones positivas y negativas sin queja alguna por parte del cliente.

IX. La cláusula *rebus sic stantibus* se debe aplicar restrictivamente, excluyéndose habitualmente de su ámbito de aplicación los contratos aleatorios. Como consecuencia de lo anterior, esta figura usualmente no será aplicable a los pleitos de *swaps*, puesto que además, si el contrato satisface la finalidad de cobertura, no se debería producir desequilibrio alguno, puesto que el resultado económico de la permuta financiera y del contrato coberturado deberían compensarse.

X. La existencia de un número relevante de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales resolviendo casos muy similares, con posturas contradictorias sobre cuestiones jurídicas muy concretas como la caducidad, podría permitir aplicar la excepción del criterio de vencimiento de las costas en muchos litigios de este tipo.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 13.ª ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008.

BANACLOCHE PALAO, J. y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

BOTANA GARCÍA, G. A. y otros: *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005.

CARRASCO MORALES, A.: «La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros», en *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016, del 16 al 31 de agosto de 2011.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros: *Curso de Derecho Procesal Civil, I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

— *Curso de Derecho Procesal Civil, II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

Fernández de Araoz Gómez-Acebo, A.: *Las normas de conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia, 2000.

García Angulo, B. L.: *Nulidad de los contratos* swap *en la jurisprudencia*, Eolas, 2011.

García Lastres, J. L.: *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.

Hartley, T. C.: *The foundations of European community Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003.

Isaac, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1997.

Juan Gómez, M.: «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, de 3 de marzo de 2011, año XXXII.

Lasarte Álvarez, C.: *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

Lorca Navarrete, A. M.: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson, Madrid, 2000.

Manso Olivar, R.: *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, 1996.

Mitchell Polinsky, A.: *An introduction to Law and Economics*, 3.ª ed., Aspen, USA, 2003.

Redondo Trigo, F.: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, págs. 625 a 655.

Robles Garzón, J. A. y otros: *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

Rodríguez Ruiz de Villa, D.: «La cuantía de los pleitos de *swaps* (a propósito de los Autos de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 15 de junio y de 7 de septiembre de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7549, Sección Doctrina, de 18 de enero de 2011, año XXXII.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, V. I, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.

Vega Vega, J. A.: *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Zamorano Roldán, S.: *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

XV. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

1. STS de 26 de diciembre de 1944.
2. STS de 5 de marzo de 1960.
3. STS de 30 de septiembre de 1963.

4. STS de 6 de abril de 1984.
5. STS de 20 de mayo de 1985.
6. STS de 30 de diciembre de 1985.
7. STS de 13 de marzo de 1987.
8. STS de 27 de marzo de 1987.
9. STS de 17 de octubre 1987.
10. STS de 27 de marzo de 1989.
11. STS de 20 de noviembre de 1989.
12. STS de 4 de diciembre de 1990.
13. STS de 10 de diciembre de 1990.
14. STS de 31 de enero de 1991.
15. STS de 13 de diciembre de 1992.
16. STS de 8 de febrero de 1993.
17. STS de 29 de marzo de 1994.
18. STS de 30 de mayo de 1995.
19. STS de 8 de febrero 1996.
20. STS de 10 de febrero de 1997.
21. STS de 27 de febrero de 1997.
22. STS de 21 de mayo de 1997.
23. STS de 1 de abril de 1998.
24. STS de 27 de noviembre de 1998.
25. STS de 10 de febrero de 2000.
26. STS de 25 de noviembre de 2000.
27. STS de 21 de mayo de 2001.
28. STS de 25 de enero de 2002.
29. STS de 1 de febrero de 2002.
30. STS de 18 de junio de 2002.
31. STS de 20 de diciembre de 2002.
32. STS de 3 de junio de 2003.
33. STS de 11 de junio de 2003.
34. STS de 21 de abril de 2004.
35. STS de 27 de octubre de 2004.
36. STS de 9 de mayo de 2005.
37. STS de 13 de mayo de 2005.
38. STS de 1 de junio de 2005.
39. STS de 22 de noviembre de 2005.
40. STS de 16 de diciembre de 2005.
41. STS de 25 de septiembre de 2006.
42. STS de 5 de abril de 2006.
43. STS de 22 de mayo de 2006.
44. STS de 6 de septiembre de 2006.
45. STS de 13 de febrero de 2007.

46. STS de 27 de septiembre de 2007.
47. STS de 23 de junio de 2008.
48. ATS de 21 de abril de 2009.
49. STS de 16 de febrero de 2010.
50. STS de 5 de marzo de 2010.
51. ATS de 15 de junio de 2010.
52. ATS de 7 de septiembre de 2010.
53. ATS de 18 de enero de 2011.
54. ATS de 19 de septiembre de 2011.
55. STS de 15 de noviembre de 2012.
56. STS de 21 de noviembre de 2012.
57. STS de 9 de mayo de 2012.

Resoluciones de Audiencias Provinciales

1. SAP de Tarragona, Sección 2.ª, de 10 de enero 1992.
2. SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 18 de febrero de 2000.
3. SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 30 de septiembre de 2000.
4. SAP de Madrid, Sección 12.ª, de 6 de abril de 2001.
5. SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2006.
6. SAP de Vizcaya, Sección 3.ª, de 5 de diciembre de 2006.
7. AAP de Valladolid, Sección 3.ª, de 27 de marzo de 2007.
8. SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 23 de enero de 2009.
9. SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2009.
10. SAP de Madrid, Sección 9.ª, de 10 de julio de 2009.
11. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 27 de febrero de 2010.
12. SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2010.
13. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 23 de julio de 2010.
14. SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de octubre de 2010.
15. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 6 octubre de 2010.
16. SAP de León, Sección 2.ª, de 21 de enero de 2011.
17. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 27 de enero de 2011.
18. SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2011.
19. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2011.
20. SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 2 de marzo de 2011.
21. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 25 de marzo de 2011.
22. SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 28 de marzo de 2011.
23. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de abril de 2011.
24. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011.
25. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 14 de mayo de 2011.
26. SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2011.

27. SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 26 de mayo de 2011.
28. SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 30 de mayo de 2011.
29. SAP Navarra, Sección 3.ª, de 31 de mayo de 2011.
30. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 2 de junio de 2011.
31. SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2011.
32. SAP Álava, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2011.
33. SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2011.
34. SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, de 4 de julio de 2011.
35. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 11 de julio de 2011.
36. SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 26 de julio de 2011.
37. SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 1 de septiembre de 2011.
38. SAP de Guipúzcoa, Sección 5.ª, de 12 de septiembre de 2011.
39. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2011.
40. SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 26 de septiembre de 2011.
41. SAP de Vizcaya, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 2011.
42. SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de octubre de 2011.
43. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 28 de octubre de 2011.
44. SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 2011.
45. SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 3 de noviembre de 2011.
46. SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 4 de noviembre de 2011.
47. SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2011.
48. SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 21 de noviembre de 2011.
49. SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.
50. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 21 de noviembre de 2011.
51. SAP de Zamora, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011.
52. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2011.
53. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 9 de enero de 2012.
54. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 12 de enero de 2012.
55. SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2012.
56. SAP de A Coruña, Sección 3.ª, de 24 de enero 2012.
57. SAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2012.
58. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 13 de febrero de 2012.
59. SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 14 de febrero de 2012.
60. SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 14 de febrero de 2012.
61. SAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 21 de febrero de 2012.
62. SAP de Salamanca, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 2012.
63. SAP de Madrid, Sección 18.ª, de 5 de marzo de 2012.
64. SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 5 de marzo de 2012.
65. SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 7 de marzo de 2012.
66. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 19 de marzo de 2012.
67. SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de marzo de 2012.
68. SAP de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 26 de marzo de 2012.

69. SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2012.
70. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 27 de marzo de 2012.
71. SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012.
72. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2012.
73. SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 30 de marzo de 2012.
74. SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2012.
75. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 2 de abril de 2012.
76. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de abril de 2012.
77. SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 3 de abril de 2012.
78. SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de abril de 2012.
79. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 9 de abril de 2012.
80. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 10 de abril de 2012.
81. SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2012.
82. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2012.
83. SAP Madrid, Sección 9.ª, de 30 de abril de 2012.
84. SAP de Vizcaya, Sección 3.ª, de 3 de mayo de 2012.
85. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 5 de mayo de 2012.
86. SAP de Huelva, Sección 2.ª, de 7 de mayo de 2012.
87. SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 10 de mayo de 2012.
88. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012.
89. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 2012.
90. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 14 de mayo de 2012.
91. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 15 de mayo de 2012.
92. SAP de Asturias, Sección 6.ª, de 21 de mayo de 2012.
93. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 2012.
94. SAP de Lugo, Sección 1.ª, de 28 de mayo de 2012.
95. SAP de Madrid, Sección 21 bis, de 31 de mayo de 2012.
96. SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, de 11 de junio de 2012.
97. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 13 de junio de 2012.
98. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 29 de junio de 2012.
99. SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 29 de junio de 2012.
100. SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 3 de julio de 2012.
101. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 16 de julio de 2012.
102. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 17 de julio de 2012.
103. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 17 de julio de 2012.
104. SAP de Álava, Sección 1.ª, de 18 de julio de 2012.
105. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 25 de julio de 2012.
106. SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 3 de octubre de 2012.
107. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 29 de octubre de 2012.
108. SAP de Vizcaya, Sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2012.
109. SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 10 de diciembre de 2012.
110. SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 21 de diciembre de 2012.

111. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 11 de enero de 2013.
112. SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 17 de enero de 2013.
113. SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2013.
114. SAP de Ávila, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2013.
115. SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 5 de marzo de 2013.
116. SAP de Madrid, Sección 25.ª, de 12 de marzo de 2013.
117. SAP de Alicante, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2013.
118. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 3 de abril de 2013.

RESUMEN

SWAP. *PERMUTA FINANCIERA*
LITIGIO. ERROR. CAUSA

La litigiosidad sobre los swaps *se ha incrementado enormemente en los últimos años. En estos litigios hay una serie de aspectos recurrentes como la concurrencia de error en el consentimiento, la falta de causa, el incumplimiento del deber informativo o la acumulación subjetiva de acciones.*

La solución dependerá de las circunstancias y de las pruebas de cada caso. Sin perjuicio de lo anterior, algunas conclusiones generales sí pueden extraerse. Así, estos contratos sí tienen una causa propia e independiente del riesgo que pueden cubrir. También puede sostenerse que la acumulación subjetiva de acciones por vicio en el consentimiento rara vez puede prosperar. Parece que el rigor en el cumplimiento de la norma no incluye la obligación de dar previsiones. De igual manera, hay determinadas circunstancias que motivarían que el error fuera inexcusable, como la suscripción de varios contratos sin queja alguna.

ABSTRACT

SWAP. LAWSUIT
MISTAKE. CONSIDERATION

The lawsuits regarding swaps has greatly increased last years. There are several topics that are addressed in them such as mistake in the formation of the contract, the lack of consideration, the infringement of the duty to inform or bringing a joint action.

The final judgment will depend on the circumstances and the evidence of each case. Notwithstanding the above, some general conclusions can be reached. Thus, this kind of contracts have their own and independent consideration which is not related to the risk that is covered with them. It can also be affirmed that bringing a joint action will rarely succeed when it is related to mistake in the formation of the contract. It seems that the strict fulfillment of the law does not include the obligation to inform about the foreseeable behavior of the element which is the reference of the contract. By the same token, there are certain circumstances which may determine that the mistake was avoidable, such as the fact of entering into several swaps without submitting any claim in this regard.

(Trabajo recibido el 20-8-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
JESÚS FLORES RODRÍGUEZ
Profesores de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL.

II. LA ACCESIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL.

III. TÍTULO COMPETENCIAL: EL CARÁCTER BÁSICO DE LAS EXIGENCIAS EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD.

IV. HÁBITAT INMOBILIARIO Y ACCESIBILIDAD:

1. Hábitat privado nuevo:

A) *Habitabilidad y funcionalidad del inmueble.*
B) *El Documento Básico de Accesibilidad.*
C) *Ruina funcional: Responsabilidad por incumplimiento de las exigencias básicas de accesibilidad.*

2. Hábitat privado existente:

A) *Adaptación del edificio a criterios de accesibilidad: Los ajustes razonables.*
B) *El Derecho Civil como herramienta para la implantación de medidas de accesibilidad en inmuebles de uso privado.*

V. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL:

1. Obligatoriedad o adaptación voluntaria
2. El proceso de adaptación de las comunidades de propietarios a criterios de accesibilidad.

A) *Requisitos del solicitante.*
B) *Con autorización de la comunidad de propietarios.*
C) *Sin autorización de la comunidad de propietarios: La vía de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreras arquitectónicas.*

3. La accesibilidad como obra necesaria, de mejora o privativa: la imputación del gasto.
4. La necesidad de ocupación de los espacios privativos: las servidumbres de interés general.
5. La accesibilidad en el Libro V del Código Civil de Cataluña.

I. DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

En términos generales, el principio de accesibilidad universal significa que, en condiciones de igualdad, el acceso a cualquier medio o entorno privado o colectivo, producto, procedimiento, servicio o información, debe permitir a las personas realizar actividades de forma autónoma y obtener unos resultados equivalentes a los obtenidos por el resto de individuos[1].

El objetivo fundamental del principio de accesibilidad universal es el de eliminar los obstáculos o barreras que impiden que las personas puedan desarrollar libremente sus actividades cotidianas y con ello su propia personalidad. Ahora bien, dicho concepto no reposa exclusivamente sobre una idea de necesidad de adaptación del entorno físico del individuo, sino en la posibilidad de acceso a todos los servicios que ofrece la sociedad de forma pública o privadamente.

Las deficiencias intelectuales, visuales, sensoriales, auditivas o las relacionadas con el uso del habla, así como la movilidad, constituyen limitaciones de las personas, de manera que este *hándicap* constituye ciertamente un obstáculo social. Accesibilidad universal significaría así la garantía de un entorno público y privado sin obstáculos, por lo que el discapacitado deberá encontrarse en situación de beneficiarse de las mismas utilidades que el resto de los ciudadanos.

La discapacidad no constituye un concepto estático sino dinámico. Tampoco constituye un espacio utópico sino real. La discapacidad es un proceso —de ahí que no sea ocioso hablar de sujeto *discapacitando*— al que se enfrentan todas las personas a partir de un determinado momento de su vida. A decir verdad,

[1] El artículo 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, define el principio de accesibilidad universal como «*la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse*».

cualquier ciudadano percibe la proximidad en el tiempo de esa anunciada limitación que, cuando menos, significará una disminución de su capacidad motriz.

Tradicionalmente se ha considerado la discapacidad como la limitación o restricción que sufre una persona en su actividad o en la participación en la vida social a consecuencia de una alteración sustancial, temporal o permanente, de alguna o varias de sus condiciones psíquicas, sensoriales, mentales, cognitivas o físicas, como hemos señalado. Ahora bien, desde su formulación en el año 1980 esta última concepción de la discapacidad ha sido objeto de contestación no solo por la doctrina científica sino por buena parte de los movimientos asociativos. A este respecto, se ha reprochado que la definición no haya tenido en cuenta suficientemente la intervención de los factores generados por el entorno. Por ello, en la revisión de esta categoría se ha observado la necesidad de reforzar la participación social, integrando al individuo en su medio social habitual. La consecuencia ha sido una mejor descripción de los procesos que intervienen en la discapacidad individualmente considerada así como el papel que en ella desempeña el medio o el entorno.

Con fundamento en la Declaración de Madrid del Forum Europeo de las Personas Discapacitadas, de 23 de marzo de 2003, la Organización Mundial de la Salud dio una nueva definición de discapacidad, insistiendo en la conveniencia de abandonar esa idea preconcebida de la deficiencia como única característica de la persona a tener en cuenta para atender a la necesidad de eliminar las barreras arquitectónicas o de otra índole, revisar las normas sociales, políticas y culturales, así como a la promoción de un medio o entorno accesible para todos. El estado de discapacidad de una persona sería así el resultado de la interacción dinámica entre su problema de salud y los factores contextuales que comprenden, a la misma vez, elementos personales y medioambientales.

La discapacidad constituye una alteración anatómica o funcional con independencia de la causa que origine la misma. En cambio, hoy en día el interés general se ha desplazado hacia las dificultades que resultan para las personas discapacitadas propiamente dichas en su participación en la vida social y en el papel que el medio físico, la ciudad o el entorno más próximo —la propia vivienda— puede jugar en la agravación o atenuación de estos problemas.

Solo la realización efectiva del principio de accesibilidad universal en relación con el hábitat inmediato de la persona puede conferir plena capacidad de obrar al individuo, de suerte que llevado el principio a sus máximas consecuencias, en ausencia de obstáculos o barreras no debería hablarse en puridad de discapacidad.

En este contexto, el libre acceso a edificios públicos o privados de uso residencial o no forma parte integrante del concepto de desarrollo sostenible, y se encuentra reconocido en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 1 de abril de 2010. Lo cierto es que hasta la Convención las personas con discapacidad carecían de un sistema efectivo de

protección jurídica internacional, contando solamente con los tratados internacionales sobre derechos humanos y algunas resoluciones y directivas europeas.

En Europa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión es fuente del Acervo comunitario —con el mismo valor jurídico que los Tratados—, tal y como reconoce el artículo 6 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. En su artículo 21 el citado texto prohíbe la discriminación con fundamento en la discapacidad, y en su artículo 26 reconoce el derecho del discapacitado a beneficiarse de medidas que favorezcan su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

En esa dirección, el artículo 12 de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, acoge una definición conceptual en el sentido de considerar personas con discapacidad a «*aquellas que presenten 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 los demás*».

Ahora bien, como luego veremos, tratándose del uso de inmuebles y de sus espacios públicos o privados, frente a posibles obstáculos o barreras, el concepto de discapacitado se suele sustituir en nuestra normativa por el de «persona con movilidad reducida», pese a quedar comprendido en aquella definición. En sucesivas reformas de nuestra normativa inmobiliaria, la utilización con propiedad de la terminología impuesta por la Convención de 2010 —sobre la base del concepto de discapacitado— debería generalizarse y extenderse al mayor número de supuestos posibles.

II. LA ACCESIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha llenado el vacío existente en España de un marco legal amplio y general, similar al que proporcionan en otros países leyes de carácter análogo. Recientemente, dicha norma ha sido modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con amplias e importantes consecuencias, cuando menos indirectamente, también en el ámbito inmobiliario en el que se desenvuelve la accesibilidad universal, como ahora veremos.

Basada en los conceptos de no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal, el fin primordial de la Ley 51/2003 es establecer un conjunto de medidas que garanticen el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (recogido en la Constitución Española en sus arts. 9.2, 10, 14 y 49). Ahora bien, en nuestra Constitución el rango de este derecho-libertad,

encuadrado en el artículo 49 entre los principios rectores de la política social y económica, no resulta del todo satisfactorio.

La accesibilidad universal es indisociable del término «igualdad de oportunidades», tanto en su vertiente pasiva —ausencia de discriminación—, como en la activa —medidas de acción positiva—. En la accesibilidad los sujetos limitados dejan de ser simples beneficiarios de las decisiones de terceros —personas especiales con necesidades diferentes rezaba la tradicional definición de minusválido—, para conceptuarse como sujetos activos del derecho con iniciativa propia y relevante en la libre elección de un modelo de vida en sociedad en igualdad de condiciones al del resto de ciudadanos. Así, principios como el de «vida independiente», «accesibilidad universal» y «diseño para todos», «diálogo civil», «transversalidad de las políticas en materia de discapacidad» o «ajustes razonables», que son el resultado de la implantación de las más novedosas estrategias en la lucha contra la discriminación, se incorporan necesariamente a esta disposición legal con una clara vocación de normalidad, que no de normalización, aunque la ley prefiera este último término a la hora de definir el principio.

Tratándose de espacios arquitectónicos públicos o privados, la accesibilidad universal significa el libre acceso a cualquier edificio o espacio colectivo, orientarse y desplazarse, utilizar los servicios e instalaciones comunes o generales viviendo las mismas experiencias que el resto de usuarios, al mismo tiempo y de la misma forma.

En los edificios ya construidos, en muchas ocasiones resulta necesaria la implantación de medidas que garanticen la accesibilidad lo que significa la necesidad de realizar «ajustes razonables» ponderando los intereses de los solicitantes y la obligación de soportar la carga o servidumbre por el resto de propietarios. Este es el caso de intervenciones en materia de adaptación del entorno físico tan importantes como la instalación del ascensor, lo que significa la imposición de una servidumbre consistente en un servicio de interés general. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

Al principio de accesibilidad universal se refiere nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario en cada uno de los tres escalones que tradicionalmente caracterizan el urbanismo y la vivienda: el estatal, el autónomo y el local.

La Ley 51/2003, la norma fundamental en la que beben las demás fuentes y, por tanto, constituye una norma básica estatal. El Derecho derivado estaría compuesto por las normas que desarrollan los principios establecidos en dicha Ley, directa o indirectamente. En lo que ahora nos interesa, entre la normativa de desarrollo en los aspectos que ahora nos corresponde analizar, debemos destacar las siguientes disposiciones:

a) El Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; así, como la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados. Resulta interesante conocer estas normas en la medida en que, de cara a definir un itinerario practicable, establecen las características del tránsito entre el espacio público y el privado.

A este conjunto de disposiciones habría que añadir otras vigentes desde antiguo y que, en parte, ya han sido adaptadas a las necesidades exigidas para el desarrollo de los principios consagrados en la Ley 51/2003. Este sería el caso de las siguientes normas, conforme a los grupos que analizamos a continuación:

a) En edificios privados de nueva construcción: La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), cuyo ámbito de aplicación lo constituye el Derecho de la edificación y, por tanto, el hábitat privado de nueva construcción. A dicha norma debe añadirse el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y reformado por el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, norma fundamental en esta materia.

b) En edificios privados ya construidos: La Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH), y la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreras arquitectónicas, cuyo ámbito de aplicación sería el hábitat privado ya existente. Una y otra ley definen en nuestro Derecho lo que podríamos calificar como «Espacio jurídico privado para la adaptación a criterios de accesibilidad universal»; es decir, el conjunto de herramientas que el Derecho privado, más concretamente el Derecho Civil, pone a disposición de los propietarios y usuarios del inmueble para adaptar el edificio colectivo a las necesidades de accesibilidad respecto de todos sus integrantes[2].

Este panorama debe complementarse con lo dispuesto en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

---

[2] Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dichas normas constituyen elementos clave e indispensables para la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad en España.

III. TÍTULO COMPETENCIAL: EL CARÁCTER BÁSICO DE LAS EXIGENCIAS EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD

No debemos olvidar que la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda son, en la actualidad, competencias que han asumido las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3 CE). Ello es determinante para que las comunidades puedan legislar con ocasión del desarrollo legislativo de dicha competencia sobre determinados requisitos y condiciones urbanísticas de los edificios construidos o a construir en su ámbito territorial.

En este complejo panorama jurídico el principal problema radicará en la hipotética divergencia que pueda plantearse en la determinación y alcance de los requisitos básicos de accesibilidad aplicables a un inmueble en función de su localización, lo que exige analizar el título competencial y la aplicación preferente de unos u otros preceptos de cara a la garantía de la implantación de criterios homogéneos.

En términos generales, el derecho de propiedad inmobiliaria se contempla también desde la perspectiva de la intervención pública para garantizar las condiciones de igualdad (art. 149.1.1 CE), pero solo sus condiciones básicas. En lo que ahora nos interesa, la legislación estatal dictada al amparo de aquel precepto constitucional puede coincidir con aquellas manifestaciones del dominio o propiedad urbana sobre las que las Comunidades Autónomas ostentan competencias, como es la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, pero sin aquel, al amparo de dicha facultad, pueda vaciar de contenido la competencia de estas, aunque sí puede condicionar indirectamente el modelo que corresponde implantar a la Comunidad Autónoma o a la Administración local.

Efectivamente, las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de autonomía gozan de competencia exclusiva en urbanismo y vivienda. Sin embargo, el Estado se encuentra autorizado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de trato de todos los españoles —asimismo básica y esencial— en el ejercicio de su derecho de propiedad, lo que puede expresarse en la fijación de limitaciones, cargas y servidumbres a fin de evitar una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones de los terrenos e inmuebles de su titularidad[3].

A ello debemos añadir que la fijación de las exigencias básicas relativas a la calidad de la edificación objeto de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación[4] tienen carácter básico. En esa misma dirección,

---

[3] STC, Pleno, de 26 de marzo de 1987. *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1987. Recurso núm. 685/1984. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Laguna Villa.

[4] Así dice la Disposición Final Primera de la LOE que esta se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado de conformidad con los artículos de la Constitución siguientes: el artículo 149.1.16, 21, 23 y 25, concretamente para el artículo 3 donde se regulan los requisitos de funcionalidad y accesibilidad.

el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, también tiene carácter básico, pues se dicta al amparo de las competencias que se atribuyen al Estado en los artículos 149.1.16, 23 y 25 de la Constitución Española, en materia de bases y coordinación nacional de la sanidad, protección del medio ambiente y bases del régimen minero y energético, respectivamente.

Por su parte, como dice la STS, Sala 3.ª, de 2 de abril de 2009, constituye reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que la garantía institucional de la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 CE de la Constitución tiene un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias». En efecto, la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STS, Sala 3.ª, de 20 de julio de 2006).

De este modo, conforme al artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, el municipio ejerce también competencias sobre esta materia en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, esto es, en relación con la *ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística*. En consecuencia, en el proceso de averiguación del marco jurídico de referencia habrá que tener en cuenta en muchas ocasiones las normas urbanísticas que, en forma de ordenanza municipal, acompañan al Plan General de Ordenación Urbana de cada localidad; y, por ende, la forma en que cada municipio puede llegar a definir, si quiera parcial o tangencialmente, las necesarias exigencias en materia de accesibilidad universal en el proceso de construcción del edificio, con respeto del marco estatal y autonómico antes expuesto.

Ciertamente, el exceso regulador al que hemos asistido con ocasión del desarrollo de sus competencias por las Comunidades Autónomas en el concreto ámbito que ahora analizamos no ha sido sinónimo de una mejor ni más adecuada regulación. Aun tratándose de una realidad universal, resulta paradójico que ello pueda obligar a la aplicación de normas de conflicto fijando los puntos de conexión que remitan, en cada caso, a una u otra norma. La regla general a aplicar debiera ser el de la *lex rei sitae*, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 por remisión, a su vez, del artículo 16.1 ambos del Código Civil; si bien tratándose del ejercicio de derechos personales, como la solicitud de una subvención o ayuda pública a título individual en relación con la adaptación de un inmueble que no constituya el domicilio del solicitante, el tema puede llegar a resultar más complejo. Resultará necesario realizar un esfuerzo clarificador en este sentido.

La coexistencia de un marco jurídico autonómico complejo y no siempre homogéneo en materia de accesibilidad induce a preocupación. La Exposición de Motivos del Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, se refiere precisamente a la cuestión en el sentido de que «la existencia de diferentes leyes y reglamentos de ámbito autonómico sin un referente unificador, se ha traducido en una multitud de diferentes criterios que ponen en cuestión la igualdad y la no discriminación, entre las personas con discapacidad de diferentes comunidades autónomas»[5].

---

[5] Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas a través de normas, en ocasiones, de diversa índole, en la siguiente forma:

Andalucía: Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; *Aragón*: Ley 3/1997, de 7 de abril, de promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas, de Transportes y de la Comunicación; *Cantabria*: Ley 3/1996, de 24 de septiembre, sobre Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación; *Castilla-La Mancha*: Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de Barreras; *Castilla y León*: Ley 3/1998, de 24 de junio, de Accesibilidad y Suspensión de Barreras; y Decreto 217/2001, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Accesibilidad y Supresión de Barreras; *Cataluña*: Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas; y Decreto 135/1995, de 24 de marzo, de desarrollo de la Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de la accesibilidad y de supresión de barreras arquitectónicas y de aprobación del Código de accesibilidad; *Comunidad Valenciana*: Ley 1/1998, de 5 de mayo, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación; *Extremadura*: Ley 8/1997, de 18 de junio, de Promoción de la Accesibilidad en Extremadura; y Decreto 8/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de la Accesibilidad en Extremadura; *Galicia*: Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia; y Decreto 35/2000, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia; *Islas Baleares*: Decreto 110/2010, de 15 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento para la mejora de la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas. Ley 3/1993, de 4 de mayo, para la Mejora de la Accesibilidad y de la Supresión de las Barreras Arquitectónicas; y Decreto 20/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de Supresión de Barreras Arquitectónicas; *Islas Canarias*: Ley 8/1995, de 6 de abril, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Físicas y de la Comunicación; y Decreto 227/1997, de 18 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 8/1995, de 6 de abril, de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación; *La Rioja*: Ley 5/1994, de 19 de julio, de Supresión de Barreras Arquitectónicas y Promoción de la accesibilidad; *Madrid*: Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas; Decreto 13/2007, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas; así como el Decreto 71/1999, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo del Régimen Sancionador en materia de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas; *Murcia*: Ley 5/1995, de 7 de abril, de Condiciones de Habitabilidad en Edificios de Viviendas y Promoción de la Accesibilidad General; *Navarra*: Ley Foral 4/1988, de 11 de julio, sobre Barreras Físicas y Sensoriales, de 11 de julio, sobre Barreras Físicas y Sensoriales; *País Vasco*: Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la

No obstante, como hemos advertido anteriormente, el artículo 12.9 del Código Técnico de la Edificación, relativo a la «*Exigencia básica SUA 9. Accesibilidad, por la que facilitará el acceso y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios a las personas con discapacidad*», tiene frente a la legislación de las Comunidades Autónomas carácter básico. Del mismo modo, hay que recordar que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, conforme a la Disposición Final Decimocuarta, «*se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución*».

Por consiguiente, la normativa autonómica que pueda contener exigencias en materia de accesibilidad deberá respetar los criterios o exigencias básicas consagrados en el Código Técnico de la Edificación, sin que, a nuestro juicio, aquella pueda divergir en lo fundamental del Documento Básico DB-SUA 9: Seguridad de utilización y accesibilidad» que desarrolla el artículo 12.9 del Código Técnico de la Edificación, norma que establece los concretos criterios de accesibilidad y adaptación. Los requisitos exigidos en este Documento Básico deberán servir de referencia no solo a la hora de proyectar el inmueble, sino fundamentalmente en la compleja labor de determinación de los criterios de referencia necesarios en caso de tener que realizar obras de adaptación de un edificio ya construido o crear servicios de interés general dirigidos a garantizar la accesibilidad.

IV. HÁBITAT INMOBILIARIO Y ACCESIBILIDAD

La garantía de la accesibilidad o, si se prefiere, la supresión de las barreras arquitectónicas, se encuadra dentro del mandato que el artículo 49 CE dirige a los poderes públicos en el sentido de realizar una política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada halla amparo en la Carta Magna, de modo que los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, como acabamos de ver.

---

promoción de la accesibilidad, y Decreto 68/2000, de 11 de abril, por el que se aprueban las normas técnicas sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación; *Principado de Asturias*: Ley 5/1995, de 6 de abril, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras; y Decreto 37/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Principado de Asturias 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras, en los ámbitos urbanístico y arquitectónico.

Eso significa que tal mandato debe traducirse en normas jurídicas positivas que definan el ámbito subjetivo y el espacio objetivo o material de la aplicación de medidas de accesibilidad. En efecto, a este respecto habría pues que distinguir entre hábitat nuevo, y hábitat existente común y privado[6].

A grandes rasgos es posible explicar el espacio simbólico en el que debe desenvolverse la intervención del Estado a través de políticas legislativas. En el primer caso —en los nuevos edificios—, para que el principio que ahora analizamos resulte efectivo debería permitir el acceso desde la vía pública a las partes comunes del edificio así como a la entrada o entradas principales del inmueble. Un ascensor adaptado debería estar presente a partir de un número de plantas determinado —generalmente, a partir de una segunda planta—, así como contemplarse la existencia de un aparato elevador u otras medidas diferentes dirigidas a resolver el resto de situaciones no solucionadas por el ascensor. El itinerario debería ser practicable no solo de cara a permitir el acceso a la propia vivienda sino a otros elementos inseparables de la misma, como las plazas de aparcamiento, los trasteros, o, en su caso, las instalaciones comunes destinadas al ocio. Tratándose de casas individuales o unifamiliares que tanto ha prosperado en los últimos años, el inmueble debería estar diseñado de forma que para acceder a las distintas plantas de la vivienda resulte posible instalar un mecanismo elevador sin que el usuario se vea en la obligación de modificar la estructura del inmueble u obtener una licencia administrativa a tal fin.

En el segundo caso —en inmuebles ya existentes—, la sola naturaleza de los trabajos a desarrollar en el edificio debería ser suficiente para desencadenar por sí mismos la obligación de realizar la adaptación, ya mediante la modificación de las zonas o partes comunes[7], de modo que se consiga un itinerario practicable incluso en caso de incendio —convirtiéndolos en accesibles—; ya para permitir, sin necesidad de autorización especial, la redistribución de los volúmenes interiores de las propias viviendas o espacios privativos —convirtiéndolos en adaptables—, todas ellas al mismo nivel —*de plein pied*—. Sobre este y otros particulares cabría en definitiva entonar un largo etcétera.

Ahora bien, es en la adaptación del espacio estrictamente privado donde si cabe encontraremos los mayores problemas. El hábitat privado es seguramente el ámbito que con mayor dificultad puede llegar a resultar universalmente accesible. Sobre el mismo no cabe una intervención directa de la ley con vocación

---

[6] Conforme al artículo 3.b) de la Ley 51/2003, de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, se aplicará en *Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación*.

[7] No hay que olvidar que fundamentalmente en inmuebles en régimen de propiedad horizontal en los que se lleve a cabo este proceso, «*de consideración comprendidas en la edificación, sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio*» (art. 1.3 LOE).

de generalidad, sino la realización de políticas de información y de ayudas públicas a la adaptación en cada caso en particular.

Dicho todo lo cual, debiera ser posible emprender, sobre la base de un proyecto personalizado con la ayuda y la tutela públicas, la realización de las modificaciones necesarias para adaptar cada hábitat privado a las diferentes situaciones de discapacidad en las que pueden encontrarse sus usuarios presentes y futuros, ya sea en propiedad, copropiedad, en régimen de propiedad, en arrendamiento urbano o conforme a cualquier otra relación o uso legítimo[8].

1. Hábitat privado nuevo

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, regula en nuestro Derecho el conjunto de principios esenciales que han de presidir el proceso de edificación, tanto en relación con edificios de nueva construcción como en edificios ya existentes a los que resulte de aplicación la ley. Ocurre esto último básicamente en el caso de la realización de obras de cierta envergadura en un inmueble ya existente —de modificación, ampliación o rehabilitación integral—, que, a la hora de llevar los requisitos básicos en materia de accesibilidad, recibirán el mismo tratamiento legal que se concede a la nueva edificación[9].

A) *Habitabilidad y funcionalidad del inmueble*

El inmueble, en su proceso de construcción, debe sujetarse a determinadas exigencias técnicas y administrativas descritas en la propia ley. La disposición de los espacios, la volumetría del edificio y la dotación de las instalaciones han de facilitar la realización de las funciones previstas en el edificio según la naturaleza o el uso urbanístico que le haya sido asignado.

El Capítulo II de la LOE regula en el artículo 3 los requisitos básicos —exigencias técnicas— que han de satisfacer los edificios en su proyecto, construcción, mantenimiento y conservación, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y, en definitiva, la protección del medio ambiente. Entre ellos quedan comprendidos los criterios de funcionalidad

---

[8] Resulta de gran interés, a este respecto, por los objetivos planteados, la Propuesta de resolución número 3853, de 19 de octubre de 2011, presentada ante la *Assemblée Nationale* francesa, sobre accesibilidad universal de las personas en situación de discapacidad.

[9] En efecto, la ley es de aplicación cuando se lleve a cabo la siguiente acción en el inmueble: «*Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio*» [art. 1.2.b) LOE].

y habitabilidad, que si bien desde un punto de vista estrictamente técnico parecen estar refiriéndose a realidades diferentes, ello no es así, induciendo a una cierta confusión que de *lege ferenda* sería conveniente erradicar, como ahora veremos.

Efectivamente, dice González Carrasco que lo primero que llama la atención sobre el régimen implantado por el artículo de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, es que la normativa estatal o autonómica de referencia prefiere hablar en primer lugar de «*condiciones de habitabilidad*» de las viviendas[10]. Ello requiere una explicación.

La habitabilidad constituye el conjunto de requisitos necesarios de un inmueble para poder utilizarlo como vivienda o como local. Pero también puede ser concebido como la ausencia de deficiencias que incidan de forma directa en el posible uso de la propiedad, tal sería el caso de la accesibilidad al propio inmueble, o que disminuyan la calidad de vida de sus ocupantes[11].

A decir verdad, desde la perspectiva de la adquisición del derecho de propiedad inmobiliario, o de su uso conforme a determinadas relaciones contractuales, es inconcebible que el bien adquirido —la vivienda o el local— no pueda emplearse para el fin o función para el que fue originariamente concebido. Lo contrario significaría un incumplimiento contractual fundado en la inidoneidad del bien o derecho transmitido o cedido, frustrando su destino, lo que no deja de constituir una situación de ruina funcional. Este parece ser el sentido del concepto de habitabilidad que indistintamente se utiliza en diferentes normas inmobiliarias en nuestro Derecho. Ello sin perjuicio de poder admitir otros conceptos, como los de hábitat o *habitación*, u otros posibles y distintos usos del espacio común o privativo.

Como dice González Pérez, ha de partirse del uso a que el edificio debe ser destinado, de las funciones que ha de cumplir, para determinar la disposición y las dimensiones de los espacios y la dotación de las instalaciones conforme a cada caso concreto[12].

No obstante, frente al término habitabilidad, la LOE prefiere concebir la accesibilidad como una función del edificio, reservando el concepto de habitabilidad para las exigencias de higiene, salud, protección del medio ambiente y contra el ruido, ahorro de energía y aislamiento térmico y, a modo de cajón de sastre, «*otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio*» [art. 3.1.c.4) LOE].

---

[10] Carrasco Perera (A.), Cordero Lobato (E.) y González Carrasco (M.ª C.), *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 87.

[11] La jurisprudencia se ha referido tradicionalmente a este sentido. A este respecto, pueden citarse, entre otras, las SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 17 de febrero de 2009; o la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 14 de enero de 2010.

[12] González Pérez, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 106.

La concepción y la distribución de los espacios de un inmueble tienen por objeto atender las necesidades específicas para las que son creados en relación con todos sus ocupantes. De ahí que, en resumidas cuentas, la correspondencia entre el proyecto materializado en el edificio construido y el uso al que destina reciba el nombre de *función*.

En consecuencia, en el Derecho de la Edificación, la accesibilidad se configura como un requisito básico de funcionalidad y no de habitabilidad. De ahí que el artículo 3.1.a.2) LOE defina la accesibilidad, como el conjunto de medidas «*que permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica*».

B) *El Documento Básico de accesibilidad*

Conforme al artículo 12 del Código Técnico de la Edificación, en su última redacción del año 2010, los nuevos edificios, y los sometidos a procesos de reforma o rehabilitación integral que queden comprendidos en su ámbito de aplicación, deberán cumplir un conjunto de exigencias básicas de seguridad de utilización y *accesibilidad*[13].

En este punto, el objeto de este requisito básico consiste en facilitar el acceso al edificio y la utilización no discriminatoria, independiente y segura de los mismos a las personas con discapacidad. En tanto que función, ello exige que los edificios se proyecten, construyan, mantengan y utilicen de forma que aseguren la satisfacción de este requisito.

A este respecto, el Documento Básico (DB-SUA), Seguridad de utilización y accesibilidad, especifica los parámetros y procedimientos tendentes a asegurar esta exigencia, centrando su atención sobre aspectos tales como la reducción del riesgo de caídas, impacto, atrapamiento, iluminación, alta, ocupación, ahogamiento y, en último lugar, la accesibilidad. De ahí que el artículo 12.9 del CTE se refiera a la «*Exigencia básica SUA 9. Accesibilidad: Se facilitará el acceso y utilización no discriminatoria, independiente y segura de los edificios a las personas con discapacidad*»[14].

---

[13] La Disposición Derogatoria del Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se incorporan al CTE las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad, deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en dicho Real Decreto. Por lo tanto, el conjunto de las condiciones básicas de accesibilidad en los edificios aprobadas por el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, están derogadas, siendo las vigentes las aprobadas por el Real Decreto 173/2010 e incorporadas al CTE.

[14] El documento «*DB-SUA: Seguridad de Utilización y Accesibilidad*» puede consultarse en la siguiente página web oficial:< www.codigotecnico.org/web/recursos/documentos/dbsu/su9/>(fecha de consulta: 1 de mayo de 2012).

El «DB-SUA 9: Seguridad de Utilización y Accesibilidad», al referirse a las condiciones de accesibilidad, exige el cumplimiento de un estricto conjunto de condiciones funcionales y de dotación de elementos accesibles; si bien «*dentro de los límites de las viviendas*», incluidas las unifamiliares y sus zonas exteriores privativas, las condiciones de accesibilidad únicamente son exigibles en aquellas que deban ser accesibles.

Si realizamos un breve resumen de lo que dispone el DB-SUA 9, éste regula, entre las condiciones funcionales, la accesibilidad en el exterior del edificio (itinerario accesible desde la entrada principal con la vía pública); la accesibilidad entre plantas del edificio (tratándose de edificio de viviendas se exige un ascensor o rampa accesible cuando hay que salvar más de dos plantas, o cuando existan más de 12 viviendas en plantas sin entrada principal accesible al edificio); así como la accesibilidad en las propias plantas de edificio (el acceso a la planta deberá comunicarse mediante un itinerario accesible con las viviendas, con las zonas comunes, trasteros, plazas de garaje, etc., todos ellos situados en la misma planta).

Los edificios destinados a uso residencial de vivienda deberán tener un número determinado de viviendas accesibles para usuarios en sillas de ruedas así como para personas con discapacidad auditiva, en función del número total de alojamientos, y también plazas de aparcamientos accesibles. Los edificios con viviendas accesibles para usuarios de sillas de ruedas que cuentan con piscina dispondrán además de grúa o elemento adaptado a tal fin, así como aseos y vestuarios adaptados. A su vez, se establecen unas condiciones y características específicas de la información y señalización para la accesibilidad en función de su localización, según sean zonas de uso privado o público.

A este respecto, no debemos olvidar que existe una estrecha relación entre las exigencias de accesibilidad y la seguridad de utilización del edificio, muchas de cuyas condiciones afectan, al igual que las de accesibilidad, a los elementos de circulación de los edificios. A ello hay que añadir la necesidad de prever las condiciones necesarias para la evacuación de las personas con discapacidad en caso de incendio del edificio.

Por último, habrá que entender que en materia de accesibilidad la normativa de las Comunidades Autónomas, así como las Ordenanzas urbanísticas de cada localidad, de hecho pueden mejorar estos mínimos en todo caso, como es frecuente que ocurra en la práctica.

Solo faltaría por añadir cuál es el momento de la exigibilidad de estos requisitos básicos, es decir, a partir de qué momento el edificio a construir o reformar debe incorporar tales exigencias.

A este respecto, como es habitual, se tomará en consideración la fecha de la solicitud de la licencia municipal de obras, lo que determinará la aplicación, ya se trate de nueva modificación o de obras de modificación, ampliación, reforma o rehabilitación de edificios existentes. Por consiguiente, no serán de aplicación

estas exigencias cuando la licencia para el nuevo edificio, o para la realización de obras de rehabilitación, se haya solicitado antes del 11 de marzo de 2010; y solo lo será de forma potestativa para las solicitadas hasta el 11 de septiembre de 2010[15]. Por tanto, solo a partir de esta última fecha las exigencias básicas en materia de accesibilidad tendrán carácter realmente obligatorio.

El hecho de que en la actualidad la promoción inmobiliaria de nuevos edificios resulte prácticamente inexistente, significa que lo dispuesto en el Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad solo será prácticamente de aplicación en el marco de un proceso de rehabilitación del parque inmobiliario ya existente.

C) *Ruina funcional: Responsabilidad por incumplimiento de las exigencias básicas de accesibilidad*

Cuando un inmueble se proyecta o se construye sin cumplir la exigencia básica de accesibilidad nos hallamos ante un supuesto realmente grave de ruina funcional, ante un defecto o vicio ruinógeno, de cara a la aplicación del nivel de más alta protección contemplado en el régimen de responsabilidad civil definido en la LOE.

Conforme al artículo 17.1.a) LOE, solo constituyen vicios ruinógenos, a los que se aplica el plazo de garantía de diez años, los «*daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio*».

Por su parte, el artículo 17.1.b) LOE contempla como defectos no ruinógenos, para los que establece un plazo de garantía de tres años, los siguientes: «*vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3*». Ahora bien, técnicamente la accesibilidad no debe quedar comprendida en esta última categoría de defecto no ruinógeno, que solo se refiere a los requisitos de habitabilidad, lo que abunda en su consideración de defecto del más alto nivel de gravedad y garantía.

El concepto de ruina, que arranca del artículo 1591 del Código Civil, ha venido experimentando un impulso y revisión constante, doctrinal y jurisprudencialmente, impuestos por la realidad social del momento a la que deben acomodarse las normas jurídicas (art. 3.1 CC). Conforme a este permanente y razonable proceso de revisión, el concepto de ruina comprende no solo la que

[15] Cfr., a este respecto, las Disposiciones Transitorias Primera a Tercera del Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

afecta a la totalidad del inmueble sino a las partes del mismo, incluso no solo el hundimiento sino el deterioro progresivo del edificio. En lo que ahora nos interesa, por ruina se entiende tanto a la destrucción real del inmueble (ruina material) como a aquellos defectos que sin llegar a poner en peligro la solidez y la estabilidad del edificio van más allá de las imperfecciones que cabe esperar de una obra de gran complejidad y envergadura, haciéndolo inútil para ser empleado de acuerdo con la finalidad que le es propia, o, incluso, obstaculicen o dificulten gravemente dicho uso, aunque no quede convertido materialmente en ruinas ni comprometida su estabilidad (ruina funcional)[16].

En resumen, para definir la ruina funcional no es preciso que los vicios determinen la ruina técnica o económica, o supongan un riesgo de caída, derrumbamiento o degradación insostenible. Lo importante es que el vicio convierta al objeto construido en inidóneo para el cumplimiento del fin previsto y su utilización como vivienda.

Como muy bien advierte Díaz Barco, la funcionalidad y, con mayor claridad, la accesibilidad, se contemplan en la LOE como un requisito básico objeto de una especial preocupación —así en su Exposición de Motivos—, por lo que resultaría incoherente no garantizar al máximo nivel los defectos que afecten a la funcionalidad del edificio haciéndolo impropio para el fin a que se destina[17], especialmente cuando no existen los elementos constructivos necesarios que garantizan la accesibilidad[18].

Así, por ejemplo, la ausencia de ascensor en un inmueble se ha considerado un supuesto de ruina funcional en la SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 7 de noviembre de 2007, sobre la base de la inaplicación de normas técnicas para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, «ya que su falta impide el acceso a las zonas comunes del edificio a personas con movilidad reducida». En parecidos términos ha merecido igual reproche «la inadaptación a la normativa de accesibilidad en los accesos a la terraza visitable de cubierta al no haberse previsto rampas en el lado exterior de las puertas de acceso» (SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 30 de enero de 2008); y, en definitiva, el hecho de haber «quedado atrapados en una vivienda que no reúne las condiciones necesarias para la atención adecuada que requiere su hijo que sufre una enfermedad neuromuscular grave» (SAP de Valencia, Sección 8.ª, de 22 mayo de 1997).

---

[16] Entre otras muchas, pueden citarse en esa misma dirección las SSTS de 7 de marzo de 2000 y 8 de febrero de 2001.

[17] Díaz Barco, F., *Manual de Derecho de la Construcción*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 160-161.

[18] La ausencia de elementos constructivos necesarios, exigidos por la norma, ha sido considerado tradicionalmente como vicio ruinógeno. Sobre este último particular resulta interesante: Estruch Estruch, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, pág. 93.

Debe además señalarse que las diversas acciones para exigir la responsabilidad civil derivada de un defecto ruinógeno de accesibilidad son compatibles entre ellas, tal y como señala, a título de ejemplo, la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 30 de junio de 2005.

En esta última dirección, la jurisprudencia admite la compatibilidad del ejercicio de la acción por ruina funcional del artículo 1591 del Código Civil, con las de cumplimiento o resolución contractual del artículo 1124 de ese mismo texto legal, o por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101. En todos estos casos corresponderá al perjudicado optar por aquella opción que considere que mejor protege sus intereses, en la medida en que ningún precepto legal exige plantear una acción determinada con preferencia a otra.

En esta última tesis abunda claramente el artículo 17.9 LOE, al señalar que «*Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa*». Ello resulta de especial interés de cara a la determinación del plazo de prescripción, de dos años cuando se trata del ejercicio de las acciones previstas en la LOE (art. 18); y de quince años cuando se trata de exigir responsabilidad por incumplimiento contractual (art. 1964 CC), todo ello en interés del discapacitado perjudicado.

2. Hábitat privado existente

A) *Adaptación del edificio a criterios de accesibilidad: Los ajustes razonables*

Como muy bien advierte González Carrasco[19], en el ámbito de aplicación de las normas antes citadas, relativas a edificios de nueva construcción fundamentalmente, no se encuentran los edificios ya construidos, si bien los criterios establecidos para los mismos se tendrán que tener en cuenta cuando se acometan obras de reforma, ampliación, modificación y, en definitiva, la rehabilitación del inmueble[20].

Acabamos de señalar que solo cuando se realicen obras de rehabilitación en un inmueble ya existente, para las cuales se haya solicitado licencia admi-

[19] Carrasco Perera (A.), Cordero Lobato (E.) y González Carrasco (M.ª C.), *ob. cit.,* pág. 91.

[20] Dice la Disposición Final Novena de la ley 51/2003, que el Gobierno aprobará, según lo previsto en su artículo 10, unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y las edificaciones, que serán obligatorias en el plazo de cinco a siete años desde la entrada en vigor de esta Ley para los espacios y edificaciones nuevos y en el plazo de doce a catorce años *para todos aquellos existentes que sean susceptibles de ajustes razonables*.

nistrativa a partir del 11 de septiembre de 2010, las exigencias de accesibilidad descritas en el Código Técnico de la Edificación y en los Documentos Básicos de desarrollo tendrán carácter obligatorio.

Ahora bien, la regulación de las condiciones de no discriminación y de accesibilidad universal ha de abarcar el máximo número de ámbitos y ha de garantizar un ejercicio máximo del derecho[21]. Cobra por tanto en este contexto especial relevancia la necesidad de realizar ajustes razonables, en la medida en que la adaptación deberá acomodarse a un escenario prefijado de antemano de forma física u objetiva que variará en cada caso concreto.

En realidad, la implantación de los modernos requisitos de accesibilidad contemplados fundamentalmente en el «Documento Básico SUA 9: Seguridad de Utilización y Accesibilidad» antes mencionado, exigirá siempre la realización de ajustes en el inmueble de mayor o menor extensión o entidad.

El techo a dichas posibles alteraciones lo fija la propia ley conforme al concepto jurídico de «ajustes razonables». Una interpretación auténtica de dicho concepto la hallamos en la propia ley. Así, el artículo 7.b) de la Ley 51/2003, señala que constituyen ajustes razonables: «*las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos*».

Los ajustes razonables constituyen, en esta primera dimensión, una garantía en la medida en que permiten, en cada caso concreto, asegurar la eficacia del principio de accesibilidad universal cuando la medida no llega a la situación particular personal de la persona con discapacidad. A decir verdad que en muchas ocasiones el proceso de implantación de medidas de accesibilidad universal y diseño equitativo, de alguna manera, fracasan, por no lograr su objetivo declarado al no poder adaptarse al entorno en el que se pretende implantar, por una razón fundamentalmente material.

El principal problema lo encontraremos en aquellos casos en que el derecho a exigir la realización de ajustes razonables para conseguir la plena accesibilidad entra en conflicto con otros derechos, como el de propiedad privada de un tercero, o la necesidad de obtener el previo consentimiento cuando el ajuste debe realizarse en los elementos comunes o compartidos del inmueble. Resultará pues preciso analizar cada caso concreto, si bien, como luego veremos, la propia ley atribuye en ocasiones a los interesados la posibilidad de acudir al juez de instancia para que valore la idoneidad de la medida.

---

[21] Palacios, A., «El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas,* Dykinson, Madrid, 2004.

Las medidas contra la discriminación podrán consistir en exigencias de exigibilidad y de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables. Con ello se pretende, en definitiva, dar igualdad de oportunidades a los discapacitados y por ende superar los obstáculos y condiciones limitativas que en una sociedad concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos con discapacidad, lo que comporta alcanzar lo que la norma entiende por accesibilidad universal.

Ajustar, adaptar en definitiva, no es una tarea fácil, lo que debe conducirnos a reclamar un desarrollo reglamentario de aquello en lo que debe consistir la realización de ajustes razonables de cara a la implantación de criterios de accesibilidad.

B) *El Derecho Civil como herramienta para la implantación de medidas de accesibilidad en inmuebles de uso privado*

En inmuebles residenciales de uso privado corresponde al Derecho Civil suministrar las herramientas necesarias para los propietarios o los interesados puedan implantar medidas de accesibilidad, así como para resolver las controversias que con aquel motivo se susciten entre las partes implicadas.

En el amplísimo conjunto de edificios privados ya construidos en España, el marco jurídico aplicable lo constituye fundamentalmente la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, así como la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreas arquitectónicas. Su ámbito de aplicación será en consecuencia el hábitat privado ya existente. A tal fin, una y otra ley constituyen el conjunto de herramientas que el Derecho privado pone a disposición de los propietarios y usuarios del inmueble para, en consecuencia, adaptar el edificio a las necesidades de accesibilidad universal respecto de todos sus integrantes en condiciones de igualdad.

Junto a dichas disposiciones especiales no hay que olvidar las reglas relativas a las comunidades de bienes de base romana a las que se sujetan algunos inmuebles de uso colectivo (arts. 392 y sigs. CC), sin perjuicio de que algunas instalaciones puntuales de especial interés que pueden llegar a configurarse como un «elemento procomunal», esto es, como pertenecientes solo a un grupo de propietarios. Además, no hay que obviar la posibilidad de contemplar servidumbres de interés general en garantía del principio de accesibilidad, aspectos todos ellos que encuentran su regulación fundamentalmente en el Código Civil; sin olvidar que en el Régimen jurídico de la propiedad horizontal, llegado el caso, también resulta posible prever cláusulas incorporadas a los Estatutos de la comunidad con aquel objetivo[22].

[22] Los Estatutos de la comunidad son la herramienta idónea para personalizar derechos de cara a un propietario o a un grupo de ellos, también de cara al ejercicio de facultades que puedan tener que ver con la accesibilidad dentro y fuera de su espacio privativo. Dice así

La ley contempla la posibilidad de que los propietarios, a título individual, puedan realizar las adaptaciones o modificaciones necesarias en su espacio privativo siempre que no altere la configuración del inmueble. Este el caso del artículo 7.1 LPH. Cada propietario tiene así derecho a modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso o local, siempre que respete una serie de límites impuestos por la propia Ley, consistentes en no menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudicar los derechos de otro propietario[23]. De esta forma, la adaptación o modificación que se le permiten realizar al propietario de cada piso o local habrá de serlo dentro, como es obvio, de sus límites perimetrales[24]. Sin embargo, generalmente la garantía del derecho de accesibilidad exigirá también la intervención fuera del espacio privativo. De ahí la necesidad de acudir a las normas del Derecho Civil para resolver estos posibles escenarios de conflicto.

En definitiva, el problema lo hallaremos fundamentalmente cuando el ajuste razonable necesario para garantizar la accesibilidad del propietario o usuario del edificio compromete los espacios comunes, sociales o colectivos, o incluso, llegado el caso, a la propiedad privativa de terceros. Vayamos por partes.

V. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Obligatoriedad o adaptación voluntaria

Dice el artículo 10.1 LPH que: «*Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad*». Para la determinación de dichas condiciones hay que acudir a lo dispuesto en el Derecho de la Edificación, que le sirve de necesaria referencia y complemento[25].

---

el artículo 5 LPH que: «*El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».*

[23] SAP de Pontevedra, Sección 5.ª, de 1 de febrero de 2000.

[24] Por poner un ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 9.ª, de 18 de julio de 2007, declara que no puede entenderse que las facultades de que el artículo 7.1 LPH permiten al dueño del piso o local realizar obras sin ningún tipo de limitación, toda vez que el artículo citado entre las limitaciones que recoge se encuentra el que las modificaciones no perjudiquen los derechos de otros propietarios.

[25] A este respecto no compartimos el criterio de que el artículo 10.1 LPH establece «conceptos jurídicos indeterminados» —como sostienen Dorrego de Carlos (A.) y Aranda

Ahora bien, el hecho que el artículo 10.1 LPH señale que la comunidad deba realizar en el inmueble aquellas obras necesarias para que reúna las debidas condiciones de accesibilidad no significa —paradójicamente— que la comunidad deba acometerlas necesariamente, ni tan siquiera a su costa, salvo cuando se cumpla lo establecido en los artículos siguientes de esa misma ley, relativos a los requisitos de los solicitantes y al proceso a seguir para aprobar o autorizar la adaptación.

En primer lugar, el solicitante deberá acreditar la necesidad de las actuaciones o instalaciones a realizar, así como la condición de discapacitado[26] o de mayor de setenta años.

Ciertamente la dicción del artículo 10.1 LPH es criticable en este y otros puntos, pues en realidad las únicas obras de accesibilidad que, conforme al mismo, la comunidad debe acometer obligatoriamente son las contempladas en el artículo 10.2 LPH, es decir, una pequeña parte, conforme a lo señalado de la siguiente forma:

«*Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las actuaciones y obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.*

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación cuando la unidad familiar a la que pertenezca alguno de los propietarios, que forman parte de la comunidad, tenga ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), excepto en el caso de que las subvenciones o ayudas públicas a las que esa unidad familiar pueda tener acceso impidan que el coste anual repercutido de las obras que le afecten, privativas o en los elementos comunes, supere el 33 por 100 de sus ingresos anuales».

Más que tratar de garantizar y facilitar el acceso al espacio privativo —vivienda, local o despacho— a aquellas personas discapacitadas que mantienen una relación de servicios o de convivencia con el propietario —lo que no deja

---

ESTÉVEZ (J. L.), en *Derecho de la Propiedad Horizontal*, CISSPRAXIS, Barcelona, 2000, pág. 249—, que engloban el abanico de todas las posibles deficiencias, dados los términos en que dichos conceptos son objeto de desarrollo en la LOE y su normativa de desarrollo.

[26] Cfr. Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. No obstante, en el régimen de propiedad horizontal el criterio de discapacidad tradicionalmente usado no se ha hecho depender tanto de la acreditación oficial de la minusvalía sino del criterio objetivo generalmente de falta de movilidad o movilidad reducida.

de ser un supuesto de hecho un tanto complicado aunque loable—, la voluntad primigenia del legislador parece haber sido en este punto la de considerar como obligatorias para la comunidad aquellas obras o medidas de accesibilidad de coste reducido, por debajo del razonable techo de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, tomando como referencia el presupuesto anual de la comunidad. El resto de obras o instalaciones con un coste superior, quedarían sometidas a la regla general, es decir, al proceso de su aprobación por la comunidad, de donde podría resultar su aceptación o rechazo, con las consecuencias que analizamos en el siguiente apartado.

Lo primero que llama la atención del citado precepto es su deficiente redacción. De hecho, al no contemplarlo expresamente, está excluyendo como posible solicitante de la adaptación al mismo propietario que siendo discapaz, o mayor de setenta años, en realidad no convive con otros discapacitados o no recibe la prestación o atención de personas con discapacidad en su propio domicilio, lo que resulta ininteligible. Una interpretación restrictiva del precepto conduciría a discriminar al propio titular del inmueble que vive solo, al propietario discapacitado en cuyo entorno inmediato pueden no existir otros discapacitados, familiares o no, lo que no deja de constituir, en cierta forma, una interpretación *ad absurdum*.

El párrafo segundo del artículo 10.2 LPH, relativo a la no aplicación de la obligación de ejecutar la adopción cuando la unidad familiar a la que pertenezca alguno de los propietarios tenga ingresos anuales limitados, teniendo en cuenta a su vez las subvenciones recibidas, resulta artificioso y de difícil entendimiento para la mayoría de los propietarios, por el complejo cálculo que entraña.

En nuestra opinión, de *lege ferenda*, hubiera resultado más razonable definir en función de su coste un conjunto de obras o medidas de accesibilidad que, conforme al artículo 10.1 LPH, resultarían obligatorias en todo caso —por ejemplo, todas aquellas cuyo importe se encuentre por debajo de la cuota ordinaria anual de la comunidad—, debiendo seguir el resto de obras o medidas de coste más elevado el proceso de aprobación de la comunidad en la forma que se establece a continuación. Este sistema resulta mucho más claro y práctico, comprensible por los destinatarios a los que va dirigida la Ley de Propiedad Horizontal. No olvidemos que esta Ley no va dirigida a especialistas del Derecho, sino al conjunto de la ciudadanía española que reside en comunidades de vecinos de la más variada naturaleza.

2. El proceso de adaptación de las comunidades de propietarios a criterios de accesibilidad

A) *Requisitos del solicitante*

Cualquier persona discapacitada o mayor de setenta años puede solicitar la adaptación de los elementos e instalaciones comunes del inmueble y su acomodación al principio de accesibilidad universal. Efectivamente, en su actual redacción, el artículo 10.2 LPH contempla como solicitantes y beneficiarios de las medidas de accesibilidad a las *personas con discapacidad, o mayores de setenta años*. El cumplimiento de dicho requisito es enteramente obligatorio[27].

Antes de la reforma introducida en la LPH por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la doctrina discutía si solo los minusválidos podían ser acreedores de tales medidas o, por el contrario, debía entenderse por personas con minusvalía únicamente aquellas que así habían sido declaradas como tal administrativamente.

Como hemos advertido anteriormente, corresponde al Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, determinar la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. No obstante, sobre este último particular resulta interesante lo señalado por la SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 16 de noviembre de 2007, para la que el concepto de minusvalía resultaba independiente del concepto administrativo que delimita su reconocimiento en dicho ámbito, en cuanto, debía incluirse a personas aquejadas de dolencias que no determinen estrictamente su invalidez a efectos laborales o a personas de edad avanzada. A este respecto, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, así como la misma LPH —en su anterior redacción— aludía a personas con minusvalía en relación con la dificultad de acceso y movilidad. A todo ello se añadía que la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre Límites del Dominio sobre Inmuebles para Eliminar Barreras Arquitectónicas a las Personas con Discapacidad, garantizaba de los derechos comprendidos en su ámbito de aplicación a los mayores de setenta años, lo que abundaba en el entendimiento de que lo fundamental era considerar las dificultades físicas relevantes que requieran facilidades para su acceso o circulación, dejando tan solo fuera de su ámbito de protección a las pretensiones asentadas en el mero capricho o conveniencia.

Hoy en día, la redacción del artículo 10.2 LPH no debe añadir nada más a este debate. Efectivamente, conforme al artículo 12 de la Ley 51/2003, de

[27] STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 5 de octubre de 2011.

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tras su reforma por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que una interpretación auténtica, cabe calificar como personas discapacitadas a «*aquellas que presenten 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 los demás*». No obstante, en nuestra opinión, el precepto en este ámbito exige una lectura flexible que huya de formalismos, de forma que debe mantenerse en valor la jurisprudencia que en el ámbito de la propiedad horizontal se ha referido con anterioridad al término «minusválido» en términos flexibles equiparándolo al mayor de setenta años[28].

Por lo demás, el hecho de ser mayor de setenta años constituye un dato objetivo que puede acreditarse sin necesidad de aportar un certificado expedido por el Encargado del Registro Civil sobre la inscripción de nacimiento, bastando la presentación del Documento Nacional de Identidad u otros documentos oficiales en los que se acredite la edad[29]. La ley estaría estableciendo a estos efectos una presunción de que cualquier persona mayor de esa edad adolece de problemas de movilidad otros motivos impeditivos que justifican la solicitud, sin admitir prueba en contrario. Le bastará pues al solicitante demostrar su edad sin que necesariamente tenga que probar además una deficiencia que justifique la discapacidad.

---

[28] Dice la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 3 de diciembre de 1999, que el término minusvalía «debe interpretarse con arreglo a la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles, para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, en cuyo artículo 3.2 establece que los derechos que la ley reconoce a las personas con minusvalía podrán ejercitarse por los mayores de setenta años, sin que sea necesario que acrediten su discapacidad con certificado de minusvalía, y en la comunidad de propietarios demandada, según consta en el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento, aparecen cuatro vecinos mayores de setenta años». Así, a semejanza de lo que se hace en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, deben equipararse, a los minusválidos, todas las personas mayores de setenta años no minusválidas. A favor de la equiparación de los mayores de setenta años se pueden citar las SSTS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 22 de noviembre de 1999, y de 5 de julio de 1995, así como la mayoría de la doctrina.

[29] Dice a estos concretos efectos la SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 29 de septiembre de 2004, que en la ley no existe como única forma de justificar la edad la certificación del Registro Civil, estableciéndose en tal sentido una alternativa u opción. De este modo, la justificación de la edad puede fijarse por cualquiera de los dos medios establecidos por el legislador, y por ello debe considerarse suficiente la aportación del Documento Nacional de Identidad, instrumento de carácter oficial, que es emitido por la Dirección General de la Policía, acreditativo de la personalidad de su titular que justifica su identidad, mientras no se demuestre lo contrario, como enuncia el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio, que en su Disposición Adicional Primera, afirma servir para acreditar entre otros extremos, la fecha de nacimiento y por deducción de esta última, la edad.

De esta forma, podrá ser beneficiario o solicitante cualquier persona que acredite por cualquier medio su discapacidad y, en todo caso, sin necesidad de ser discapacitado, los mayores de setenta años. Además, bastará con que en la comunidad de propietarios exista una persona mayor de setenta años o, no existiendo esta, que acredite su discapacidad, para permitir que esta pueda tratar el asunto de la adopción de una medida de accesibilidad, en el orden del día de una junta de propietarios al efecto, como motivo de la *supresión de barreras arquitectónicas,* lo que significará que para la adopción de acuerdo sea suficiente el acuerdo de la mayoría del total de los propietarios que a su vez represente la mayoría de la cuotas de participación previsto en el artículo 17.1 LPH.

B) *Con autorización de la comunidad de propietarios*

Como regla general, la realización de una obra o instalación que tenga por objeto adaptar el inmueble a criterio de accesibilidad —supresión de barreras arquitectónicas— debe ser previamente tratada y consentida por la comunidad de propietarios, salvo en aquellos casos en que la ejecución resulte obligatoria, en cuyo caso debería bastar una puesta en conocimiento de la comunidad por su presidente y que esta manifieste su visto bueno.

No hay que olvidar que la forma a través de la cual la comunidad de propietarios manifiesta su voluntad es mediante acuerdos de la junta de propietarios convocada al efecto [arts. 14.b) y e) y 16 LPH], siendo el presidente un mero ejecutor de sus decisiones[30].

Señala, a este respecto, el segundo párrafo del artículo 17.1 LPH que «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación*». Es precisamente mérito de la Ley 3/1990, de 21 de junio, el haber eliminado la rigurosa exigencia de la unanimidad, contestada con insistencia desde la doctrina y la jurisprudencia, adaptando la norma a la realidad social de estos nuevos tiempos.

A ello añade el inciso último del artículo 17.1 LPH, que «*Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios*».

---

[30] Como dice la SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 1999, el presidente carece de legitimación para actuar extrajudicialmente en materia de contratos que afectan a los copropietarios, cuando estos no han adoptado acuerdo alguno al respecto, así como cuando no le han facultado para que contrate como tenga por conveniente.

En nuestra opinión, cuando el precepto hace referencia a la *supresión de barreras arquitectónicas* hay que entenderlo en el contexto de la adaptación a los criterios de accesibilidad. No hay que olvidar que estos aparecen fijados fundamentalmente en el Documento Básico «DB-SUA 9: Seguridad de Utilización y Accesibilidad», al que se refiere el artículo 12.9 del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. De ahí que para conferirle un mayor rigor técnico resulte aconsejable, de *lege ferenda*, que esta disposición prevea en lo sucesivo como finalidad la «adaptación del inmueble a las exigencias básicas de accesibilidad de personas discapacitadas o mayores de setenta años» en lugar de «supresión de barreras arquitectónicas que dificulte el acceso o movilidad de personas con minusvalía», en consonancia con la última reforma de la LPH en esta materia y el entorno normativo en el que actualmente se desenvuelve el principio de accesibilidad universal tras la Convención del año 2010.

Al tratarse de una mayoría cualificada, debe advertirse que conforme al artículo 17.1 LPH, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9 LPH, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita constancia de la recepción.

La justificación del acuerdo no solo hay que encontrarlo en el hecho de que existan personas minusválidas, en el amplio sentido que la jurisprudencia viene dando en este contexto a dicho concepto, sino también, como venimos insistiendo, por la existencia en el inmueble de propietarios mayores de setenta años[31].

En cuanto a las obras o servicios a aprobar los supuestos más habituales son la instalación del ascensor[32], aunque implique la modificación del título o estatutos; aparatos elevadores o «salva escaleras»[33], así como rampas[34], eliminación de escaleras, escalones[35] u otros obstáculos en el recorrido o itinerario que desea convertirse en practicable. Eso no significa que no puedan quedar incluidos otros supuestos —la LPH no contiene una lista cerrada—, como la implantación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior u otras exigencias básicas normalizadas.

---

[31] SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 25 de enero de 2012.

[32] SSTS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2008; 13 de septiembre de 2010, 10 de octubre y 8 de noviembre de 2011, entre otras.

[33] SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 6 de febrero de 2008; o SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 22 de junio de 2010.

[34] SAP de Granada, Sección 3.ª, de 27 de abril de 2005; SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 12 de septiembre de 2005; o SAP de Guadalajara, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2011.

[35] SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 10 de octubre de 2005; o SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 26 de febrero de 2010.

C) *Sin autorización de la comunidad de propietarios: La vía de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreras arquitectónicas*

Cuando nos hallamos ante una obra o instalación dirigida a adaptar el espacio común a criterios de accesibilidad, por residir en el inmueble personas discapacitadas o mayores de setenta años, y la comunidad se niega a tratar el asunto como un punto en el orden del día o rechaza frontalmente la realización de la adaptación a sus expensas, la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreras arquitectónicas, establece un procedimiento especial para que el solicitante pueda conseguir llevar a buen fin la adecuación propuesta.

El ámbito de aplicación de esta norma va más allá del régimen de la propiedad horizontal. En realidad, se trata de situaciones en las que se ha producido un fracaso de las herramientas ofrecidas por la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, o la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, para solucionar el problema planteado.

En efecto, como dice su Exposición de Motivos: «la presente Ley pretende dar un paso más en este camino, ampliando el ámbito de la protección y estableciendo un procedimiento que tiene como objetivo, que el interesado y el propietario o la comunidad o mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación». La consecuencia fundamental en este caso es que si bien el solicitante puede ver atendido su derecho, el coste de la instalación deberá ser asumido por su parte en su totalidad.

En cuanto al ámbito subjetivo de la norma, conforme al artículo 21 de la ley, dispone que serán beneficiarios «*quienes, padeciendo una minusvalía de las descritas en el artículo siguiente, sean titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios, o sean usuarios de las mismas*». Por tanto, dicho ámbito va más allá del simple propietario, extendiéndose a todos aquellos que ocupen la vivienda por cualquiera de los títulos descritos, así como por otros «usuarios»[36]. Persona minusválida será aquella que hemos visto anteriormente en un sentido flexible. Hay que tener en cuenta que esta Ley extiende sus efectos a toda «persona mayor de setenta años», sin necesidad de que tenga la consideración de minusválido o discapacitado (art. 1.3).

[36] La Ley realiza una interpretación auténtica del concepto «usuario», teniendo tal consideración solo el cónyuge, la persona que conviva con su titular de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, y los familiares que con él convivan (art. 2.2).

Necesariamente deberán concurrir dos requisitos básicos: que el solicitante sea «*el titular o el usuario de la vivienda, minusválido con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas*» [art. 3.a)].; y que las obras de reforma que sean «*necesarias* […], *no afecten a la estructura o fábrica del edificio*» —lo que resultará muchas veces prácticamente imposible— y «*sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio*» [art. 3.b)].

En esta última dirección, el artículo 12 de dicha ley —que no debe considerarse un *numerus clausus*—, contempla como obras de adecuación cualquiera que tenga por objeto realizar la adaptación a criterios de accesibilidad de los espacios residenciales privativos y comunes, es decir, «*que impliquen reformas en su interior, si están destinadas a usos distintos del de la vivienda, o modificación de elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior*». De cara a poner de relieve la necesidad de la adaptación, el precepto debe ponerse en relación, una vez más, con las exigencias de accesibilidad contemplada en el Código Técnico de la Edificación y sus Documentos Básicos de desarrollo, normas a las que también nos hemos referido anteriormente.

Por lo demás, los artículos 4 a 6 de la Ley 15/1995 describen el proceso que, a grandes rasgos, comenzará con un escrito de notificación de ejecución de las obras dirigido a la comunidad de propietarios, al que obligatoriamente se acompañará las certificaciones que acrediten la condición de minusválido o la edad del solicitante, así como «*el proyecto técnico detallado de las obras a realizar*». La jurisprudencia es especialmente rigurosa en el cumplimiento de estos requisitos formales[37].

Recibida la notificación, la comunidad deberá responder al solicitante en el plazo de sesenta días, autorizando las obras u oponiéndose a las mismas, constituyendo el silencio una aceptación tácita a dichas obras. Si la comunidad deniega la autorización el solicitante podrá acudir al juez a través del trámite del «Juicio verbal», quien «*dictará sentencia reconociendo el derecho a ejecutar las obras en beneficio de las personas discapacitadas, pudiendo, no obstante, declarar procedente alguna o parte de las alternativas propuestas por la parte demandada*» (art. 6.1).

---

[37] La jurisprudencia considera el cumplimiento de estos requisitos como fundamental: SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 31 de julio de 2000; y SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 16 de julio de 1998.

Por último, conforme al artículo 7, los gastos que originen las obras de adecuación de los elementos comunes «*correrán a cargo del solicitante de las mismas, sin perjuicio de las ayudas, exenciones o subvenciones que pueda obtener*». Las obras quedarán en beneficio de la propiedad de la finca urbana, si bien, en el caso de reformas en el interior, el propietario podrá exigir su reposición al estado anterior.

3. La accesibilidad como obra necesaria, de mejora o privativa: la cuestión de la imputación del gasto

A grandes rasgos, en las comunidades de propietarios cabe distinguir tres grupos de gasto que tienen que ver con la ejecución de obras de accesibilidad:

a) Sin necesidad de autorización previa por la comunidad

Se trataría de las obras de accesibilidad, propiamente dichas, a las que se refiere el artículo 10.1 LPH, y, por tanto, exigibles en todo caso. Comprende los gastos relativos a obras de adaptación que los comuneros deben asumir en cualquier momento, siempre que no superen las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes y sean solicitados «*a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años*» (art. 10.2 LPH). En tal supuesto, efectuada la solicitud, debería ser suficiente la comunicación por el presidente a la junta de propietarios a los efectos de que ésta tome conocimiento de la obligatoriedad de su ejecución para adoptar una decisión.

b) Con necesidad de autorización previa por la comunidad

Son todas aquellas obras de adaptación que proponen los propietarios, como la instalación del ascensor, que deben ser tratadas por la comunidad de propietarios como *supresión de barreras arquitectónicas,* conforme a lo establecido en el artículo 17.1 LPH. A estas obras se refiere el artículo 11.3 LPH al señalar, como regla especial en estos casos, que «*Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes*».

Cuando la comunidad autoriza la instalación de un ascensor o la ejecución de una rampa como medida de accesibilidad, no nos hallamos ante una nueva instalación no exigible o ante una mejora no necesaria, por lo que no resulta

de aplicación la regla general comprendida en el artículo 11.2 LPH. El gasto deberá repartirse entre todos los propietarios, como regla, conforme a su cuota de participación, conforme a lo establecido en el artículo 9.1.c) LPH. En consecuencia, las obras de accesibilidad nunca tienen el tratamiento de meras mejoras no exigibles o de innovaciones no necesarias.

Por poner algunos ejemplos, las SSTS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 20 de octubre de 2010, 18 de diciembre de 2008 y 11 de febrero de 2009, entre otras, se han referido concretamente a la cuestión de la instalación de un ascensor en un inmueble comunitario en su consideración de medida de accesibilidad necesaria. Ello justifica el que el pago de la instalación deba realizarse por todos los comuneros conforme a la exigencia de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. La instalación redunda en beneficio, sin excepción, de todos los propietarios, e incrementa el valor del edificio, por lo que «resultaría abusivo que la contribución a su pago no tuviera que ser asumida por todos los condueños».

Efectivamente, la obligatoriedad del acuerdo sobre la instalación de un servicio de interés general de tal naturaleza tiene alcance equivalente al derivado del acuerdo unánime de modificación del título constitutivo o los estatutos, conforme al último párrafo del artículo 17.1 LPH. Así lo corrobora, de un lado, la obligación de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento de los servicios del inmueble «*sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.2 de esta Ley*» (art. 9.2 LPH), y la progresiva exigencia administrativa de servicio de ascensor para los nuevos edificios a partir de un determinado número de plantas, lo que a su vez no puede desligarse del constante aumento de la esperanza de vida en la población española (SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2009).

Una situación particular plantean los locales, bajos o lonjas comerciales respeto de su participación en el coste de instalación del ascensor y su posterior mantenimiento, especialmente cuando el ascensor es una instalación *ex novo* de forma que los Estatutos nada han podido prever sobre el mismo. A este respecto, la jurisprudencia más tradicional insiste mayoritariamente en la obligación de participación en tal gasto. Como dice la SAP de Navarra, Sección 1.ª, de 17 de noviembre de 2011, en esta tesitura y de conformidad con lo dispuesto en la ley y en el último párrafo de la regla 1.ª del artículo 17.1 LPH, aun siendo propietario de un local comercial que por su titularidad dominical privativo no va a hacer uso del ascensor, se encuentra obligado no solo al cumplimiento de dicho acuerdo sino también a contribuir con su cuota parte a los gastos de instalación del ascensor. A falta de previsión estatutaria de exención de la obligación legal de contribuir al coste que representa el servicio común de interés general que supone la instalación del ascensor, debe prevalecer la obligación de contribuir a los gastos de instalación en la medida en que no

existe normativa estatutaria que le exonere de contribuir a los propios gastos de instalación del ascensor[38].

c) Cuando no siendo obligatorias para la comunidad es el propietario o un grupo de propietarios quienes promueven directamente la adaptación

Ante la negativa de la comunidad a autorizar o consentir la adaptación —o siquiera a tratar el asunto en el orden del día como una obra a ejecutar por la propia comunidad—, el propietario, o grupo de propietarios interesados, puede acudir a la vía facilitada por la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites de dominio y supresión de barreras arquitectónicas, con la consecuencia de que el artículo 7 de la misma atribuye los gastos de aquellas obras al solicitante de las mismas, y no a los comuneros, sin perjuicio de las ayudas, exenciones o subvenciones que aquel pueda obtener.

4. La necesidad de ocupación de los espacios privativos: las servidumbres de interés general

La adaptación del inmueble a criterios de accesibilidad exige, en ocasiones, ocupar parcialmente espacios privativos o limitar otros derechos y servidumbres de luces y vistas ya existentes. Ello ocurre especialmente cuando se trata de medidas de gran envergadura como el ascensor.

La supresión de barreras arquitectónicas exige la realización de «ajustes razonables» en el inmueble, y tal y como dispone el artículo 7.b) de la Ley 51/2003, resulta necesario adecuar el medio físico común, pero también el privativo siempre y cuando la carga no resulte desproporcionada.

El problema en estos casos radica fundamentalmente en determinar si el derecho a instalar, por ejemplo, un ascensor y, en consecuencia, a adaptar el inmueble a criterios de accesibilidad, constituye un derecho de la comunidad sin limitaciones. Así entendido, podría entenderse que sin otros requisitos que la obtención del quórum necesario exigido en el artículo 17.1 LPH (tres quintas partes del total de los votos y de las cuotas), se podría obligar a cualquier copropietario a ceder parte de la propiedad de su local, o el derecho exclusivo a usar un elemento común, como un patio interior, para la instalación del ascensor, lo que constituiría una verdadera acción expropiatoria.

A este respecto, la actual jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es claramente favorable a la ocupación, previa indemnización en su caso.

---

[38] En esa misma dirección, puede citarse la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2008.

En efecto, como explica la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 10 de octubre de 2011, la cuestión relativa a la ocupación de elementos privativos para realizar obras de accesibilidad exige, en primer lugar, ponderar los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar, por ejemplo, un ascensor. Ello exige tener en cuenta el alcance de la afección sobre el elemento privativo que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento independiente y su valor económico, mas allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 del Código Civil, y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que conlleve una desaparición de la posibilidad de aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3.a) de la Ley (STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2010).

Hasta recientes fechas ha existido una abundante jurisprudencia en sentido contrario a la ocupación por parte de las Audiencias Provinciales[39]. La reciente doctrina del Tribunal Supremo ha superado dicha interpretación al pronunciarse concretamente respecto a la compatibilidad del derecho de servidumbre con la ocupación de una parte de un bien privativo a fin de instalar un ascensor. Así, la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2008, califica como servidumbre esta ocupación y declara que será suficiente la mayoría exigida para la supresión de las barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía prevista en el artículo 17.1 LPH.

Conforme a esta regla se estaría permitiendo a la comunidad imponer servidumbres para la creación de servicios de interés general con, en su caso, el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios[40]. La constitución de esta servidumbre es pues factible aun cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurran las mayorías exigidas. En definitiva —como señala la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2010—, «la ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo».

---

[39] SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 21 de septiembre de 2011; SAP de Madrid, Sección 8.ª, de 11 de abril de 2011; SAP de Cantabria, Sección 4.ª, de 23 de mayo de 2006; y SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 1 de febrero de 2002.

[40] Dice a este respecto el artículo 9.1.c) LPH, que es obligación de cada propietario: «*Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados*».

Por todo lo expuesto, en conclusión, queda fijada como doctrina jurisprudencial que la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurran las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado, y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo[41].

5. La accesibilidad universal en el Libro V del Código Civil de Cataluña

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2006 de 10 de mayo, que aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, este constituye el ordenamiento civil regulador de las comunidades de propietarios en inmuebles ubicados en aquel territorio, de modo que la única regulación aplicable es el citado Código. Su eficacia territorial se encuentra afirmada por el artículo 111-3.1 que establece que: «*El Derecho Civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*». En definitiva, tratándose de la adaptación de un inmueble a criterios de accesibilidad, no será de aplicación la Ley 40/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, ello sin perjuicio del valor interpretativo que pueda tener dado su carácter de antecedente reconocido por el propio Código Civil catalán[42].

Señala a este respecto el artículo 553-25.5.a) del Código catalán, que será suficiente el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que deben representar la mayoría de las cuotas de participación, en primera convocatoria, o la mayoría de las cuotas de los presentes y representados, en segunda convocatoria, para adoptar acuerdos que tengan por objeto «*la ejecución de obras o el establecimiento de servicios que tienen la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas o la instalación de ascensores*».

Por su parte, añade el artículo 553-30.3 del mismo Código que: «*Los acuerdos relativos a la supresión de barreras arquitectónicas o a la instalación de*

---

[41] En esa misma dirección puede citarse una abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 24 de marzo de 2011; SAP de Madrid, Sección 19.ª, de 28 junio de 2010; SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 22 de noviembre de 2010; SAP de Tarragona, Sección 3.ª, de 20 de abril de 2010; o SAP de Cuenca, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2009; o SAP de Huelva, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 2006, entre otras muchas.

[42] Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de diciembre de 2012.

ascensores y los que sean precisos para garantizar la accesibilidad, habitabilidad, uso y conservación adecuados y la seguridad del edificio se rigen por lo establecido por el apartado 1»; lo que por la remisión significa que «*Los acuerdos obligan y vinculan a todos los propietarios, incluso a los disidentes*».

Sobre este particular, la SAP de Barcelona, Sección 17.ª, de 14 de julio de 2011, señala que la regulación catalana, a diferencia de la LPH, no distingue si el acuerdo de establecimiento de un servicio —como el ascensor— tiene, o no, como finalidad, la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso a personas con minusvalía. En consecuencia, tanto para el supuesto de que la instalación del nuevo servicio de ascensor pretenda la supresión de barreras en general, como si no, será suficiente con que el acuerdo se adopte con el voto favorable de la mayoría de los propietarios y de las cuotas que representen en primera convocatoria, o la mayoría de las cuotas presentes y representadas, en segunda convocatoria [art. 553-25.5.a) CCCat].

Si acaso la duda puede plantearse en aquellos supuestos en que la instalación del ascensor afecta a la estructura general del edificio o a su configuración exterior, o en los que dicho acuerdo supone una modificación del título o de los estatutos, en el sentido de que en tales casos sería necesaria la mayoría cualificada de las cuatro quintas partes de propietarios y de cuotas de participación (apartados 2 y 3 del art. 553-25 CCCat). Ahora bien, en estos casos la respuesta ha de ser negativa.

En otro orden de cosas, el apartado 2 del artículo 553-39 del Código establece que la comunidad puede exigir la constitución de servidumbres permanentes «*sobre elementos de uso privativo diferentes a la vivienda estricta si son indispensables para la ejecución de los acuerdos de mejora adoptados por la junta*». Resuelve el Código catalán un problema ya resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal en similares términos.

Ello significa que para la adopción de este tipo de acuerdos constitutivos de servidumbres no es preciso el expreso consentimiento del propietario afectado por la disminución de las facultades de uso. Como afirma a este respecto la SAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 30 de junio de 2011, por muy discutible que pueda parecer la opción del legislador, es claro que la norma catalana, a diferencia de la estatal, solo excluye «la vivienda estricta» del obligado sometimiento a la servidumbre exigida por la comunidad.

Respecto a la imputación del gasto de la instalación hemos señalado anteriormente que el coste de la accesibilidad debe ser asumido por la comunidad de propietarios. En efecto, como reconoce la SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 22 de diciembre de 2008, conforme al artículo 553-30 del Código Civil catalán, cuando se trate de acuerdos relativos a la supresión de barreras arquitectónicas o a la instalación de ascensores y los que sean precisos para garantizar la accesibilidad, habitabilidad, uso y conservación adecuados y la seguridad del edificio,

estos acuerdos específicos se regirán por lo establecido por el apartado primero, esto es, *obligan y vinculan a todos los propietarios, incluso a los disidentes*.

Por lo demás, para el caso que la comunidad de propietarios rechace la solicitud de adaptación el propietario deberá acudir al procedimiento descrito en la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio y supresión de barreras arquitectónicas, al que nos hemos referido anteriormente.

RESUMEN

INCAPACIDAD
ACCESIBILIDAD UNIVERSAL
PROPIEDAD HORIZONTAL

La accesibilidad universal tiene por objeto eliminar los obstáculos que impiden que las personas puedan desarrollar libremente sus actividades cotidianas y su personalidad en condiciones de igualdad. En nuestro parque inmobiliario de nueva construcción la accesibilidad se configura como un requisito de funcionalidad conforme a las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, frente una variopinta normativa autonómica que se ha traducido en una multitud de diferentes criterios que ponen en cuestión la igualdad y la no discriminación. En los inmuebles residenciales de uso privado ya existentes la adaptación a criterios de accesibilidad exige realizar ajustes razonables. En este contexto corresponde al Derecho Civil suministrar las herramientas necesarias para que los propietarios o los interesados puedan suprimir las barreras que dificultan la movilidad, así como resolver las controversias que con aquel motivo se susciten entre las partes implicadas.

ABSTRACT

INCAPACITY
ACCESSIBILITY TO ALL
HORIZONTAL PROPERTY

The idea behind accessibility to all is that the obstacles preventing people from engaging freely in their daily activities and developing their personality under conditions of equality ought to be eliminated. Accessibility is one of the basic requirements for new buildings under the Technical Building Code, but the code is not the sole authority. There is also a crazy quilt of regional legislation. The result is that there is no one set of criteria, and equality and non-discrimination stand on shaky ground at best. In already-existing private residential buildings, adapting to accessibility standards means making certain reasonable adjustments. In this context, it is civil law's task to provide the tools that owners and others need to eliminate barriers to mobility and to settle any related controversies that arise between the parties involved.

(Trabajo recibido el 26-4-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

Problemática de la partición por causante

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada especializada en Derecho de Familia, Responsabilidad Civil y Derecho de Sucesiones. Doctora en Derecho.

Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica y del Máster de Acceso a la Abogacía de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (Cádiz)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.

II. DISTINCIÓN ENTRE PARTICIÓN PROPIAMENTE DICHA Y PARTICIÓN POR EL TESTADOR.

III. REQUISITOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR.

IV. EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR.

V. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008.

VI. REFERENCIA AL ARTÍCULO 1056.2.º DEL CÓDIGO CIVIL.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La partición hecha por el propio testador es una de las clases, o tipos, de partición, admitidas en el Código Civil. Efectivamente; el artículo 1056.1 de dicho *corpus* legal, dispone que «cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

Esta norma no está referida a aquellos supuestos en que el testador distribuye todos sus bienes en el propio testamento mediante legados, o mediante

instituciones de heredero *ex re certa*, porque, en estos supuestos, propiamente no existe partición y, por tanto, la denominación no sería correcta.

Tampoco se trata del caso, frecuente, de testamento con algunas disposiciones particionales, que no son simples ruegos o deseos más o menos vehementes del testador en relación con sus bienes, o con una parte de los mismos, porque, en estos supuestos, la voluntad del testador marca directrices para cuando los herederos partan, o bien que se adjudique, en la partición, a o más herederos bienes determinados a cuenta de lo que les corresponde, sin perjuicio de que el resto lo partan los herederos de común acuerdo, y, con frecuencia, con la premisa de la disposición igualitaria.

El supuesto que el precepto civil contempla, en consecuencia, es —al menos, el caso habitual— el de testamento en el que el testador, después de instituir herederos en cuotas de la herencia, llena esas cuotas con distribución de sus bienes determinados entre esos herederos, y esta ordenación de la composición de los lotes puede hacerlo en testamento, o bien en acto separado.

II. DISTINCIÓN ENTRE PARTICIÓN PROPIAMENTE DICHA Y PARTICIÓN POR EL TESTADOR

La partición propiamente dicha es aquella en la que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, lo que, en pura lógica, supondría, y conllevaría, la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación y formación de lotes, con adjudicación de los mismos—. En cambio, en las normas para la partición, el testador se limita a expresar su voluntad de que, cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que él mismo indique.

Cabe preguntarse si es importante efectuar, con claridad, esta distinción y si tiene relevancia práctica. La respuesta es que la distinción no es en absoluto baladí. Pensemos que la simple norma para la partición vincula a los herederos o, en su caso, al contador-partidor, en el sentido de que, al hacer la partición, habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que ello sea posible, al heredero, o herederos, de que se trate los bienes a los que se refiera la disposición testamentaria.

Por el contrario, la verdadera partición testamentaria determina, una vez fallecido el testador, la adquisición directa, por derecho hereditario, de los bienes adjudicados a cada heredero. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, se aplica el artículo 1068 del Código Civil, según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

No obstante, es posible que existan dudas —y que surjan con relativa frecuencia estas— sobre si se trata de una verdadera partición testamentaria o

no. Pensemos en el supuesto en que el testador distribuye sus bienes entre los herederos, pero sin practicar las operaciones que, normalmente, entraña una partición. La sentencia citada anteriormente, de 21 de julio de 1986, despeja la duda, en sentido afirmativo: se había pretendido la inaplicabilidad del artículo 1068 del Código Civil, porque los testadores —un matrimonio— habían procedido a repartir sus bienes sin formalizar un inventario, ni practicar la liquidación, por lo que, a juicio del actor, no se estaba ante una partición testamentaria propiamente dicha. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1068 era aplicable al caso, «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador».

Parece ahora oportuno hacer una referencia, breve, a los requisitos de la partición hecha por el testador.

III. REQUISITOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR

Para la existencia de partición hecha por testador, es requisito ineludible la existencia de testamento previo, simultáneo o posterior.

Un sector doctrinal ha defendido la tesis, en nuestro país, de que la partición por acto entre vivos a la que la norma civil se refiere —y a la que, en cierto sentido, parece aludir el artículo 1271.II del Código Civil— es un supuesto, híbrido, de donación y partición, semejante a la figura de la *donation-partage* del Derecho francés, en el que, con la concurrencia y aceptación de todos los herederos, se produce un desprendimiento irrevocable de los bienes.

Pero una gran mayoría de autores repudian esta tesis, así como la propia Jurisprudencia, rechazando que esa figura jurídica francesa sea admisible en nuestro Ordenamiento Jurídico. Hay que entender que la partición a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil exige siempre la existencia de un testamento, aunque pueda formalizarse en documento independiente y con forma de un acto entre vivos, porque, en realidad, recibe su fuerza de un testamento anterior, simultáneo o ulterior, para confirmarla, de modo que, si el testamento se revoca, la partición, formalmente independiente, queda revocada. Por tanto, siempre se va a tratar de un acto *mortis causa* y, en consecuencia, esencialmente revocable en todo caso. Ni siquiera la intervención de los herederos en esa partición realizada por acto entre vivos modifica la naturaleza del acto, ni afecta a su revocabilidad, no habiendo transmisión de los bienes a los que la partición se refiere, tal como pusieron de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1903, 6 de marzo de 1945 y 26 de octubre de 1960.

Cabría preguntarse qué sucede cuando se plantea la siguiente problemática: la partición contradice el testamento, o no se dispone en este a favor de los mismos adjudicatarios, o testamentariamente se dispone de los bienes de forma distinta a la que resulta de la partición realizada por acto entre vivos.

En estos supuestos, la partición queda ineficaz, prevaleciendo el testamento, porque, de admitir una tesis contraria, se estaría disponiendo *mortis causa* sin guardar las solemnidades legales y el testamento anterior quedaría revocado por una partición entre vivos, vulnerándose, con ello, lo preceptuado por el artículo 738 de nuestro Código Civil.

Otro requisito exigido es que los bienes han de ser propiedad del testador. Aunque al otorgar el testamento, o realizar la partición, no lo sean, sí hay que exigir que lo sean en el momento del fallecimiento.

José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ se planteaba si el testador puede incluir en la partición bienes gananciales[1]. En nuestro país, tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado han coincidido en afirmar que el causante no podrá distribuir bienes de la comunidad de gananciales.

Sin embargo, el autor anteriormente citado, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ha puesto de relieve que sí cabe admitir que los cónyuges, en testamentos simultáneos, prevean la forma de liquidar la sociedad de gananciales y hagan a continuación la partición de sus respectivas herencias conforme a la liquidación coincidente. De este modo, no se conculca la prohibición de testar de forma mancomunada. Lo que ocurre es que esa liquidación no tiene carácter vinculante, por lo que, si uno de los cónyuges revoca su testamento, se viene abajo tanto la proyectada liquidación de la sociedad conyugal cuanto la partición consiguiente. Si uno de los testadores ha fallecido sin revocar su testamento, y el otro no ha revocado el suyo al tiempo de liquidar la sociedad, la liquidación de esta habrá de hacerse conforme a lo convenido y la partición testamentaria del cónyuge premuerto será eficaz, y asimismo la del sobreviviente, salvo que decida rectificarla, revocando o alterando el testamento que le sirve de base.

También se puede plantear el tema de si es posible que los cónyuges, por acto entre vivos y con carácter de convenio vinculante, acuerden la forma en que se liquidará la sociedad de gananciales cuando se disuelva por muerte de uno de ellos.

Para contestar a esta interrogante, se han planteado, en la práctica, diversas teorías. Hay una tesis que es favorable a esta posibilidad, lo que daría una mayor probabilidad de aplicación a la partición testamentaria hecha por uno de los cónyuges o por ambos. Si los cónyuges pueden disolver la sociedad de gananciales con efectos inmediatos, debe admitirse que difieran la liquidación al

---

[1] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos, «La partición», en *Jornadas de Derecho Sucesorio. La herencia,* El Puerto de Santa María, 28 y 29 de noviembre de 2003.

momento del fallecimiento de uno de los esposos. Se trataría de una liquidación y división del patrimonio ganancial ya dispuesta y preparada.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, citada anteriormente, declaró válida la partición realizada por ambos esposos en sus testamentos respectivos, distribuyendo los bienes, todos de carácter ganancial. Otras sentencias, anteriores en el tiempo, habían admitido esta posibilidad.

IV. EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR

Los efectos quedan establecidos en el artículo 1056 del Código Civil, al expresar que «se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

La partición así practicada —que tiene efectos inmediatos, según el art. 1068 del Código Civil— deberá ser acatada por todos los herederos, aunque en ella el testador no se haya atenido a la regla de igualdad cualitativa en la formación de los lotes a que se refiere el artículo 1061 del Código Civil. En tales casos, es innecesaria la aprobación judicial de la partición, aunque alguno de los coherederos sea menor o incapacitado.

El único límite, por tanto, es el respeto a la legítima, ya que el testador no podrá imponer cargas sobre la legítima, *ex* artículo 813 del Código Civil, ni podrá adjudicar a un heredero forzoso bienes que no alcancen a cubrir su legítima. La vía establecida por el legislador para corregir la infracción del deber legitimario no es la acción de suplemento, sino la de rescisión, *ex* artículo 1075 del Código Civil. La diferencia es importante, ya que la acción rescisoria es, en principio, solamente personal, y porque, además, permite que el perjuicio se subsane mediante una compensación en metálico, conforme al artículo 1077 del Código Civil.

Hay que subrayar, por lo que al tema respecta, y ya en relación con la sentencia que va a ser objeto de estudio a continuación, que, a salvo la legítima, la partición hecha por el testador es inatacable por diferencias de valor, originadas o sobrevenidas, entre lo efectivamente recibido por el coheredero y la cuota por la que se le instituye, pero, en cualquier caso, hay que entender que se tratará de un problema de interpretación de la voluntad del testador, en la que habrá que estar a lo establecido en el artículo 675 del Código Civil, que establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Con motivo de una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo, dictada el 4 de noviembre de 2008, entro a analizar la misma, esbozando, en primer lugar, unas ideas sobre este tipo de partición.

V. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

Voy a entrar a analizar, una vez vista la regulación de nuestro Código Civil con respecto a la partición realizada por el propio testador, una interesante sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en fecha 4 de noviembre de 2008. Los hechos se recondujeron a los siguientes: D. M. había otorgado testamento abierto, al mismo tiempo que su esposo, D. L., y con idéntico contenido. En dicho testamento, hacía sendos prelegados a favor de cada uno de sus dos hijos, sin trascendencia en el proceso. Sí, en cambio, tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil, con el texto siguiente: «sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde a su citado esposo y que en el supuesto de sobrevivir a la testadora, le confirma, instituye herederos a sus dos nombrados hijos y, haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye entre los mismos su herencia, a saber: a su hija Teresa, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora de la casa sita en ..., Calle (…) término de Gilet y del terreno anexo a la misma y del piso número 015, puerta (…) que precisamente recae encima de la farmacia de dicha hija; todo ello en pleno dominio. A su hijo Federico se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora del piso sito en Valencia, Calle (…), Número (…), puerta (…) y de la casa en el Camino de Santo Espíritu, del término municipal de Gilet; todo ello en pleno dominio. Y el resto de sus bienes, a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. Es voluntad de la testadora se respete esta partición, aun cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir a favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado. El hijo que le premuera será sustituido vulgarmente por sus descendientes, por el orden legal de sucesión».

La testadora falleció el 16 de junio de 1996. Del matrimonio habían nacido dos hijos, Teresa y Federico, falleciendo posteriormente Teresa, dejando los siguientes hijos: Elisa, Carlos, Víctor y Claudia.

Federico interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra sus sobrinos, solicitando que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º que se ordenare la práctica de la partición de la herencia de D. M. —su madre— procediendo en su consecuencia a la formación del cuerpo general de bienes mediante el oportuno inventario de los mismos, con inclusión del activo y pasivo, en su caso, y procediéndose a las adjudicaciones que fueren pertinentes en derecho, mediante la formación de las hijuelas correspondientes, todo ello respetando la legítima que le correspondía por Ley; 2.º que, a los efectos de la división de la herencia que se interesa, se declarare que los bienes que constituyen la herencia de D. M. son los que se describen a continuación (y que omito para evitar la farragosidad).

3.º Que proceda a la aceptación y partición de la herencia que es objeto de este procedimiento previo el correspondiente inventario y avalúo de cuantos bienes forman parte de la misma.

Los demandados contestaron a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por el actor y condenando a los demandados a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación del inventario, avalúo, división y liquidación respecto de los bienes de D. M.

Interpuesto recurso de casación por los sobrinos de Federico, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La cuestión jurídica que se planteó en este proceso gira en torno al testamento otorgado por D. M., en el que hacía sendos prelegados a favor de cada uno de sus hijos, pero que no tenían trascendencia en el proceso iniciado más tarde.

En cambio, sí tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil.

La testadora adjudicó a su hijo Federico un piso sito en Valencia que, con anterioridad al momento de su fallecimiento, había vendido, junto con su esposo, a un tercero. Por lo tanto, en virtud del aforismo *nemo dat quod non habet,* hay que entender que dicho inmueble no formaba ya parte del caudal hereditario.

El hijo varón, Federico, precisamente, interpuso demanda contra los hijos de su hermana fallecida, es decir, contra sus sobrinos, sustitutos vulgares de la causante, pero no ejercitó la acción de complemento de legítima.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda por entender que se había practicado la partición por la propia testadora y se habían adjudicado los bienes concretos a los herederos. Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó la demanda y condenó a los demandados «a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación de inventario, avalúo, división y liquidación respecto de los bienes de la causante… en ejecución de sentencia».

En cuanto a la partición hecha por la testadora, no es preciso que esta comprenda absolutamente todos los bienes de la causante, cabiendo una partición adicional de los no comprendidos en ella, porque, al hacer testamento, la testadora no sabía qué bienes iban a formar parte del caudal hereditario en el momento futuro, es decir, en el momento de la apertura de la sucesión. Ningún testador puede saber, en el momento en que hace la partición, el alcance exacto de sus bienes en el momento de su fallecimiento, porque se está ante un evento que aún no ha llegado, que está por determinar. En ese sentido, el causante solo va a poder disponer de los bienes que, en ese momento, sean suyos, y, si está casado, no podrá disponer de la mitad de sus bienes gananciales, ya que desconoce también su importe, el cual solo se concreta cuando se ha procedido a liquidar la sociedad de gananciales.

La partición hecha por testador tiene ventajas prácticas significativas, ya que admite la distribución y partición de bienes entre los herederos, sin necesidad de nombrar contador-partidor. La sentencia de 6 de marzo de 1945 destacó que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador. Recordemos, a este respecto, que la voluntad última del testador es la ley de la sucesión y a ella hay que estar.

Las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998 se ocuparon de los efectos de esta clase de partición, afirmando que confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Esta partición no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, puesto que no llega a formarse.

Ahora bien; uno de los temas que, sin duda, plantea alguna complejidad está referido a aquella partición que no comprende todos los bienes del causante, todo su patrimonio, sino una parte tan solo de ese patrimonio.

A este respecto, polémico, dio respuesta la sentencia de 6 de marzo de 1945, al pronunciarse en los siguientes términos: «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».

El artículo 1079 del Código Civil, al aludir a los efectos que tiene la omisión de bienes o valores de la herencia, afirma que no da lugar a la rescisión de la partición por lesión, sino, simplemente, a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

Esta adición a la partición presupone —implica— la existencia de unos bienes que no se han repartido, no han sido objeto de la partición realizada, en su día, por el causante y, por lo tanto, sobre ellos persiste la comunidad hereditaria. No se trata de un remedio más para la lesión y, en particular, para nivelar las equivocaciones cometidas al valorar los bienes que se atribuyen sin comprobar su real equidad. Según Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida[2], es preciso que realmente haya omisión, y no adjudicación bajo el falso presupuesto de ser el bien menos valioso, o con otro contenido.

Según la sentencia de 8 de junio de 1945, el artículo 1079 del Código Civil es inaplicable «cuando no se trata de suplir la omisión de objetos o valores de la herencia en una partición, sino de la rectificación de la misma en puntos tan esenciales como la calificación jurídica de los bienes que forman parte del haber de la sociedad conyugal y la consiguiente determinación del remanente líquido de la misma. Es preciso, por tanto, que haya propia omisión de un objeto o valor con individualidad específica».

---

[2] Lacruz Berdejo, José Luis, y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones,* Bosch, Barcelona, 1982.

La sentencia de 26 de febrero de 1979 afirmó que no solo procede la partición adicional cuando no se han incluido ciertos bienes en el inventario, sino también cuando la omisión alcance a las valoraciones o cuando las efectuadas redunden en perjuicio del principio de igualdad en la formación de los lotes.

El artículo 1079 del Código Civil, ya citado anteriormente, concuerda, de manera armónica y coherente, con el principio del *favor partitionis,* tal como destacó, asimismo, nuestra Jurisprudencia en sentencia de 13 de marzo de 2003, entre otras muchas que omito para evitar la farragosidad. La sentencia de 4 de febrero de 1994 declaró que «se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar mediante testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal hereditario patrimonial entre los dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su fallecimiento. Su raíz y fundamento se encuentra no solo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que, de esta manera, expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados».

La sentencia, ya citada anteriormente, de 6 de marzo de 1945 incidió en que la facultad que tienen los interesados en la partición, bien para impugnarla, o para pedir su modificación, rescisión, o nulidad, ha de 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. Asimismo, esta sentencia puso de relieve que se trata en esencia de una partición, o división, hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. También se pone de manifiesto que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a esta el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Esta misma resolución citada hizo hincapié en la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código Civil, muy restrictiva en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable, en cuanto ello sea posible, a la subsistencia de estas.

La sentencia de 4 de febrero de 1994, en sede de particiones hechas por el causante, declaró que «la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señala prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos» (art. 1075 del CC).

En el supuesto analizado, en concreto, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos,

en cuyo caso dispuso que el mayor valor de uno de los dos supusiera «que se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado».

La estimación del recurso de casación es evidente, al formularse sobre un solo motivo, tomando como fundamentación el artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 675, 1056 y 1079 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichos preceptos.

Veamos los preceptos civiles: en primer lugar, el artículo 675 del Código Civil es infringido, relativo a la interpretación de los testamentos. Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial en este punto, hay que señalar que la repetición del principio de la preeminencia absoluta de la voluntad del causante y la necesidad de buscar siempre su intención es incesante. En este sentido, hay que subrayar que el intérprete nunca podrá forjar una disposición nueva, si el testador no la ha formulado, y aunque quisiera, eventualmente, formularla y no hubiere la menor duda sobre cuál hubiera sido su tenor de haberla formulado, tal como expresaba LACRUZ BERDEJO[3].

En caso contrario, estarían de más las estrictas solemnidades que se imponen al otorgamiento del testamento, al ser válida una presunta voluntad testamentaria que no ha sido expresa.

En sede de interpretación de testamentos, la sentencia de 5 de marzo de 1944 es carismática a este respecto, en un caso en el que el recurrente mantenía que las disposiciones testamentarias debían entenderse en el sentido literal o gramatical de sus palabras, salvo el caso de oscuridad o ambigüedad, de tal modo que, solo en este último supuesto, o sea, en el de que haya duda acerca del sentido literal de las palabras utilizadas, ha de penetrarse en cuál haya sido la intención del testador, pudiendo entonces y para esta indagación acudirse a los elementos de interpretación lógica y sistemática. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, porque toda interpretación, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, ha de ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras. Según la sentencia de 6 de febrero de 1958, «la interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante… voluntad manifiesta en signos o palabras escritos… que responden a la intención de aquel, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a

[3] LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*

sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud».

La sentencia objeto de análisis incide en que se ha infringido, asimismo, el artículo 1056 del Código Civil en un doble sentido, ya que este corpus legal prevé que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que, por ello, la partición haya de devenir ineficaz. No es requisito, como ya ha quedado expuesto, que la partición incluya todos los bienes, absolutamente todos, del patrimonio hereditario. La testadora, en el caso de autos, precisamente hizo una referencia especial al resto de sus bienes, posiblemente con la finalidad de que no se produjeran conflictos familiares —pero sin conseguir este objetivo—.

Es evidente que hubo una partición hecha por la causante, evitando la existencia de la comunidad hereditaria, y sin perjuicio de que debiera hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida. También parece claro, a todas luces, que no cabía lugar a la acción procesal ejercitada, que se encaminaba a obtener el mandato de practicar la partición con todos sus presupuestos y fases, incluyendo una declaración de los bienes que conforman el inventario.

Hay que resaltar que no se ejercitó la acción de complemento de la legítima, prevista en el artículo 815 del Código Civil, pero tampoco consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado a uno de los hijos en su legítima.

VI. REFERENCIA AL ARTÍCULO 1056.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo segundo de este artículo 1056 del Código Civil fue introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril, y establece lo siguiente: «el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

Ya con anterioridad a la reforma sufrida por el Código Civil en esta materia, se admitía —y respetaba— la voluntad del padre —o ascendiente— testador de

conservar indivisa una explotación agrícola, no necesitando, desde el punto de vista jurídico, más fundamento que esa voluntad. En este sentido, es oportuno, e interesante, comentar una antigua sentencia, que fue dictada por el Tribunal Supremo, en fecha 19 de mayo de 1951. En esta sentencia, el testador —progenitor— afirmaba ser su voluntad, manifestada en testamento, la de conservar indivisa su explotación agrícola, adjudicando íntegramente a un hijo —tenía seis—, prohibiendo toda otra tasación, y nombrando contador-partidor de la testamentaría de sus bienes a su hermano.

Por lo general, este tipo de cláusulas testamentarias se hacen de la siguiente forma: «…Dispongo, asimismo, que la explotación agrícola que se ha inventariado al número…, compuesta de…, se conserve indivisa y, en esta forma la adjudico a mi hijo mayor Don…, el que deberá satisfacer a los otros dos (hijos) en metálico lo que corresponda hasta el importe de su legítima, y, para determinar su cuantía designarán, de común acuerdo, un perito que valore la explotación y, de no existir acuerdo, designándole judicialmente por las reglas para la designación de perito que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Se trata, por tanto, de una manifestación expresa del testador, en cuanto a su voluntad de conservar, en interés de su familia, la explotación, acogiéndose para ello a la facultad que expresamente también le reconoce el artículo 1056.2.º de nuestro Código Civil. Se trata, en consecuencia, de ordenar que la explotación agrícola, o la empresa familiar, o bien el control, de una sociedad de capital, o grupo de estas, se atribuya a uno solo de los hijos, con las siguientes condiciones o requisitos:

1.º La valoración de la empresa económica o de la sociedad de capital ha de ser realizada por un contador-partidor designado previamente, o *a posteriori,* contando con los asesoramientos que se estimen pertinentes y oportunos para que esa valoración sea lo más equitativa posible.
2.º En el supuesto de que no existieran bienes o metálico hereditario bastantes para la compensación a los demás herederos, se abonará con efectivo extrahereditario por el designado, con las siguientes condiciones: el contador-partidor determinará el plazo de pago aplazado, que no podrá exceder de cinco años, y a las cantidades aplazadas se aplicará el interés legal del dinero.
3.º Se establece la llamada cautela de opción compensatoria, es decir, que el heredero que no acepte esta disposición quedará reducido a su legítima estricta, acreciendo el exceso a quienes pasen, o consientan en ella (estimo que es una facultad opcional del testador la estipulación de esta cláusula).
4.º El contador-partidor queda investido de todas las facultades necesarias para las operaciones complementarias que sean precisas para el cumplimiento de la voluntad testamentaria.

Tengamos en cuenta que la voluntad del testador es la Ley de la sucesión y ha de ser respetada, siempre, lógicamente, que no queden perjudicados en sus derechos legitimarios los otros hijos.

Otra fórmula, bastante empleada en la práctica, es la siguiente: «Instituyo herederos a mis hijos…, pero dispongo que el negocio comercial conocido por X, sito en…, que mi citado hijo mayor ha estado llevándolo y gestionándolo con su trabajo personal, pase a corresponderle íntegramente y, en lo que exceda de su cuota hereditaria, deberá abonar la diferencia a sus hermanos en metálico».

Finalmente, otra fórmula sería la siguiente: «Ordeno que se adjudique a mi hijo… la empresa familiar, conocida por X, sita en…, con todos sus edificios, instalaciones, maquinarias y elementos propios de la industria, con exclusión de los créditos y deudas existentes.

Si, como consecuencia de la adjudicación llevara adjudicado mayor valor de lo que le corresponda a mi citado hijo… en la herencia, abonará a los restantes herederos la parte que les corresponda en metálico extrahereditario, teniendo, para ello, un plazo no superior a cinco años a contar desde el fallecimiento de la testadora, pero debiendo abonar durante el plazo el interés de… anual. No obstante, el adjudicatario podrá reembolsar anticipadamente el capital adeudado, dejando de abonar intereses desde ese momento».

RESUMEN

PARTICIÓN. TESTADOR. CAUSANTE

La partición hecha por el propio causante (testador) es una práctica muy eficaz y conveniente, ya que permite al testador realizar la distribución de sus bienes entre sus herederos sin necesidad de recurrir a la intervención, a veces larga, tediosa e incluso costosa, de los contadores partidores. No es, sin embargo, una práctica muy frecuente en nuestro país.

La partición practicada por el propio testador puede realizarse por acto entre vivos o mortis causa, *pero ha de fijar siempre la porción de herencia que ha de recibir cada heredero.*

Hay que tener en cuenta que no habrá partición efectuada por el testador cuando este se limite a señalar las directrices que desea se siga en orden a la partición propiamente dicha, o cuando los bienes

ABSTRACT

PARTITION; TESTATOR; PREDECESSOR IN TITLE

Partition by the predecessor in title (testator) is a highly effective, convenient practice, because it allows the testator to distribute his or her property among the heirs without the need to engage in the long, tedious and even costly process of bringing in an auditor to handle the partition. It is not, however, a very frequent practice in Spain.

Partition by the selfsame testator can be done in the form of an inter-vivos act or a mortis-causa act, but the portion of the estate that each heir is to receive must always be specified.

Partition by the testator does not mean that the testator merely states the guidelines he or she wishes followed during the actual partition; nor does it mean the distribution

que asigna lo son a cuenta de la participación de los herederos, pero no en pago íntegro de su cuota, tal como señalaron las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1961 y 15 de febrero de 1988.

La base de la partición hecha por el testador se fundamenta en que la voluntad del causante es la ley fundamental de la sucesión, y se regula este modo de practicar la partición en el artículo 1056 de nuestro Código Civil, estableciendo que se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Esta partición ha de concretarse a los bienes del testador —art. 156.1 del CC—.

of properties as a «payment on account» of the heirs' share in the estate but not in full payment of the heirs' share, as indicated by the Supreme Court's rulings of 9 March 1961 and 15 February 1988.

The basis of a partition performed by the testator is that the wishes of the predecessor in title are the fundamental law of succession. This mode of performing partitions is regulated in article 1056 of the Spanish Civil Code, which states that partitions may be conducted by the testator when the fixed portions to which certain heirs are entitled by law are not thereby injured. This partition must be restricted to the testator's property (Civil Code, article 1056.1).

(Trabajo recibido el 25-1-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

La intermediación inmobiliaria

por

RICARDO YÁÑEZ VELASCO
Magistrado. Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal

SUMARIO

1. NORMATIVA APLICABLE: DESCONCIERTO Y LAGUNAS. EN ESPECIAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.
2. LA FIGURA JURÍDICA DEL INTERMEDIARIO EN EL MERCADO INMOBILIARIO:
   2.1. En general.
   2.2. Libérrima «profesión» y entidades jurídicas o de hecho (sociedades, agencias y franquicias).
3. EL CONTRATO:
   3.1. El servicio objeto de la prestación.
   3.2. La definición o tipo contractual viable.
   3.3. La ampliación del contrato base.
   3.4. Las hipótesis de resolución.
4. DERECHOS Y OBLIGACIONES:
   4.1. En general.
   4.2. Remuneración y reciprocidad en las relaciones de lealtad e información mutua.
   4.3. La doble mediación.
   4.4. Contratos colaterales. Determinación de obligaciones derivadas y responsabilidad.
   4.5. En particular: arras penitenciales recibidas por el mediador y derecho de retención a cuenta de la remuneración de este último.
   4.6. Otras responsabilidades del intermediario.
5. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL COMPRADOR/VENDEDOR NO CONTRATANTE.
6. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. NORMATIVA APLICABLE: DESCONCIERTO Y LAGUNAS. EN ESPECIAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La venta o la compra de una vivienda, o cualquier otra actividad inmobiliaria de índole patrimonial, pueden realizarse sin necesidad de un intermediario que, inevitablemente, incrementará el coste de la transacción, a satisfacer por el vendedor o por el comprador, incluso por ambos. El valor del tercero, y así la lógica de su remuneración, debe estar directamente relacionada con un beneficio para su contratante, en el ámbito de la gestión, de la información o de la conclusión del negocio. Por eso quien quiere vender, o quien quiere comprar, puede intentarlo por sí solo, afrontando individualmente todas las dificultades y vericuetos que encierra la operación perseguida, comenzando por conseguir comprador, o vendedor, según sea el caso. O bien aligerar las cargas que ello supone contratando o sirviéndose de un mediador. En principio parece que el individuo puede consultar por sí mismo, a través de asesoramientos gratuitos para el consumidor, internet, bibliotecas, notarías o instituciones públicas relacionadas con la transacción pretendida, por ejemplo a nivel tributario. Además, no puede olvidarse que existen unos parámetros de índole registral y notarial que, a satisfacer de necesidad, incorporan un deber de información y asesoría inherente al servicio. Es más, si media un préstamo hipotecario, para cancelar —el vendedor— o para adquirir —el comprador—, la entidad hipotecante tendrá especial cuidado en la gestión de sus propios intereses. Con todo, las negociaciones privadas y suscripción de convenios, pactos o contratos antes de su escrituración, la misma elección y costes de notarios, registros e impuestos, o la actuación relacionada con las entidades financieras, introducen a buen número de sujetos en un ámbito complejo, desconocido y, dicho sea, peligroso por lo que desde el punto de vista obligacional puede suponerles. Las indicaciones colaterales y la iniciativa personal no evitarán múltiples obstáculos de comprensión, preocupación y tiempo que acaso no valga la pena soportar. Y ello especialmente porque el precio que quiere recibirse o pagarse a menudo no se altera: el coste del mediador acaba repercutiéndose, al fin y al cabo, sobre la parte que no le contrató. En efecto, si el vendedor de una finca desea obtener una determinada cantidad de dinero y el mediador asume la gestión de la operación añadiendo su comisión a dicha cantidad, consiguiendo su propósito ningún perjuicio habría soportado ese vendedor, disfrutando lo pretendido y un servicio auxiliar que, de resultar correcto, habrá facilitado extraordinariamente sus intereses. De igual modo, el comprador puede acabar pagando lo que quería y beneficiarse del profesional en la intermediación inmobiliaria y eludir riesgos tanto civiles como ilícitos penales.

Es lo cierto que el propio mediador, además de trabajar a porcentaje de la compraventa y así restar o incrementar precio, puede ser fuente de conflictos y causa de problemas, incluso delictivos, pero también que, una vez realizada su

labor, con mayor o menor corrección pero culminada en lo que más interesa a las partes —encontrar un vendedor para un comprador o un comprador para un vendedor—, puede resultar víctima de la picaresca. De común acuerdo o unilateralmente, comprador y/o vendedor pueden pretender eludir sus obligaciones contractuales para con el mediador, ahorrándose el importe de la remuneración en su día pactada. Acaso el comprador no está dispuesto a pagar el precio de venta más la comisión, sino sólo el precio que quiere obtener el vendedor, lo que motiva en éste el intento de negociar por su cuenta, ocultando la operación al intermediario que había contratado. Quizá la codicia del vendedor sea simplemente lo que incite a obtener más precio para sí, quedando con todo el importe de un comprador ajeno a sus particulares relaciones de intermediación y la deducción que correspondería al mediador. O por considerar, andando el tiempo, que la gestión efectivamente realizada por el intermediario en absoluto vale lo que inicialmente se acordó. Sea como fuera, el derecho de remuneración y el deber de su pago por quien lo asumiera es fuente habitual de litigios.

En otro tiempo, con gran auge del sector inmobiliario, el vendedor llegaba a asumir la devolución duplicada de las arras porque el incremento sobre el precio inicialmente pactado no sólo absorbía el coste penitencial de pagarlas sino que sumaba beneficios. En la actualidad se contrata privadamente incluso sin arras, mientras que los porcentajes del intermediario, con o sin exclusiva, resultan significativamente diferentes. De cualquier modo, la exacerbación durante tantos años del negocio inmobiliario, afectó sensiblemente la caracterización clásica del mediador en este sector, al igual que convirtió la vivienda —necesidad social significada pero poco promovida públicamente, pese al mandato constitucional— en objeto de especulación, un sistema de inversión con enormes beneficios en el que proliferaron desde promotores y constructores hasta cualquiera ansioso de ocupar la posición del profesional cualificado en la intermediación inmobiliaria. Ni antes ni ahora ayudó la normativa en presencia, o mejor decir la ausencia de normación, acudiendo a las reglas generales, por lo común insatisfactorias, en materia de protección de consumidores y usuarios.

En una época donde el agente de la propiedad inmobiliaria, profesional que por naturaleza se encuentra llamado a la intermediación inmobiliaria, no tenía tanta competencia como en la actualidad, el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, del Ministerio de Vivienda, aprobó un Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, deficiente e incompleto para abordar con suficiente extensión y perspectiva el ámbito de la intermediación inmobiliaria. La STS de 16 de mayo de 1972 anuló parte de su redacción original, propiciando el Decreto 55/1975, de 10 de enero, que abrió la puerta a una positivizada asociación de agentes. Y el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, estableció nuevos estatutos generales de la profesión —sin perjuicio de regulaciones positivas comunitarias, como en Andalucía o Cataluña—. Pero ni solucionó los problemas reales, que con el paso del tiempo se multiplicaron

exponencialmente, ni sirvió para simplificar y unificar la dispersa normativa aplicable en el ámbito que ahora ocupa, donde concurren gran variedad de normas sectoriales, reglas generales y abundantes preceptos del Código Civil y del Código de Comercio que estratifican la interpretación subsidiaria hasta un grado de confusión preocupante. Sin embargo, lo peor resulta de la ausencia de normativización de actividades comerciales de todo punto ajenas, precisamente, al agente de la propiedad inmobiliaria, lo que, curiosamente, se ha incrementado en los últimos tiempos merced a la propia labor legislativa. Primero el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, después la Ley 10/2003, de 20 de mayo, particularmente como «desregularizadora» de la mediación inmobiliaria, a pesar de que la misma, en sentido propio, no se encontraba convenientemente regularizada en ese momento.

Y como ya se adelantó, partiendo de una absoluta falta de sistema y exigencia jurídica para los operadores del sector mediador inmobiliario, debe acudirse a las normas generales en beneficio del consumidor, única barrera cierta, aunque no siempre sencilla, de la protección del individuo frente al intermediario. Así las cosas, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, modificó diversos preceptos de la actualmente derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y siguen siendo de aplicación en el ámbito del consumidor inmobiliario, bajo la distinción legislativa entre condiciones generales de la contratación como tales y cláusulas abusivas. Aquellas son las incorporadas al contrato impuestas por una de las partes, independientemente de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, su extensión o cualesquiera otras circunstancias, inicialmente redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Por su parte, las cláusulas abusivas son cualquier estipulación no negociada individualmente, contraria a la buena fe y causante, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato[1], todo ello sin perjuicio de la hermenéutica de cada caso concreto[2].

El régimen general de las condiciones generales exige la expresa adhesión de todo contratante, la redacción bajo principios de claridad, concreción, sencillez y trasparencia, la sumisión al clausulado particular si éste contradice el general —salvo que el general resultase más beneficioso—, excluyendo aquellas condiciones que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer, no haya

---

[1] Artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre.

[2] Cfr., por ejemplo, Santiago Espiau Espiau, «Interpretación del contrato y bases del Derecho contractual europeo», en *Bases de un Derecho contractual europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 217 a 243; María Serrano Fernández, *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación hermenéutica contractual?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

firmado o sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. En todo caso son nulas cuando contrarían Ley u otra norma imperativa o prohibitiva y ello supone perjuicio del adherente. Las cláusulas abusivas se estudian en relación con los bienes o servicios objeto del contrato y analizando el completo contexto de circunstancias concurrentes en el momento de celebrarlo, así como el resto de acuerdos; su determinación deriva hasta la nulidad[3].

En términos generales, resultan abusivas las cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del empresario —que en el ámbito de la compraventa puede ser equivalente a una eventual posición de dominio—, que limitan los derechos básicos del consumidor y usuario, que carecen de reciprocidad, que imponen garantías desproporcionadas al riesgo, o cargas de prueba al consumidor cuando tendría que ser al revés. También se definen como abusivas las cláusulas sobre competencia y derecho aplicable, o las que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, como por ejemplo: declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, de adhesión a pactos realmente desconocidos con anterioridad a la celebración del contrato, la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión inimputables o de los gastos de documentación y tramitación que legalmente se atribuyen al empresario —aquí atendiendo la distribución legal de gastos entre comprador y vendedor, que varía entre Comunidades Autónomas.

La normativa especial de protección de consumidores y usuarios suele aplicarse cuando se llevan a cabo compraventas entre una constructora o una promotora y un particular, afrontando condiciones generales de precontratos y contratos como posibles vías de abuso. En todo caso, siempre que un particular sea parte compradora, es aplicable dicho contenido protector, considerando abusivas aquellas cláusulas faltas de reciprocidad, en concreto las que establezcan retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia mientras el profesional, en cambio, no asume ningún tipo de indemnización para el supuesto en que renuncie él[4]. Igualmente, en ocasiones el disponente se reserva

---

[3] Vid., en general, *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores,* en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 6, CGPJ, Madrid, 1992; cfr., en particular, Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La defensa del consumidor adquirente de bienes inmuebles en el Derecho español y en el comunitario», en *El contrato de compraventa,* Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 177 a 226; Francisco Javier ANGELINA GONZÁLEZ, «El derecho de los consumidores ante la adquisición e intermediación inmobiliaria. Especial consideración a las cláusulas abusivas en los contratos de compraventa», en *Derecho y vivienda,* Cuadernos de Derecho judicial, núm. 10, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 203 a 230; Julio PICATOSTE BOBILLO, «Derechos y garantías de los consumidores en la compra de vivienda», en *Hacia un código del consumidor,* Manual de Formación Continuada, núm. 34, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 487 a 669.

[4] Vid., en general, Rocío DIÉGUEZ OLIVA y otros, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria,* Tecnos, Madrid, 2006. Cfr. SSAP de Castellón, Sección 3.ª, 10-X-2002; Sevilla, Sección 5.ª, 31-3-2005; Almería, Sección 3.ª, 31-5-2006.

facultades de modificación unilateral del contrato, por ejemplo cuando una vivienda en construcción se vende sobre plano pero el promotor o constructor se atribuye la posibilidad de cambiar el proyecto o la memoria de calidades inicialmente ofertadas y/o publicitadas para los consumidores[5]. Y ello muy a pesar de que ese proyecto o memoria constituyan documentos fundamentales en el consentimiento prestado por el comprador-consumidor, en relación con las obligaciones de información de promotores, constructores o agentes (en su día arts. 8 y 13.2 de la LDCU; 2 a 6 del RD 515/1989, de 21 de abril, relativo a la protección de los consumidores en cuanto a la información en la compraventa y arrendamiento de viviendas)[6].

Quepa en este momento breve inciso sobre la buena fe como canon hermenéutico contractual —sea o no considerado fuente del Derecho objetivo—, a partir de la norma legal del artículo 1258 del Código Civil. A modo de criterio de interpretación sería una especie de regla de corrección o probidad sobre las declaraciones de voluntad dudosas emitidas por las partes: se entenderían como lo harían las personas correctas. Y pese a que no existen referencias explícitas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, debe reconocerse que la razón de ser de alguno de estos preceptos hunde raíces en el principio de la buena fe negocial[7]. De todos modos, es de señalar que los reconocimientos jurisprudenciales a la buena fe como criterio hermenéutico no siempre lo son, sino que enlazan con la función de integración o incluso normativa del principio[8].

La buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones en presencia rechaza, como regla de principio, toda estipulación no negociada individualmente, desequilibrante, que si resulta calificada de abusiva será nula de pleno derecho, a tener por no puesta; sea o no consumidor la parte a resultar beneficiada por la nulidad. En esta línea de interpretación llegan a serlo, también, las meras notas de visitas que un posible comprador firma a favor de un

---

[5] Dicho sea que negociar sobre plano conforma un contrato de compraventa peculiar al no existir todavía la cosa objeto del negocio; cfr. SSTS 30-X-1989 (Ar. 6976), 1-VII-1992 (Ar. 6498), 22-III-1993 (Ar. 2544).

[6] STS 4-XII-1998 (Ar. 8788); SAP de Madrid, Sección 1.ª, 19-II-2004.

[7] Sobre la buena fe, véase, entre otros, Christian ECKL, «Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el Derecho contractual español: de principio general del Derecho a cláusula general», en *Bases de un Derecho contractual europeo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41 a 52; Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Buena fe y lealtad contractual», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 341 a 404; Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe en los contractos,* Temis, Madrid, 2011; cfr., en particular, Margarita JIMÉNEZ HORWITZ, «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección», en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LX, Fasc. II, abril-junio de 2007, págs. 513 a 558.

[8] En este sentido Ángel Manuel LÓPEZ LÓPEZ, «La interpretación del contrato», en *Derecho de Obligaciones y Contratos,* Tirant lo Blanch, 1998, pág. 404; con cita de las SSTS de 13 de marzo de 1952, 28 de marzo de 1965, 11 de octubre de 1966, 19 de noviembre de 1966 y 4 de febrero de 1972.

mediador que le muestra la vivienda a la venta, pretendiendo ese mediador, sea una persona física o una agencia inmobiliaria contratada por la propiedad vendedora, cobrar una comisión al comprador que luego la acaba comprando sin intermediación de la agencia. Y ello es así al haberse incluido en la nota de visita que el comprador no podía adquirirla fuera de la actuación de ese mediador o la intermediación de la agencia. En este ejemplo parece claro que se impone al comprador de la finca una limitación significativa sin ningún tipo de contraprestación más allá de habérsela enseñado —por virtud del encargo de venta de la propiedad del vendedor, retribuido por éste como contrato de colaboración—, generando con ello un patente desequilibrio negocial[9].

2. LA FIGURA JURÍDICA DEL INTERMEDIARIO EN EL MERCADO INMOBILIARIO

2.1. En general

El profesional inmobiliario como mediador, en lo que ahora interesa, es aquel sujeto que consigue conducir o facilitar el contrato mediado, obteniendo honorarios del que tomara la iniciativa de su mediación, cosa que puede corresponder tanto al vendedor como al comprador.

Una actividad profesional, clara y directamente vinculada con la intermediación en la compra y venta de inmuebles, es la del agente de la propiedad inmobiliaria, que además encuentra su profesión regulada jurídicamente. Sin embargo, la Ley 10/2003, que según su exposición de motivos pretendía «clarificar la situación actual del ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria afectada por la falta de jurisprudencia unánime», dada la ausencia de profesionalización, sobre todo en orden a los derechos y garantías de consumidores y usuarios, y frente la ingente proliferación de actividad comercial significadamente especuladora durante la bonanza del sector constructivo, estableció que las actividades de intermediación inmobiliaria podían ser ejercidas «por personas físicas o jurídicas sin necesidad de estar en posesión de título alguno, ni de pertenencia a ningún colegio oficial, sin perjuicio de los requisitos que, por razones de protección a los consumidores, establezca la normativa reguladora de esta actividad» (art. 3.b), lo que como ya se advirtió fue considerado, prácticamente, una desregularización de la mediación inmobiliaria[10].

---

[9] SSAP de Madrid, Sección 21.ª, 7-XI-2006; Zamora, Sección 1.ª, 28-IV-2005.

[10] En igual sentido, Enrique Vendrell Santiveri, «El profesional de la intermediación inmobiliaria», en *La intermediación inmobiliaria,* Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 19.

Sin embargo, retrocediendo en la historia del Derecho, advertimos que la figura del mediador existe en las culturas más primitivas, con múltiples funciones pero una de ellas incólume en el pasar de los siglos: facilitar la aproximación entre compradores y vendedores, estimulando la coincidencia de oferta y demanda entre el comerciante extranjero y el indígena, al que se servía, al propio tiempo, de intérprete[11]. Se trataba de un comerciante, cuyo negocio mercantil era la mediación, quien luego pasó a ser funcionario público —con prohibiciones de ingresar en sociedad y ejercer el comercio ni por cuenta propia ni por cuenta ajena— y más tarde nuevamente comerciante —como corredor libre al transformarse los métodos mercantiles durante el siglo XIX[12]—, totalmente desdibujado y desprofesionalizado en la época actual.

Más amplio que el clásico corredor de fincas, un mediador inmobiliario de hoy día debiera ir más allá de la actividad comercial, enraizando en el negocio jurídico-civil que afronta intereses contrapuestos bajo la buena fe contractual, ofreciendo a las partes interesadas en un negocio inmobiliario la seguridad jurídica necesaria para llevar a buen término la operación que sea, bajo la legalidad vigente, en particular la política de viviendas y protección oficial y los derechos y garantías del consumidor, así como toda una serie de exigencias profesionales como la lealtad, la reserva, la imparcialidad, la objetividad, la trasparencia o la información veraz, sin olvidar un cúmulo básico de conocimientos técnicos y jurídicos[13]. En fin, un marco de actuación en el que se habrían de velar los intereses generales, no obstante los particulares en presencia afecten radicalmente este tipo de planteamiento[14], donde suele descubrirse buena parte de la litigiosidad en esta materia. El código deontológico[15] y régimen disciplinario colegial del mediador enlaza con fianzas o aseguramientos frente a eventuales

---

[11] Joaquín Garrigues Díaz Cañabate, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág. 678; la escasa consideración social del oficio de mediador en Roma (era el *proxeneta*) incrementa valor en la Italia de la Edad Media, monopolizando una función que es funcionarizada, corporativamente organizada bajo fuertes obligaciones. Cuando en este periodo se culmina su importancia, en el siglo XIII, se redactó el Código de Costumbres de Tortosa, llegando el sistema de restricción y monopolio hasta las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

[12] No obstante resulta todavía patente la subsistencia del antiguo sistema de privilegio en el Código de Comercio español de 1829.

[13] En relación con la buena fe, vid. Miguel Godream Robles, «Lealtad y buena fe contractual», en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* núm. 609, marzo-abril de 1992, págs. 291 a 343; Manuel García Amigo, «Consideraciones a la buena fe contractual», en *Actualidad Civil,* 2000-I, págs. 1 a 15; José Carlos Espigares Huete, «La globalización de la garantía: límites y concreción de la buena fe», en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 269, julio-septiembre de 2008, págs. 901 a 948; Íñigo de la Maza Gazmuri, *Los límites del deber precontractual de información,* Civitas, Cizur Menor, 2010.

[14] En este sentido, vid. Francisco Javier García-Valdecasas y Álex, *La mediación inmobiliaria. La mediación, agentes de la propiedad inmobiliaria: terminología, señas de identidad, contrato de mediación, protección inmobiliaria, su problemática y la de la mediación en general,* Aranzadi, Pamplona, 1998.

[15] La CEAB aprobó en Bruselas el CD europeo el 31 de marzo de 2006.

responsabilidades directas (así desde el art. 11 del Reglamento de 1969), pero por encima de todo ello suele resaltarse la exigencia experta y humana de quien ha de prever las dificultades, adelantarse a los problemas, conocer a las personas, sus actos y sus efectos. Porque en muchas ocasiones depende del mediador el futuro de una persona o una familia[16].

Pero es sabido que las mencionadas disciplina y deontología pierden virtualidad para aquellos profesionales no colegiados, mientras que la colegiación únicamente se dirige a los agentes de la propiedad inmobiliaria, situación que en realidad marca su propia discriminación. Estos, a fin de ejercer dicha profesión, en teoría debieran tener el título que expedía el Ministerio de Vivienda (hoy Ministerio de Fomento) tras superar las correspondientes pruebas de aptitud —previa titulación de licenciado universitario o diplomado técnico universitario superior o medio— y encontrarse colegiados, propiciando con esto último la protección de terceros a través de seguros colectivos que por razón de la actividad contrata el colegio profesional correspondiente. Dicho sea que hace años no se convocan pruebas estatales específicas de acceso, lo que ha supuesto la elaboración de regímenes estatutarios a un nivel autonómico, donde se admite el acceso directo de los graduados en Estudios Universitarios a convalidar por el Consejo Rector de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, o bien se precisa la licenciatura en Derecho, Ciencias económicas, Arquitectura o Ingeniería más dos cursos de formación complementaria durante el primer año de ingreso.

2.2. Libérrima «profesión» y entidades jurídicas o de hecho (sociedades, agencias y franquicias)

Todo lo anterior no puede llevarse a cabo si faltan determinadas facultades. No ya, obviamente, propias de la capacidad civil y de obrar, sino deudoras de una exigencia adicional característica o propia del mercado inmobiliario destinatario. Pero en el terreno de la capacitación y la titulación no se llega a ningún tipo de conminación normativa. Esa mayor exigencia, propia del marco sectorial de actuación, solo se requiere formalmente para determinados profesionales, que en cierto modo resultan perjudicados frente a muchos otros sujetos dedicando al mismo trabajo sin prácticamente afrontar ningún tipo de requerimiento legal.

La liberalización civil y administrativa de la actividad ha permitido la intervención de terceros no profesionales, y en efecto mucho menos sometidos al régimen que es propio de los agentes de la propiedad inmobiliaria, así como de múltiples sociedades de gestión y mediación, normalmente en régimen de

[16] *Sic* autores como García García; vid. «Los agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el Registro de la Propiedad», en *Actualidad Civil,* núm. 8, 1 de marzo de 1993.

responsabilidad limitada, que plantean la elusión de consecuencias significativas para las personas físicas que las forman, con o sin simulación subjetiva, en el bien entendido que el cliente acude a la sociedad y de ella obtiene el servicio. Pero debiera ser el mediador inmobiliario actuante el responsable último de los posibles daños y perjuicios directamente vinculados a la actividad que en concreto haya desplegado, sin perjuicio de la también responsabilidad societaria, lo que en tal caso añadiría una cobertura de mayor seguridad, pese a que en la práctica no haya sido así por causa de la insolvencia y oscurantismo contable de una gran mayoría. De cualquier modo, si ese mediador ajeno a la colegiación no está suficientemente capacitado, y más aún cuando se trata de un empleado meramente contratado como comercial, no se vinculará a ningún control específico, en detrimento de los derechos y garantías del consumidor final.

Es lo cierto que la limitación al asociacionismo entre agentes de la propiedad inmobiliaria, en su día llevada a efecto por el Decreto 55/1975 con motivo de la STS de 16 de mayo de 1972 —que anuló el art. 3 del Reglamento de 1969—, pretendió luchar contra la impunidad por responsabilidad personal en el ejercicio de la mediación. En este sentido, se anudó la asociación a la sociedad civil con ánimo de lucro, mas no mercantilizada, a través de sociedades colectivas o en comanditas. En tales casos el socio capitalista respondería con lo aportado a la sociedad, pero los socios colectivos o comanditarios deberían ser agentes de la propiedad inmobiliaria y asumir responsabilidades con su patrimonio personal. El problema práctico, en el que sociedades limitadas o mercantiles en general hacen negocio de la actividad mediadora, se sostiene merced a la jurisprudencia al uso, que admite su intervención pese a la dicción legal, por entender que las normas reglamentarias o administrativas no suponen proclamación de exclusividad alguna de las funciones propias de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no permiten nulidad de una sociedad de responsabilidad limitada en función de su objeto social —únicamente podría anularse por causa restrictivamente tasada—, sin afectar el tráfico civil y comercial y la libertad de contratación, y no pueden afectar el ordenamiento jurídico privado[17]. Básicamente, esta jurisprudencia se colocaría en contra de un intervencionismo administrativo o corporativo y recordaría que el respeto de intereses colegiales y corporativos ha de tutelarse desde el marco de la Ley de Colegios Profesionales y en su caso del Derecho administrativo sancionador.

Las agencias, sucursales y franquicias de las sociedades de mediación, acrecientan exponencialmente los riesgos sobre capacitación, profesionalidad y responsabilidad de la actividad intermediadora, claramente prefigurada ya como mercantilizada y crematística, donde diluida la imparcialidad y objetividad del actuante y elevada al máximo la publicidad y el marketing mercantilista neolibe-

[17] SSTS 31-I-1990 (Ar. 1995), 3-X-1995 (Ar. 6982).

ral, no resulta sorprendente la incorporación de cláusulas abusivas en contratos de adhesión sin control público ni corporativo alguno.

En este ámbito de actuación, además, no son extrañas las ventas en tránsito, donde la agencia inmobiliaria obtiene una finca cuya posesión, mientras no revenda para enriquecerse con el sobreprecio, puede entregar a tercero sin poseer efectivamente el objeto de venta, colocándose como poseedor distinto del dueño y reteniendo exclusivamente la posesión mediata, mientras que el comprador obtendrá la inmediata, que gozará un efecto analógico al del artículo 1463 i.f. del Código Civil[18]. En todo caso, esta actividad, significativamente especulativa, se separa de manera inevitable de la intermediación inmobiliaria, aunque pueda considerarse, en general, una forma de colaboración.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, definidas como aquellas que tienen por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, trató de organizar el ejercicio de las profesiones colegiadas a través de las sociedades, generando con ello un nuevo tipo de profesional colegiado, la propia sociedad bajo un contexto de garantía para el cliente o usuario del servicio profesional y de garantía de seguridad jurídica en general, ampliando los sujetos responsables. En consecuencia, los agentes de la propiedad inmobiliaria que ejerzan de forma colectiva sus funciones, deben constituirse en sociedad profesional (art. 1 de la citada ley), bajo cualquiera de las formas societarias legalmente previstas, cuya normativa específica será supletoria de la Ley 2/2007. No obstante, la cuestión abre polémica a la vista de la actual liberalización del mercado en este sector, sobre todo teniendo en cuenta que la «actividad profesional», que define el objeto de las sociedades profesionales, requiere titulación universitaria oficial o profesional. En cualquier caso, como sociedad profesional no será posible realizar actividades más allá del objeto social definido o mediante personas no inscritas en el colegio profesional correspondiente. Y será obligatorio suscribir un seguro de responsabilidad civil por la que pueda incurrirse en el ejercicio de la actividad que constituya su objeto social. Las sociedades ya constituidas con anterioridad tuvieron que regularizar su situación al tiempo que adaptar sus estatutos en el plazo de un año[19].

Los derechos y obligaciones de la actividad profesional se imputarán a la sociedad profesional, sin perjuicio de la responsabilidad personal profesional. La responsabilidad patrimonial social, en principio bajo el régimen de sociedad adoptado o constituido para la responsabilidad de los socios, frente a las deudas sociales derivadas de los actos profesionales propiamente dichos hará responder

---

[18] SSTS 10-VII-1997 (Ar. 5464); 3-XII-1999 (Ar. 8974); 4-IV-2002 (Ar. 3228); 22-XII-2002 (Ar. 10136).

[19] A su vez, debían ser disueltas de oficio si todo ello no se verificaba en un año y medio, lo que ofrece un control registral más sencillo a través de los colegios profesionales de agentes de la propiedad inmobiliaria, si bien la liberalización de este mercado complica el sistema.

a los socios en solidaridad con la sociedad, aplicando reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual (art. 11 de la Ley 2/2007). Importa destacar que el régimen de responsabilidad establecido se aplica también a aquellos profesionales que desarrollen colectivamente su actividad profesional, sin constituirse en la sociedad prescrita. Bastará que ese actuar conjunto suponga la emisión de facturas, recibos u otros documentos bajo una denominación común o colectiva, o que simplemente desarrollen su actividad públicamente bajo esa denominación (DA 2.ª de la Ley 2/2007).

Por cierto que el delito de intrusismo no resultará viable, por cuanto no hay exclusividad ninguna que limite la actividad intermediadora[20]. De manera que aunque la jurisprudencia penal haya condenado por este injusto[21], conforme a la Directiva comunitaria 67/43 será la normativa nacional la que establezca la reserva de ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a favor de las personas que venían ejerciendo la profesión regulada de agente de propiedad inmobiliaria[22]. E inmediatamente debe recordarse que la jurisprudencia constitucional había indicado que no exigir un título académico para ejercer la mediación impedía incluir a los mediadores no titulados dentro del tipo penal de intrusismo profesional[23], tesis no alterada por la reforma del Código Penal, según la cual desapareció de la descripción típica la palabra «académico».

3. EL CONTRATO

3.1. El servicio objeto de la prestación

La prestación de un servicio, útil y ajeno, desde un punto de vista tradicional, se describiría como obligación de hacer (arts. 1088, 1098, 1120 II, 1123 III, 1161 II, 1184, 1254 CC), que básicamente se adapta a la normativa de las obligaciones de dar, sufriendo una denunciada insuficiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal[24], sin olvidar la vejez de un Código Civil fuertemente vinculado en su génesis a la economía agraria, que ofrece tanto parcialidad como generalidad

---

[20] Vid., en términos generales, Gonzalo Quintero Olivares, «Artículo 403», en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (él mismo dir.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1763 a 1767. En la consideración de que el agente de la propiedad inmobiliaria siquiera ejerce una «profesión», cfr. Álvaro Requeijo Pascua y José María Cervelló Grande, «Una aproximación administrativa al delito de intrusismo en materia de intermediación inmobiliaria», en *Revista del Poder Judicial,* núm. 32, diciembre de 1993, págs. 165 a 175.

[21] Por ejemplo, SSTS 23-II-1983 (Ar. 1715), 10-VII-1990 (Ar. 6282), 10-I-1991 (Ar. 71).

[22] Tribunal de Justicia de la CEE, Sala 2.ª, 28-I-1992.

[23] STC 111/1993, de 25 de marzo, reiterada.

[24] Vicente Luis Montés Penades, «El encargo», en *La intermediación inmobiliaria, Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 47 y sigs. Vid. el antiguo Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, y la Orden de 4 de marzo de 1993. En la Ley del Derecho

para los contratos de los que se escribirá a continuación. Existe una primera distinción, desarrollada en el Derecho germánico, entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado[25]. En las primeras —cuya configuración más característica es el contrato de servicios— se cumple llevando a cabo una conducta experta respetuosa con las reglas específicas del arte u oficio que corresponda (la *lex artis ad hoc*) y la diligencia que corresponde al tiempo, lugar y personas intervinientes (art. 1104 CC), sin que importe que se haya o no logrado el objetivo de la actividad. Claro está que la falta de profesionalidad puede dificultar el enfoque de la diligencia debida basada en el profesional medio, inexistente, a pesar de que el servicio debiera considerarse profesional, acudiendo entonces a la diligencia debida del prestador no profesional del servicio, que será la general del buen padre de familia; el buen comerciante está excluido al esquivarse la profesionalidad. En las obligaciones de resultado, en cambio, debe alcanzarse el objetivo propuesto para satisfacer al acreedor, y solo a través de la consecución del objetivo pactado se satisface el negocio —se anudan al contrato de obra—. De este modo el resultado es parámetro de la prestación al tiempo que sistema de ponderación de los daños generados por el incumplimiento. Claro está que la obligación de mera actividad puede configurarse como un resultado, acaso instrumental e igualmente evaluable.

Son contratos de servicio el mandato, y por supuesto el arrendamiento de servicios[26], pero no existe un contrato de colaboración al que acudir como sistema supletorio o de cierre, como sin embargo pasaría con la compraventa respecto de otros negocios de cambio entre una cosa y un precio, régimen éste de difícil acomodo en el servicio. Pues, en el de servicio no se compra sino que se arrienda, siendo el precio el modo de obtener un uso o un disfrute limitado de la conducta ajena, además de que si no existe un intercambio la traslación de utilidad no se aprecia: no se adquiere la utilidad por precio, sino que se aprovecha la actividad o el resultado de la actividad. Pero el tipo de servicios puede agruparse en dos grupos claramente distinguidos, el de aquel profesional liberal que presta un servicio separado de quien lo encarga, por sí mismo o dentro de una empresa (el abogado, el médico o el arquitecto); y el de aquel otro caracterizado por la dependencia y la subordinación, ofrecido por

---

a la vivienda en Cataluña se establece como «oferta de la vivienda» atenta a la información mínima que distinga entre intermediario y propietario.

[25] Vid. Antonio Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado,* José María Bosch ed., Barcelona, 1993; Vicente Luis Montés Penades, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. 9, CGPJ, Madrid, 1995, págs 11 a 64.

[26] Conviene precisar que el Código Civil no regula el contrato de servicios prestado por los profesionales liberales, que es en la actualidad el principal ámbito de actividad donde juega el contrato de servicios; aunque no toda prestación de servicios efectuados por estos profesionales puede calificarse como contrato de servicios, en tanto pueden serlo de obra.

un profesional, con o sin titulación, trabajador por cuenta ajena e integrado en la organización empresarial del beneficiario.

La denominada «comisión de éxito» suele incorporarse como una cláusula adicional que eleva la retribución en función de un determinado resultado, pero se apoya en una obligación de medios, a modo de incentivo; no obstante el buen fin también puede suponer un condicionante, reductor de la retribución si no se consigue. Característica importante en este marco negocial es la incoercibilidad del hacer: el deudor no puede ser constreñido directamente, sino con mucho sustituido por tercero, siempre y cuando el contrato no haya tenido en cuenta la calidad y circunstancias personales del deudor —a no confundir con el carácter *intuitu personae*—, que de esta manera lo convertirían en infungible (arts. 1098, 1161 y 1166 CC). Con todo, importa mucho destacar la confianza o fiducia que pudiera coexistir, característica en el mandato, la sociedad o algún tipo de arrendamientos de servicios, porque junto con la intransmisibilidad consecuente —para el acreedor y para el deudor— se abre la hipótesis del desistimiento unilateral sin necesidad de alegar o probar justa causa, al igual que la extinción por fallecimiento de cualquiera de las partes (arts. 1594 y sigs., 1700.3.º y 4.º, 1732.1.º a 3.º CC).

3.2. La definición o tipo contractual viable

Las relaciones de colaboración en sentido estricto —según actividades de gestión de bienes o asuntos del comitente, importando la idea de la sustitución—, pueden dividirse según haya comunidad de fin entre los interesados —con o sin establecimiento de fondos comunes—, no haya esa finalidad común o se pretenda aportar una parte de algún elemento o de alguna utilidad para conseguir un fin que es propio de esa sola parte. Las relaciones de gestión también son relaciones de colaboración sin fin común entre contratantes, y así se observan el corretaje, la gestión empresarial, la comisión o la agencia, donde se comparte la ajenidad del interés al actuar. El contrato de comisión se encuentra significativamente regulado en el Código de Comercio, que complementa lagunas del Código Civil y del contrato de mandato; la Ley 12/1992, de 27 de mayo, se ocupa del contrato de agencia, mientras que son atípicos tanto la gestión empresarial originada en el *management* anglosajón como la mediación o corretaje, aun cuando éste se aprecie fragmentariamente legislada a través de actividades concretas como, por ejemplo, los transportes o los seguros, y precisamente la propiedad inmobiliaria. En el tráfico económico la intermediación y la cooperación entre agentes económicos es extraordinariamente frecuente, motivando las diversas figuras jurídicas mencionadas y un importante elenco de improvisación negocial, atípica, que incrementa las dificultades de interpretación cuando los pactos resultan confusos e imprecisos.

Rasgo común de las relaciones de gestión es que persiguen promover y estipular negocios jurídicos denominados «contratos de ejecución», donde se pretende un resultado concreto y no una mera actividad material, al tiempo que son constituidos profesionalmente. De entre todos ellos conviene centrarnos en el intermediario independiente y la mediación o corretaje[27]. Esta última se construye a través de la jurisprudencia, según la cual un sujeto pone dos o más partes en relación para la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas a raíz de relaciones de colaboración, dependencia o representación más allá de la propia del negocio concreto, y sin participar en el mismo personalmente, siquiera como simple mandatario, comisionista o representante de uno de los interesados[28]. En la práctica, no obstante, el mediador suele intervenir en los contratos celebrados, abriendo el régimen jurídico que en cada uno de ellos se haya pactado o se derive en modo genérico. Destaca particularmente, salvo pacto en contrario, que el mediador o corredor se someta al éxito de la gestión encargada —que hace llamar mediado el contrato de referencia— y es independiente del sujeto que le contrata. El resultado tiene lugar cuando se formaliza el contrato, a pesar, incluso, de que después se incumpla, se resuelva, o se padezcan incidencias que aborten los objetivos pretendidos por los contratantes.

Como contrato consensual, bilateral[29], aformal, oneroso (o hago para que tú des), atípico, innominado y aleatorio —a vista de su incierto resultado—, con obligación de retribuir al mediador —salvo pacto en contra, cuando se perfecciona el contrato mediado—, se rige por los pactos entre partes, siempre bajo las exigencias de licitud en la libre autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en su defecto, según las disposiciones generales sobre contratación, usos y costumbres (art. 1258 CC). Concretamente se añade que, en aquello que resulten aplicables *ad casum,* lo serán los preceptos positivos reguladores de las figuras contractuales que presentan íntima afinidad o especial relación de semejanza[30]. Cesa una vez el mediador relaciona a las partes que han de realizar el contrato final, habiendo sido el núcleo de la prestación de servicios

---

[27] Cfr. Francisco Javier García Valdecasas y Álex, *La mediación inmobiliaria…,* cit.; Daniel Rodríguez Ruiz de Villa, *El contrato de corretaje inmobiliario. Los agentes de la Propiedad Inmobiliaria,* Aranzadi, Cizur Menor, 2006; Antonio Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato y Carmen González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda,* Diles, Madrid, 2008.

[28] SSTS 12-XII-1902, 4-XII-1953 (Ar. 4002), 28-II-1957 (Ar. 997), 27-XII-1962 (Ar. 4889), 10-III-1992 (EDJ 2117), 21-V-1992, 19-X-1993 (EDJ 9253), 2-X-1999 (Ar. 7007), 21-X-2000 (Ar. 8811), 5-XI-2004 (Ar. 6657), 13-VI-2006 (Ar. 3368), 21-III-2007 (EDJ 17979), 30-III-2007 (EDJ 21898), 31-I-2008 (EDJ 10910).

[29] Dicho sea que cierto sector doctrinal aprecia la mediación como contrato unilateral, en el que sólo se obliga la parte que hace el encargo al mediador, mas parece incontestable que este último también se obliga, al menos a realizar con normal diligencia el ejercicio de la mediación.

[30] SSTS 21-III-2007 (Ar. 2356), 13-XI-2008 (Ar. 5918), 25-V-2009 (EDJ 120193).

la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario.

Sería lógico pensar que el régimen de funcionamiento entre quien encarga la intermediación inmobiliaria y el mediador contratado se contiene y limita en el propio pacto de mediación o encargo, pero en la práctica no existe una instrumentalización del encargo a través de poderes ni, en su caso, se introducen en un contrato de arras u otros preparatorios de la compraventa, como tampoco en la perfección o en la consumación de ésta. Será bajo el principio de la buena fe como se analice interpretativamente la voluntad, una vez admitida la concurrencia de elementos propios del mandato[31]. Además, abundan las condiciones suspensivas para el cobro del premio o comisión, del tenor de un devengo sólo si el negocio final se efectúa merced a la intervención del mediador, con sometimiento a un plazo temporal. Recuérdese, en este último sentido, que el contrato de mediación instaura una relación duradera, sea indefinida o por tiempo cierto (a una fecha o por la naturaleza temporal del servicio pactado), pero como principio de orden público se prohíbe taxativamente el contrato de servicios vitalicio —como prohibición de la servidumbre— y que si de ese modo se contratase se entendería que lo es por tiempo indeterminado. En la intermediación inmobiliaria el particular pudiera tener que ver con el comprador, a modo de la inversión especulativa cuya gestión básica entregase a un mediador, que en realidad no pretende adquirir un inmueble para sí sino todos aquellos que pudieran funcionar como inversión, indefinidamente, a fin de comprar para vender, lo que en la actualidad respondería, a diferencia de lo ocurrido pocos años atrás, con importantes fondos de inversión proyectados a medio y largo plazo.

3.3. La ampliación del contrato base

Es común indicar, en este tipo de regulaciones positivas, jurisprudenciales o supletorias, la salvedad del pacto en contrario, y ciertamente que los acuerdos complementarios de la intermediación inmobiliaria fundamentan subtipos o nuevas figuras contractuales, lo que hace muy difícil establecer parámetros generales para la interpretación y supone abordar un acopio de casuística nada fácil de manejar en el sistema jurídico continental.

Y puede ocurrir que la extralimitación de la intermediación tipo se efectúe sin el consentimiento previo del comitente, lo que impone de necesidad su ratificación para evitar nulidad del contrato en su caso celebrado, por ejemplo, con un precio de venta más bajo del previsto, a costa de una parte de la

[31] Por todas, STS 27-IV-1957 (Ar. 1.603). La distinción entre la mediación y el mandato es, por lo demás, reiterada; cfr. SSTS 8-IV-1991 (Ar. 2678), 10-III-1992 (Ar. 2167), 19-X-1993 (Ar. 7744) y muchas otras.

comisión o manteniéndola intacta. Hasta que no se produzca la ratificación el negocio se encontraría sometido a *conditio iuris*, colocándose en un estado de suspensión[32]; mientras que la ratificación, expresa o tácita, genera efectos *ex tunc* —distinguiéndose de la confirmación del contrato anulable, con efectos *ex nunc*—, no obstante la retroacción nunca podrá afectar a los terceros que, *medio tempore,* hubieran adquirido su derecho. Claro que a tenor de las normas del mandato, aquí aplicables, no se entiende que se incurra en extralimitación cuando el encargo es concluido de forma más ventajosa, bien obteniendo mayor precio del estipulado a favor del vendedor o menos para el comprador, y no ya a costa de la remuneración que uno y otro hubieran pactado pagar, pues este particular ya no sería relevante en ese punto.

Únicamente a través de un acuerdo explícito puede intervenir el corredor en el contrato mediado, o asumir la obligación de contratar o garantizar el cumplimiento que corresponde a un tercer individuo, sin que tener autorización para recibir una paga y señal implique apoderamiento tácito para vender en nombre de otro[33]. Pero la variada tipología complementaria aboca un buen cúmulo de figuras jurídicas que, además, están resultando convenientemente llamadas para servir de régimen supletorio al contrato básico de corretaje o intermediación inmobiliaria.

Bajo la perspectiva de la legislación mercantil los mediadores son personas que colaboran en la actividad de los empresarios sin estar ligadas a ellos por un vínculo jurídico permanente y estable. El contrato de mediación o corretaje mercantil se lleva a cabo caso por caso, según el cual el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto[34]. El carácter mercantil del contrato de mediación simplemente deriva de la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador. Pero no debe confundirse con la comisión mercantil aunque resulte afín. La actividad del mediador, a diferencia de la del comisionista, no es propiamente jurídica sino material: la aproximación de dos futuros contratantes. Como tampoco puede identificarse con el contrato de obra, en el bien entendido que el mediador, salvo pacto expreso complementario, despliega una actividad de búsqueda de posibles contratantes pero no se compromete ni obliga a alcanzar un resultado u obra determinada, se concluye que la mediación ha de considerarse contrato especial innominado, cobijado por el principio de libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil[35]. De ahí que, sin una regulación jurídica positiva, se atienda al contenido y efectos del propio contrato suscrito entre las partes, a lo que establezcan los usos

---

[32] STS 26-X-1999 (Ar. 7625).

[33] STS 19-X-1993 (Ar. 7744), 7-III-1994 (Ar. 2198). La realización de actos de riguroso dominio imponen mandato expreso; STS 6-III-2001 (Ar. 3973).

[34] SSTS 5-V-1973 (Ar. 1541), 5-VI-1978 (Ar. 1779).

[35] Por ejemplo, SSTS 3-VI-1950 (Ar. 1.250), 27-XII-1962 (Ar. 5692), 3-III-1967 (Ar. 972).

de comercio y las normas del contrato de comisión que pudieran ser aplicadas por analogía, sin perjuicio de las obligaciones que la legislación imponga a los agentes mediadores colegiados.

En el Derecho Civil, el mandato supone que el mandatario asumirá la obligación de realizar actos jurídicos para el ámbito de quien se los encarga como mandante, tratándose de actos de gestión de los asuntos de este último, por lo que aquél se supedita a éste. Pero la identificación sustancial del mandato civil y la comisión mercantil convierte a ésta en un mandato cualificado por la naturaleza mercantil del acto u operación que constituye su objeto y por la intervención de un comerciante, como mínimo, en el contrato. Sencillamente se trata del mandato mercantil[36]. El mandato civil es gratuito salvo pacto en contrario, sin embargo se presume retribuido cuando el mandatario es un gestor profesional (art. 1711 CC). Mas no exige, ineludiblemente, el carácter mercantil del servicio, encargo u operación, lo que distingue ambos tipos de mandato a pesar de que la gestión profesional suponga por regla retribución o remuneración. La comisión también se acerca a la definición del arrendamiento de servicios, pero en éste el precio cierto resulta esencial, mientras que la retribución del comisionista no es elemento esencial del negocio, sino natural (art. 277 Ccom). Y no se olvide que, al tiempo que el arrendamiento de servicios tiene por objeto actos materiales, el objeto de la comisión mercantil se circunscribe a actos u operaciones jurídicas de carácter mercantil. En este sentido, son especialmente aptas para servir de objeto a la comisión tanto la compraventa como el transporte. El artículo 272 del Código de Comercio recoge el pacto de garantía según el cual en la práctica mercantil —como comisión de garantía (*star del credere*)— el comisionista se obliga a responder del buen fin de la operación[37], a pesar que, de ordinario, no responda en la comisión de venta de la solvencia del comprador ni de su retraso en el pago del precio. El intermediario inmobiliario del propietario vendedor, si se sujeta al buen fin de la operación para cobrar su remuneración, no dejará de vincularse a la solvencia del comprador y puntualidad en el pago a modo de comisión de garantía. No se trata de una fianza ni de un seguro, simplemente es un pacto contractual que se yuxtapone al básico de la mediación, ampliando el sistema normal de responsabilidad del intermediario.

3.4. Las hipótesis de resolución

Distinto de lo anterior es la revocación o desistimiento unilateral como causa extintiva del propio contrato de mediación, figura jurídica abiertamente

[36] Rodrigo Uría González, *Derecho Mercantil,* Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 737 y sigs.

[37] Por todas, STS 4-X-1986 (Ar. 5020).

admitida cuando no exista plazo o éste se haya pactado «indefinido», enlazando con el principio de no perpetuidad de las relaciones obligacionales y a pesar de que el desistimiento unilateral no se encuentra entre las causas extintivas del artículo 1156 del Código Civil[38]. La discusión proviene de supuestos contractuales donde se pactó un tiempo de duración contractual, que bajo la regla del *pacta sunt servanda* y que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse en manos de uno de los contratantes (art. 1256 CC) sólo permitiría desistir si la propia Ley así lo autorizase[39], o lo hayan hecho los propios interesados al contratar. En cualquier caso, la base sustantiva de este tipo de terminación anormal se coloca contra la recíproca confianza que hubo al contratar, y aunque en principio no suprime los derechos —por ejemplo, del art. 279 CCom—, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica[40]. Desde el punto de vista del mediador, en particular, la renuncia no exonera obligaciones hasta que la otra parte pudiera adoptar las medidas procedentes para suplir la falta, lo que ha de entenderse en una negociación intermediada ya en curso, pues difícilmente tenga sentido cuando todavía no se ha determinado un posible tercero contratante. Y aun sin necesidad de causa justa la renuncia tampoco elude, por exigencias de la buena fe, un preaviso razonable si es que no hay pactado uno en concreto, en buena medida relacionado con lo anterior.

La jurisprudencia ha venido estableciendo que sólo cuando la resolución unilateral contractual vulnere el plazo de preaviso acordado, sea contraria a las exigencias de la buena fe negocial o resulte abusiva, cabrá admitir la procedencia del derecho a la indemnización. Ésta no derivará del contenido negocial inicialmente pactado, sino del incumplimiento del pacto, sea respecto de la forma de denuncia unilateral, sea en referencia a la omisión de bondad negocial (art. 1258 CC y 57 CCom.), o del ejercicio abusivo o malicioso de un derecho (arts. 7.1 y 7.2 CC), imponiendo en cualquier caso la carga de la prueba de los daños y perjuicios y su cuantía a quien los alegue.

En el ámbito de la comisión mercantil la revocación habrá de ponerse en conocimiento del comisionista para que surta efecto, y mientras no se notifique, los actos y contratos ejecutados por el comisionista serán válidos y eficaces respecto del comitente. Los posteriores a la notificación correrán de cuenta del comisionista, ya sin tal condición. En el ámbito de la intermediación inmobiliaria la validez y eficacia contractual referida dependerá de que, junto con el contrato de mediación, exista representación suficiente para contratar. Pero en cualquier

[38] El mediador es el que desistiría en sentido propio, mientras que el mediado renuncia o revoca el encargo; SSTS 2-V-1963 (Ar. 2407), 9-X-1965 (Ar. 3251) ó 13-XI-2008 (Ar. 5918).

[39] Vid., por ejemplo, artículos 644 y sigs., 1598, 1700, 1732, 1733, 1736, 1594, 1775, 1776 del Código Civil; SSTS 17-IX-1983 (Ar. 4544) ó 14-III-1986 (Ar. 1252).

[40] SSTS 6-XI-2006 (Ar. 9425) y 25-V-2009 (Ar. 3040).

caso las gestiones realizadas por el intermediario deben considerarse retribuidas mientras no llegue a su conocimiento la resolución unilateral del contrato. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio que los efectos posteriores a esa resolución unilateral, pero nacidos en actos de gestión del mediador previos a la misma, engendran derecho de remuneración; dejando a un lado la posible discusión sobre aceptación o no, por parte del mediador, de la apuntada resolución unilateral, y por supuesto las dudas sobre una correcta comunicación recepticia de ésta, si el destinatario evita recibir notificación alguna en el domicilio designado o por los medios hasta ese momento utilizados sin inconveniente entre las partes.

4. DERECHOS Y OBLIGACIONES

4.1. En general

El ya aludido Decreto 3248/1969 desarrolló los deberes y obligaciones de los agentes de la propiedad inmobiliaria, lo que en la actualidad ha venido considerándose mesura del grado de diligencia o de pericia exigibles, a través de los mecanismos de integración del contrato (art. 1258 CC), perfilando una especie de regulación básica de la intermediación inmobiliaria en el ámbito de la ética negocial. Singularmente se acude a los artículos 7.1, 7.2 y 1104 del Código Civil, y también a aquellos otros preceptos que prohíben y sancionan prácticas abusivas en protección de los consumidores[41]. Infringir las reglas no supondrá, sin más, responsabilidad del mediador, pero el contenido normativo servirá para evaluar su conocimiento y diligencia, estableciendo en su caso la culpa y así la obligación de resarcir eventuales daños y perjuicios.

4.2. Remuneración y reciprocidad en las relaciones de lealtad e información mutua

Los honorarios del mediador, normalmente en forma de comisión y como porcentaje del precio de la operación, en menos ocasiones como tanto alzado, se apoyan en la libertad del pacto bajo el régimen general de los contratos (art. 1255 CC). En principio constituyen un elemento esencial del negocio jurídico, si bien existen casos en que, no pactado el precio o importe del servicio,

[41] En general deberá acudirse a la normativa fundamental (la refundida Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; previa la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios), sin que existieran expresas previsiones en la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, o la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

se activan diversos mecanismos para su determinación, en aras de evitar un enriquecimiento injustificado y soslayando el hecho de que la actividad mediadora no puede ser gratuita salvo cuando tal circunstancia sea expresa o implícitamente asumida por la mera liberalidad del propio mediador. Éste tendrá derecho a su recompensa cuando ponga en relación las partes que han de celebrar un futuro contrato determinado[42]. No importa que después resulte frustrado el negocio, se perfeccione o se consume[43].

La ausencia de pacto expreso, así como de una tarifa o emolumento tasado, abre la vía de la equidad[44], a través de una aplicación analógica del artículo 277.2 del Código de Comercio, normalmente atendiendo a criterios profesionales, ponderando los hechos tanto cualitativa como cuantitativamente. En tal sentido, orienta la valoración procedente tanto el servicio o función efectivamente prestado (compra y venta, permuta, opción de compra, cesión de derechos, traspasos, promociones, reparcelación, etc.) como el tiempo efectivamente dedicado, la naturaleza y localización del inmueble, el precio de la operación y las gestiones adicionales a la misma, directamente propias del mediador o asumidas por éste pero de natural correspondientes a los contratantes. Es de apoyo interpretativo el artículo 1287 del Código Civil, que se sirve de la práctica o usos externos a las partes, de terceros en la misma situación y circunstancias que los propios contratantes consideran aplicables a su negocio jurídico y que sirven para entenderlo y regirlo correctamente, excepto cuando no sean razonables *ad casum:* son comportamientos interpretativos generalizados y objetivos, extendidos en textos normativos de nuestro entorno. Ejemplos los hallamos en vigentes Códigos Civiles, sea el francés o el italiano, así como el artículo 8.3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías o el artículo 5:102 f de los Principios de Derecho europeo de los contratos[45].

Salvo un pacto expreso en sentido contrario, es la eficacia de la actividad intermediada —que se plantea como condición suspensiva del cobro[46]— la que da derecho a la percepción de los honorarios, siempre y cuando sea consecuencia de la actividad profesional llevada a cabo por el agente mediador, que sólo en función de cláusulas específicas podría responder del buen fin de la operación.

---

[42] SSTS 2-V-1963 (Ar. 2458), 19-XII-1985 (Ar. 6600), 3-I-1989 (Ar 91), 26-III-1991 (Ar. 2447), 10-III-1992 (Ar. 2167), 21-V-1992 (Ar. 4272), 30-XI-1993 (Ar. 9222), 4-XI-1994 (Ar. 8368).

[43] SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 28-VI-1998.

[44] STS 11-VII-2007 (EDJ 100747).

[45] Cfr. Ole Lando y Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II,* Kluwer Law International, La Haya, 2000; vid. también, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Encarna Roca Trías y Antonio Morales Moreno, *Los principios del Derecho europeo de contratos,* Civitas, Madrid, 2002.

[46] STS 10-X-2007 (EDJ 188940).

Con esta noción de partida se utiliza la previsión del artículo 272 del Código de Comercio para la comisión, sin olvidar que, no siendo un contrato de plazo indefinido, el tiempo negocial debiera estar fijado desde el comienzo[47].

Caso particular considerar que pagar el precio de la compraventa devenga comisión aun cuando tal precio no derive del curso normal del contrato efectivamente intermediado, sino que haya sido obtenido a través de un litigio judicial —ejercitando el derecho al cumplimiento del art. 1124 CC— que acaba en sentencia condenatoria o que finaliza anormalmente mediante el desistimiento —en el ejercicio de la acción procesal—, la pérdida sobrevenida del objeto o la transacción[48]. Ahora bien, si el pago no se produce bajo el pacífico cauce del compromiso pactado a través de la intermediación, sino que es compelido a través de un proceso judicial —se anticipe o no su final mediante el acuerdo entre litigantes—, la batalla litigiosa entablada pone en entredicho el buen fin pactado con el mediador, que infería la ausencia de inconvenientes para percibir el precio, inconvenientes que soportará el vendedor en el plano económico y temporal: habrá reclamado por incumplimiento, habrá gastado dinero en la postulación procesal (normalmente abogado y procurador) que no siempre recobrará si no se pacta con costas procesales incluidas o se dicta sentencia con éstas a su favor y, sobre todo, habrá padecido una demora más o menos significativa, dependiente del curso del proceso y eventualmente de la más o menos pronta terminación anormal del trámite.

La cuestión es que si se pactó que el vendedor no pagaría la comisión hasta percibir el total importe del precio de venta por parte del comprador, como buen fin de la operación, las vicisitudes en perjuicio del primero, aunque dependan exclusivamente del segundo, habrían de afectar al mediador que como tal asumió la gestión hasta la consumación del contrato, al menos en el ámbito del pago del precio todo y a pesar del riesgo que supone que el abono de ese importe corresponda al comprador. Es más, en el ejemplo jurisprudencial antes citado —basado en el cobro, finalmente, del precio, a través de una transacción judicialmente homologada—, el acuerdo entre comprador y vendedor podría suponer una rebaja del precio inicialmente pactado, así como la no inclusión de costas y gastos procesales que el demandante habría soportado durante el tiempo que durase el pleito. Y mientras esto último no parece participar del buen fin de la operación en su día asumido por el mediador, la rebaja del precio afectaría igualmente la comisión si se considera que ha de reducirla proporcionalmente —sobre todo si la misma era un porcentaje del precio de venta mediado— o, incluso, si se entiende que no ha lugar a ella cuando el precio como elemento

---

[47] SSTS 12-III-1986 (Ar. 1176), 18-IX-1986 (Ar. 4713), 1-XII-1986 (Ar. 7190), 17-V-1990 (Ar. 3734), 6-X-1990 (Ar. 7478), 11-II-1991 (Ar. 1193), 26-III-1991 (Ar. 2447), 21-V-1992 (Ar. 4272).

[48] En este sentido, por ejemplo, STS 12-VI-2007 (EDJ 70082).

esencial ha sido incumplido, abonando exclusivamente los gastos de gestión efectivamente realizados por el intermediario, cuando los hubiere.

Se trataría, desde el punto de vista material, de un incumplimiento parcial del negocio jurídico, sin que pueda resolverse como sucede para los supuestos de la novación o modificación de elementos objetivos del contrato —que pueden entrañar evidente fraude en perjuicio del intermediario— donde son el comprador y vendedor los artífices del cambio en detrimento del mediador. Se trataría, en fin, de una alteración ajena al mediador, sí, pero que tampoco dependerá exclusivamente del comitente, acaso abocado a negociar para obtener algún beneficio, y que quebraría las asunciones de riesgo del anterior. De igual modo que, puestos en contacto por éste el comprador y el vendedor —pactado el cobro de la remuneración a la perfección del contrato—, si no se compra no habrá remuneración, o la misma habría de reducirse si, comprando, no se adquiere según lo pactado a través del intermediario. Nace la posibilidad del fraude, claro está, en la generación de pleitos ficticios orientados a una terminación transaccional que justifique, en perjuicio del mediador y bajo el manto judicial homologador, la rebaja del precio de venta y así de su comisión, previo el torticero cálculo sobre la opción más rentable: cobrar el precio pactado por la venta de la cosa y pagar la comisión proporcional o a tanto alzado en su día negociada; o cobrar menos precio del inicialmente pactado, yendo a juicio abonando los gastos preceptivos del proceso y sufriendo demora, pero beneficiándose cuantitativamente de una rebaja o incluso supresión del importe de la remuneración en su día estipulada a favor del mediador.

4.3. La doble mediación

Si bien la doble mediación ha sido admitida en los Tribunales, sobre todo en la época del auge inmobiliario de este país, no en vano reconocida como jurídicamente viable a falta de una regulación positiva específica que la prohibiera expresamente[49], ya existen limitaciones explícitas en alguna norma sectorial y autonómica. En esta línea restrictiva se ha estimado que no basta el hecho de que la actividad del mediador satisfaga intereses de las varias partes contratantes (comprador y vendedor) que ha puesto en contacto, «es el comitente de la gestión mediadora y no el mediatario o tercero que, por efecto de la gestión desplegada termina contratando con aquél, el obligado al pago de los honorarios devengados por ella». Y pagará quien hubiera tomado la iniciativa de la

[49] Reconoce el derecho del mediador a cobrar tanto del comprador como del vendedor. SAP de Cádiz, Sección 6.ª, 15-II-2005.

mediación del agente[50]. En la historia de la intermediación, concretamente en la época en la que el mediador era un funcionario público, la imparcialidad era baluarte necesario y obligado, y en ese contexto de actuación se hacía perfectamente lógico que la remuneración se obtuviera, como se obtenía, de ambos contratantes, lo que por otra parte justificaba la fuerza probatoria de los asientos de sus libros, donde la anotación sin demora de toda operación no dejaba de comunicarse al fisco para que aquellos no evadieran impuestos, llegando incluso a merecer funciones de policía, como por ejemplo vigilar el cumplimiento sobre Derecho de hospitalidad respecto de los comerciantes.

En la actividad, el doble abono sería justificado cuando exista una duplicidad de encargos, por parte del comprador y del vendedor separadamente, generando con ello gestiones del mediador que respondan ante uno y otro como mediatarios u ordenantes, y en tal condición obligados al pago de un premio. O cuando efectúan un encargo conjunto, tomando de ese modo la iniciativa a la vez o aceptada desde el principio por quien no tuvo la iniciativa. Se trataría de dos contratos de mediación yuxtapuestos que confluirían en una misma mediación y en una misma operación mediada, pero que mantendrían su propia autonomía, mostrando así una estructura independiente entre sí, siendo cada uno de los oferentes deudor de la comisión a favor del mediador[51] o, en su caso, pactando el pago del premio por mitad. Deben respetarse, como es natural, los límites que la moral y el orden público colocan sobre la autonomía de la voluntad, al igual que los usos y las costumbres presentes sobre el particular. Y destacará la buena fe negocial en el ámbito de la generación efectiva de los contratos de colaboración mencionados, resultando ímprobo que el mediador genere artificialmente ese contrato con una de las partes necesarias para llevar a cabo la operación intermediada, de manera que la obligación de buscar terceros interesados acabe siendo llevada a cabo igualmente pero con carácter previo a forzar la necesidad de que los mismos se conviertan, también, en comitentes, mandatarios o simples ordenantes de la mediación.

4.4. Contratos colaterales. Determinación de obligaciones derivadas y responsabilidad

Ya se planteó la extralimitación como introducción básica de parte de lo que se dirá a continuación sobre las extralimitaciones del tercero no contratante en

[50] SSTS 5-V-1973 (Ar. 1541), 5-V-1978 (Ar. 1779), 20-XI-1984 (Ar. 5619) y 16-III-1996 (Ar. 2238); STSJ de Navarra, Sala Civil y Penal, 8-IV-2005.

[51] Josep María Espinet Asensio, «La mediación: su autonomía», en *La intermediación inmobiliaria,* Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 230 y sigs.

el contrato mediado. Conviene ahora recoger supuestos concretos de actuación y el régimen que les es aplicable.

Con carácter previo a la perfección del contrato mediado —en gran número de ocasiones la compraventa de una vivienda— pueden sucederse otros negocios jurídicos orientados en aquél, sean contratos de opción de compra o precontratos, promesas unilaterales de compra, promesas bilaterales de comprar y vender, preparatorios de compraventas o verdaderas compraventas incluso, al igual que negocios definidos como mera reserva en la adquisición de una vivienda[52].

La intermediación inmobiliaria como prestación de servicios entrelaza en modo irremediable con actos preparatorios del contrato de venta. Pero cuando el agente o mediador va más allá del encargo consistente en relacionar la oferta de venta con la demanda de compra —lo que es habitual habida cuenta el premio que prevé obtener—, asumiendo tareas en un principio asignadas al vendedor o al comprador, implica el análisis de las etapas propias de la perfección y consumación del contrato mediado, en fin, su eficacia e ineficacia bajo la teoría general de ese negocio jurídico. Ello llama la atención sobre el ámbito subjetivo de los pleitos en esta materia, donde mediador y comprador y, sobre todo, mediador y vendedor, obtienen la cualidad de parte demandada al mismo tiempo, precisamente en virtud de la extralimitación de funciones del primero[53]. Aunque no existe una situación procesal de litisconsorcio pasivo necesario, ni llamadas en causa, en el bien entendido que el título de pedir es distinto para cada uno de los demandados[54], resulta frecuente la acumulación de acciones: contra el vendedor se reclama la escrituración pública o la entrega de la posesión, así como devolución de arras e indemnización por vicios o por daños y perjuicios; contra el mediador el incumplimiento de sus deberes profesionales o la reclamación de cantidades entregadas a cuenta que guarda en depósito; y contra ambos pueden llegar a desdibujarse las pretensiones cuando no resulta claro que se haya actuado con mandato representativo o no representativo, con mandato aparente, actuar notorio, o por extralimitaciones del mediador ratificadas o no ratificadas.

En términos generales, el mandato representativo, en el que el propietario encarga a un tercero la búsqueda de un comprador pero también la venta misma, cuando es conocido por el comprador supone que la relación de compraventa

---

[52] María Esther González González, «Contratos previos a la perfección del contrato de compraventa de vivienda», en *La intermediación inmobiliaria, Cuadernos de Derecho Judicial,* núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 96 y sigs.

[53] En este sentido, vid., ampliamente, Francisco Javier Pereda Gámez, «Algunos efectos de la intermediación inmobiliaria en el contrato de compraventa», en *La intermediación inmobiliaria,* Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 170 y sigs.

[54] Vid., en general, Ricardo Yáñez Velasco, «Pluralidad de partes en el proceso civil», en *Economist & Jurist,* núms. 105 y 106, noviembre de 2006-enero de 2007, págs. 78 a 89 y 74 a 84.

tendrá lugar entre comprador y vendedor, apareciendo acciones directas entre ambos para reclamar cumplimiento o instar resolución. Cuando el mandatario actúa en nombre propio (art. 1.717 CC), sin conocer el comprador el mandato representativo, habría que distinguir entre situaciones donde el comprador conoce que la finca u otra cosa objeto de venta no es del mandatario, situación en que desaparece la *denegatio actionis* entre vendedor y comprador, produciendo iguales efectos que la representación indirecta del mandato no representativo: sólo responde el mandante, tanto del negocio gestorio como de la compraventa que trae causa.

Cuando el encargo de venta tiene lugar por mandato no representativo —a diferenciar de la venta de cosa ajena, porque es mandato de venta—, frente al comprador sólo responderá el mediador, que para aquél es vendedor, de ahí que el auténtico vendedor disponga de la *denegatio actionis* respecto del comprador, y este respecto de aquél; con independencia que en el régimen interno del mandato liquidarán mandante y mandatario los efectos indirectos de la gestión y la oportuna rendición de cuentas.

El carácter oculto de la intermediación inmobiliaria resulta difícil cuando la misma es profesional —bien como agente o empresa ya anunciaría implícitamente su actividad y cometido—, pero puede aparecer más fácilmente si el mediador no es un profesional, lo que supondrá que como mandatario en nombre propio sólo él responderá ante el comprador.

Cuando se produce la intervención del mandatario exteriormente, actuando bajo su propia autonomía jurídica y atendida su solvencia y responsabilidad por quienes con él contrataron, es mayoritario considerar que no se desvincula respecto de los contratantes[55]. Conviene puntualizar que, en relación con las actuaciones del mandatario *proprio nomine*, aunque los derechos adquiridos por éste en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esa titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante[56]. Y si se trata de bienes propios del mandante, bajo una tácita *contemplatio domini* se genera un poder de apariencia.

Puede ocurrir, naturalmente, que el mandante se aproveche de los actos efectuados sin autorización, creando como representado una apariencia de apoderamiento frente a terceros o restringiendo los poderes del mandatario más allá de la apariencia por él creada, sin adoptar al tiempo las necesarias medidas para impedir que esos terceros puedan sufrir confusión o incluso verse engañados a raíz de esa apariencia, sin posibilidad de superarla o preverla en modo racional[57].

---

[55] Por ejemplo, STS 22-IV-2005 (Ar. 3751).

[56] Francisco Javier García Gil y cols., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario,* DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2008, pág. 71.

[57] SSTS 5-IV-1950 (Ar. 990), 10-X-1963 (Ar. 4083), 10-II-1967 (Ar. 654), 25-X-1975 (Ar. 3774), 2-VI-1981 (Ar. 2491), 18-IX-1987 (Ar. 6067), 1-III-1990 (Ar. 1656), 18-III-1993 (Ar. 2024).

Se trata de la representación aparente, por la que el vendedor responde ante el comprador, a diferenciar de la venta nula de pleno derecho por falta de poder de disposición cuando el intermediario se haya irrogado el que no tiene (art. 1.259 CC). En estos supuestos, a salvo que el inconveniente pueda superarse bajo la forma de venta de cosa ajena, el agente será responsable frente al comprador[58]. Efectivamente, el vendedor no está vinculado jurídicamente con el comprador si el mediador sobrepasa los límites del encargo[59], pero el comprador debe poder reclamar contra el mediador salvo que se pretenda un total desamparo de sus derechos contractuales.

Finalmente, existen mandatos complementarios, tarea accesoria del mediador que tiene lugar cuando sus derechos se condicionan a la consumación de la venta intermediada, prolongándose las obligaciones de ese mediador en las fases de perfección y consumación[60]. Así las cosas, no funcionan realmente los principios generales de la mediación inmobiliaria sino los básicos de la comisión mercantil (arts. 244 y sigs. CCom) y del mandato (arts. 1709 y sigs. CC), bajo las reglas sobre nulidad de pactos celebrados en nombre de otro sin su autorización (art. 1259 CC).

El comprador puede suscribir una reserva abonando parte del precio, acto que puede llegar a calificarse como contrato de compraventa perfecto[61], como precontrato[62] o contrato de opción[63]. O puede pactar con el vendedor que la cantidad entregada a cuenta se cuantifique como arras penitenciales, pues de no hacerlo la paga y señal se consideraría meramente confirmatoria[64].

En el precontrato el mediador puede actuar como mandatario de alguna de las partes, normalmente el vendedor, que firmará con el futuro comprador en aras de conseguir la perfección de la compraventa[65]. La litigiosidad en este ámbito negocial nace con la realidad o no del mandato, por la posibilidad de vincular o no al mandante sobre lo suscrito por el mandatario (precio, condiciones), e incluso negando el primero la existencia del mandato —y obviamente una ratificación expresa— se abre el análisis de las facultades atribuidas al

---

[58] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 5-VI-2001 (Ar. 246697).

[59] STS 26-I-1999 (Ar. 324), 19-X-1993 (Ar. 7747); SSAP de Barcelona, Sección 17.ª, 18-VII-2004, Sección 14.ª, 26-IV-2005 (Ar. 171942).

[60] SSTS 3-I-1989 (Ar. 91), 23-IX-1991 (Ar. 6843), 5-II-1996 (Ar. 1.088), 30-IV-1998 (Ar. 3460), 21-X-2000 (Ar. 8811), 5-XI-2004 (Ar. 6057).

[61] SAP de Zaragoza, Sección 4.ª, 20-XII-2002: precio y apartamento identificados y abono parcial del primero a cuenta.

[62] SSTS 28-XII-1995 (Ar. 9402), 11-VI-1998 (Ar. 4679); SAP de Murcia, Sección 1.ª, 30-X-2006; SAP de Alicante, Sección 6.ª, de 13-XII-2005.

[63] SAP de Las Palmas, Sección 2.ª, 17-XI-1997.

[64] En contra, Manuel Albaladejo García, *Las arras en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Edersa, Madrid, 1996.

[65] Sobre esta figura jurídica, vid. Carmen Sánchez Hernández, *El precontrato inmobiliario. Cláusulas abusivas de la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.

mediador inmobiliario, lo que llevará hasta el contrato de corretaje suscrito entre éste y aquél. Al fin y al cabo acaba siendo un problema de prueba que a veces conduce hasta la ratificación tácita, en atención al tiempo durante el cual la parte vendedora se mostró conforme con el contrato celebrado entre la parte compradora y el mediador que cobró una porción de honorarios a cuenta.

Por último, conviene subrayar que el precontrato no permite la retención de ninguna cantidad entregada a cuenta salvo habiendo mediado pacto de arras penitenciales. Cuestión distinta la viabilidad de la reclamación de los daños y perjuicios producidos, a pretender contra quien se desligó sin justa causa del obligado por un precontrato o promesa de compra de vivienda que entregó cantidades a cuenta[66].

4.5. En particular: arras penitenciales recibidas por el mediador y derecho de retención a cuenta de la remuneración de este último

Las arras suelen tener especial incidencia en el ámbito de la reclamación de honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria u otro mediador, pero como ineludible punto de partida se hace preciso indicar que no se admiten pactos de arras en un contrato de mediación[67]. Es viable, con todo, que el mediador suscriba un contrato de arras —todo dependería de la extensión del mandato recibido por parte del vendedor, o de la ratificación expresa o tácita de éste que *a posteriori* pudiera llevar a cabo[68]—; incluso que retenga cantidades percibidas en tal concepto.

Claro está que sería el propio mediador quien respondería por sí cuando si no existiera mandato o cuando éste no cubriera la hipótesis de contratar arras, sin que tampoco mediara, posteriormente a las mismas, ratificación expresa o tácita de la propiedad[69]. Como sea que las arras muestran una naturaleza jurídica

---

[66] SAP de Tarragona, Sección 3.ª, 6-V-2004, FD 1.º

[67] Sobre el contrato de arras, véase, entre otros, María Elvira Alfonso Rodríguez, *Las arras en la contratación,* Bosch, Barcelona, 1995; Manuel Albaladejo García, *Las arras...,* cit.; Beatriz Verdera Izquierdo, *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho patrimonial,* Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005; Luis Estival Alonso, *El contrato de arras, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad,* Madrid, 2006; cfr. SSTS 24-IV-1956 (Ar. 1612), 10-III-1986 (Ar. 1167), 12-VII-1986 (Ar. 4504), 23-III-1996 (Ar. 2586), 26-VI-1997 (Ar. 5396); SSAP Barcelona, Sección 12.ª, 5-VI-2001; Málaga, Sección 1.ª, 4-XII-2001; Badajoz, Sección 3.ª, 27-VII-2002; Asturias, Sección 6.ª, 14-X-2003; Barcelona, Sección 16.ª, 30-X-2003; Madrid, Sección 10.ª, 21-VI-2004; Segovia, Sección 1.ª, 28-IV-2005; Alicante, Sección 6.ª, 25-VII-2006.

[68] SAP de Valladolid, Sección 3.ª, 15-VII-2003.; vid. SAP de Barcelona, Sección 14.ª, 8-II-2002.

[69] La responsabilidad exclusiva del mediador puede plantear las hipótesis de venta de cosa ajena, generando la obligación de obtener el bien o, en caso contrario, responde del incumplimiento según artículos 1101 y 1124 del Código Civil y las reglas de la compraventa.

inevitablemente accesoria —por lo general de la compraventa—, la mencionada responsabilidad no lo sería en el ámbito de las arras —donde el negocio jurídico no habría sido válido—, que como tales se devolverían sin más aun cuando el mediador hubiera de afrontar los daños y perjuicios causados —y societariamente la empresa de la que acaso formara parte—.

En cuanto al derecho de retención de cantidades entregadas por el comprador al mediador en concepto de arras penitenciales, accesorias al contrato de compra y venta entre el primero y el vendedor, se han ido planteando dos hipótesis fundamentales en el ámbito del derecho a cobrar comisión. Una según la cual el desistimiento unilateral del contrato que activa el contenido del artículo 1454 del Código Civil supondrá que el comprador pierda las arras entregadas o que el vendedor las devuelva duplicadas; pero el mediador sólo tendría derecho a percibir una indemnización por las gestiones realizadas. Otra según la cual la entrega de las arras, basadas éstas en la accesoriedad para con el contrato principal, concluyen en la perfección del negocio que, salvo pacto en contra, dio lugar al derecho de percepción de la comisión. Y no importará que más tarde uno de los contratantes ejercitase su derecho de desistimiento a costa del pacto de arras penitenciales, situación en la que quizá el mediador ya haya percibido la comisión por no tener que continuar en la gestión asumida una vez firmado —y así perfeccionado— el contrato de compraventa introductor de las arras penitenciales. Piénsese que si éstas resultan irremediablemente unidas a aquél, el consenso sobre precio y cosa ya genera el vínculo obligacional entre comprador y vendedor, que normalmente constituye la obligación de resultado justificante del pago de la remuneración del intermediario[70]. En todo caso, la cuestión de fondo que ahora interesa tratar, con una u otra de las alternativas presentadas, radica en saber si el mediador, de no haber cobrado ya su comisión, o incluso simplemente los gastos de gestión generados hasta ese momento y que cuando menos tendría derecho a percibir, en virtud de ese débito pueda o no retener las cantidades recibidas del comprador en concepto de arras. Importa destacar, en este planteamiento, que si quien desiste es el comprador, no discutiéndose sobre la pérdida de las arras —alegando justa causa o culpa del vendedor por no consumar el contrato previamente perfeccionado—, la retención del mediador lo será contra la parte vendedora, quien tendría derecho a recibir el total de las arras penitenciales y al tiempo se convertiría en deudora de la comisión —o indemnización por gestiones hechas— del mediador a quien en su día contrató.

---

[70] Salvo pacto en contra, el derecho a la remuneración no se perjudica por la falta de cumplimiento del contrato —incumplimiento de comprador o de vendedor, ajeno pues al mediador—, el desistimiento del ya celebrado, cualesquiera vicisitud modificatoria de la compraventa ya perfeccionada o su consumación, renegociaciones o novaciones extintivas; pues, el intermediario no vende, media; SSTS 5-VI-1946, 1-VI-1947, 2-V-1963 (Ar. 2458), 17-V-1966 (Ar. 2489), 14-XI-1970, 1-XII-1986 (Ar. 7190), 26-III-1991 (Ar. 2447), 22-XII-1992 (Ar. 10634), 4-VII-1994 (Ar. 6427), 4-XI-1994 (Ar. 8368), 31-XII-1994 (Ar. 10594).

El comprador, a fin de cuentas, resultaría de buen principio ajeno a la duplicidad de relaciones bilaterales entre vendedor y mediador, por un lado el contrato de colaboración entre ambos, por otra la intermediación en la recepción de las arras de un tercero y el derecho de retención en virtud de lo anterior. Se suscita un problema de mayor virulencia en los tribunales cuando el desistimiento unilateral proviene del vendedor, quien a través de su mediador recibió arras del comprador y viene obligado a devolverlas duplicadas. El contenido negocial impone que dicho vendedor devuelva, sin más, el importe resultante de multiplicar por dos la cantidad en su día recibida. El hecho de que esa recepción haya sido intermediada, y las arras todavía se encuentren total o parcialmente en posesión del mediador —en concepto de indemnización o incluso de remuneración completa—, no afecta la relación bilateral entre vendedor y comprador. El primero, sin embargo, puede carecer de liquidez suficiente para la inmediata devolución, por lo que si se retienen cantidades por el mediador el comprador se vería claramente afectado para la efectiva recuperación, por mucho que el vendedor tenga acción de reclamación contra el mediador que retiene, acumulable a la acción indemnizatoria por daños y perjuicios que genere esa retención.

De cualquier manera, si el vendedor consintió en la no recepción de las arras o de una parte de ellas como pago del mediador, incluso existiendo algún condicionante de buen fin, en nada puede oponerse a la reclamación del comprador, que merece la recepción del total, sin que quepa derivar en perjuicio de aquél retenciones del mediador —en principio legítimas— que sólo pueden afectar al vendedor[71]. Cuestión destacable, sin embargo, que la recuperación del comprador de las cantidades entregadas como arras, todavía en poder del mediador, supongan una reclamación directa del comprador contra este último, sin perjuicio de reclamar el resto al vendedor. Como ya se ha indicado, formalmente el mediador resulta ajeno al régimen obligacional entre vendedor y comprador, tanto en materia de arras como en cualquier otra, pues ese mediador habrá actuado en nombre y representación de tercero, del vendedor en el ejemplo que ahora interesa. Ha de recordarse también, no obstante, que el comprador es igualmente ajeno a las relaciones jurídico-privadas habidas entre mediador y vendedor. Pero es perfectamente lógico que el comprador acuda directamente a quien entregó el dinero, momento en el cual se plantea si el mediador puede retener frente al comprador que le reclama o sólo podría hacerlo contra el vendedor que ha de abonarle comisión o indemnización[72]. En

[71] La hipótesis se alternaría, obvia decirlo, si el mediador hubiera sido contratado por el comprador en vez del vendedor, aunque tal circunstancia no suele ocurrir en la práctica y, por demás, se aleja del problema de las arras, que siempre se entregan por el comprador; el intermediario de éste, pues, ajeno al vendedor, no las recibiría en tal supuesto ni por consiguiente podría retenerlas.

[72] De otro lado, ya se advirtió que si el mediador contrató sin mandato, y su actuación no fue posteriormente ratificada, el vendedor resulta ajeno al vínculo negocial habido: el

este contexto, negar la devolución se basaría, bien en que el intermediario ya detenta derecho a cobrar alguna cantidad por su mediación, o simplemente en el hecho de que quien debe devolver las arras (duplicadas) es el vendedor, y que si lo hiciera el mediador, sin orden expresa o mandato que lo permita, se expondría a una demanda del vendedor por los daños y perjuicios sufridos, si es que el vendedor no se considera obligado a devolver las arras, por ejemplo al entender que ha sido el comprador quien incumplió el contrato. Por su parte, el vendedor contra quien el comprador reclame, no puede escudarse en el hecho de que el mediador haya retenido total o parcialmente las arras, porque como ya se adelantó el sinalagma comprador-vendedor establecido desde la perspectiva sustantiva lo es extramuros de la intermediación.

Analizando esta última relación jurídico-material, es claro que si se activa el contenido de las arras penitenciales la operación de compraventa no habría llegado a buen fin, por lo que no sería posible hablar del devengo de una comisión, incluso cuando inicialmente exista tácita conformidad del vendedor respecto de la retención de honorarios sobre arras practicada por el mediador[73], resaltando que si este último firmó arras la recepción de un pago a cuenta no habría permitido perfección de contrato alguna[74]. Incluso si el importe de las arras se hubiera entregado a la parte vendedora mediataria[75]. Las cosas cambiarían cuando personalmente, o como empresa inmobiliaria, el intermediario ostentara facultad para vender con mandato expreso —en puridad «especial» (art. 1713 CC), sea escrito, verbal o incluso tácito— y poder suficiente del cliente[76].

El derecho por parte del mediador a retener en concepto de honorarios a través de la percepción de las arras penitenciales en nombre del vendedor, tiene por premisa que la entrega de cantidades en tal concepto hace prueba de la celebración del contrato[77]. El contrato, como perfeccionado, dará derecho a la comisión en su día pactada —no obstante deba estarse al cumplimiento de cualquier condicionante libremente negociado a fin de percibir la dicha comisión—, en todo caso relegando la discusión entre comitente y comisionario. De otro lado, el comprador debe reclamar del primero, sin importarle o afectarle los vínculos negociales del mismo con el mediador, quien si no tiene en su

---

mediador habría de devolver el total al comprador y, además, indemnizarle por los daños y perjuicios causados, no en concepto de unas arras penitenciales imposibles, por no existir el contrato de compraventa que pudiera servirles de soporte.

[73] SSAP de Barcelona, Sección 16.ª, 18-XI-2001 y 18-XI-2003.

[74] SSAP de Gerona, Sección 2.ª, 30-I-2005; Cádiz, Sección 1.ª, 10-VI-2005; Baleares, Sección 1.ª, 20-IX-2005; Barcelona, Sección 13.ª, 16-XII-2005.

[75] No es confirmación alguna del contrato, según, entre otras, la SAP de Málaga, Sección 1.ª, 4-XII-2001.

[76] Precisado con claridad en su objeto y extensión, por ejemplo, STS 30-VI-1993 (Ar. 5338).

[77] SSAP de Barcelona, Sección 14.ª, 21-VI-1994; Barcelona, Sección 11.ª, 18-II-1998; Valencia, Sección 7.ª, 27-VII-1998; Barcelona, Sección 1.ª, 5-X-1998.

poder cantidad alguna —ni debiera tenerla, por ejemplo como depositario— en absoluto será responsable de la devolución de las arras[78].

Ahora bien, si el mediador pactó con el vendedor, en la nota de encargo y como pacto complementario a la mediación en sentido propio, la recepción de cantidades a cuenta en nombre del vendedor, tratándose de arras, penitenciales o meramente confirmatorias, sólo el pacto expreso en contrario permitiría la retención en concepto de honorarios. De no existir ese acuerdo específico entre mediador y vendedor, el primero debe devolver al comprador lo recibido por éste[79]. Existiendo el pacto, puede discutirse la probidad en el cumplimiento del encargo, porque cumplido se libera de la legitimación pasiva que comporta devolución, poseyendo en calidad de sujeto con derecho a percibir honorarios y no de depositario. Pero si se juzga el particular —en el supuesto de pacto expreso para retener— y se concluye el incumplimiento del encargo, el derecho de retención desaparece y como depositario del vendedor debería devolver directamente al comprador las cantidades entregadas por este último en concepto de arras. Del mismo modo que, con base en ese tipo de depósito, la pérdida negligente le haría claramente responsable[80].

Es de recordar que el depositario asume las obligaciones fundamentales de guardar y restituir, tal y como prescribe el artículo 1766 del Código Civil; en el caso estudiado en referencia a las arras penitenciales o la paga y señal, siempre que el mediador no las haya entregado de inmediato al vendedor que lo contrató y se convierta, de ese modo, en depositario. La cuestión estriba en saber si el depositante es, precisamente, el vendedor, puesto que el mediador recibe por él y en su nombre, a quien por consiguiente y según la norma, como depositante y llegado el caso debiera restituir el depósito. En sentido estricto se trataría del comprador, no en vano es éste el que ha entregado el importe al mediador, quien transitoriamente conservará y custodiará ese importe, con el doble fin eventual de restituirlo al comprador o de entregarlo al vendedor, que bien lo adquirirá o no definitivamente pero difícilmente podría proseguir con el depósito en cualidad de depositario. Sin embargo, considerado el comprador como depositante, bajo la aplicación del artículo 1775.2.º del Código Civil no podrá obtener la devolución cuando judicialmente el depósito en poder del mediador haya sido embargado o el mediador haya recibido notificación de la oposición de un tercero a la restitución, tercero que obvia decir podría ser el vendedor que discute la devolución de las arras penitenciales por entender que le pertenecen en razón del incumplimiento de la contraparte o por negarse a la devolución de las arras confirmatorias al pretender ejercitar el artículo 1124 del

---

[78] SAP de Barcelona, Sección 14.ª, 28-I-2002 (Ar. 726).

[79] SAP de Tarragona, Sección 3.ª, 27-II-2001 (Ar. 184721); Almería, Sección 2.ª, 26-IX-2003 (Ar. 264190).

[80] SAP de Toledo, Sección 2.ª, 21-VI-1999 (Ar. 1240).

Código Civil, a fin de obligar a cumplir el contrato de compraventa firmado; en el bien entendido que si hay arras hay contrato porque las mismas no pueden existir por sí solas. Finalmente, el mediador, bajo las reglas generales aplicables a cualquier depositario, puede denunciar según el artículo 1776 del Código Civil, mediando justos motivos, para no mantener el depósito, y restituirlo a su iniciativa, con consigna judicial si el depositante comprador se negara a recibirlo. En sentido inverso, el depositante puede exigir la devolución, que como acción personal prescribiría a los quince años, recordando que no son compensables en perjuicio del depositante las obligaciones dimanantes del depósito (art. 1200 CC). Y al tratarse de dinero difícilmente tendrá sentido el deber de reembolso al depositario de los gastos necesarios para la conservación de la cosa. Sin embargo, como bajo las reglas generales sí deberán satisfacerse todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito (art. 1779 CC), aunque inevitablemente la prueba de ese eventual perjuicio carga sobre el mediador, el sentido último del servicio por éste desplegado, en el fondo es ajeno a la voluntad del comprador. Por eso será el vendedor el que tendría que satisfacer eventuales gastos como propios de la gestión derivada, precisamente, del contrato de mediación.

Nada que ver con todo lo anterior las cantidades que el comprador entrega al mediador a modo de reserva, pues las mismas configuran el pago por un actuar que sólo incumbe al mediador, que aplaza o retrasa la oferta intermediada del inmueble a terceros, en beneficio de quien así reserva, que de ese modo reclamaría la devolución al mediador, siendo el vendedor de todo punto extraño a ese tipo de relación jurídica. Y se discutiría entonces, según lo libremente pactado al reservar, si existe o no existe causa de devolución de las arras[81].

4.6. Otras responsabilidades del intermediario

El mismo mediador también responde por incumplimiento respecto de su rendición de cuentas hacia el mediatario, y en cuanto al asesoramiento legal necesario y el deber de información, para ambas partes interesadas en el negocio mediado. Es la parte compradora, con todo, quien ostenta la mayor exigencia de la aludida obligación de informar, y su defectuoso cumplimiento convertirá al mediador en responsable, tanto ante el comprador como ante el vendedor.

Esto último ha ocurrido al determinar precios de venta superiores a los legalmente admisibles, lo que por ejemplo sucede con frecuencia en la venta de viviendas de protección oficial[82], donde el mediador es responsable de los daños y perjuicios causados, cuantificados por la diferencia entre el precio

[81] Las cantidades entregadas sin especificación de causa o destino no pueden considerarse arras o señal; STS 26-VI-1997 (Ar. 5396); SAP de Tarragona, Sección 1.ª, 4-I-2000 (Ar. 712).

[82] STS de 2-X-1999 (Ar. 7007).

esperado y el legal, más eventuales multas administrativas. Es común la responsabilidad por incorrección de la superficie del inmueble, pues ésta constituye una característica esencial del mismo, que el mediador debe conocer e informar correctamente[83], al igual que respecto de la situación jurídica y registral de la finca, particularmente la existencia de cargas o gravámenes[84]. En este tipo de supuestos se abre la excepción *non adimpleti contractus*, perdiendo el derecho a los honorarios y respondiendo por los daños y perjuicios en su caso causados (art. 1101 CC). Pero cuando el incumplimiento se considere parcial podría activarse la fórmula *non rite adimpleti,* con reducción mas no supresión de la remuneración, e igualmente abriéndose la consecuente indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento parcial, compensable con el premio en la porción que corresponda una vez sea liquidada.

Existe responsabilidad del mediador por vicios ocultos, conjuntamente con el vendedor en régimen de solidaridad impropia, y del mediador en exclusiva cuando asume sin éxito obligaciones a favor del comprador, como obtener financiación bancaria o crediticia para el pago, cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación, pruebas estructurales, alta de suministros corrientes, etc.[85].

5. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL COMPRADOR/VENDEDOR NO CONTRATANTE

A tenor de la jurisprudencia civil española, el mencionado enriquecimiento exige que: 1) una parte —por definición litigiosa el demandado— se enriquezca injustamente, lo que se representaría por el aumento de su patrimonio o su no disminución cuando sin embargo correspondiera, cual sucede si se lucra uno de la actividad ajena ahorrándose la remuneración, no incluyéndose por consiguiente los beneficios morales; 2) otra parte —en juicio el demandante— se empobrezca, a modo de daño positivo o lucro cesante, por ejemplo la prestación de servicios o atenciones sin contraprestación, sin que el particular pueda derivar de un acto inmoral o ilícito del empobrecido; y 3) que haya relación causal entre los dos requisitos anteriores y que no exista un precepto legal que excluya la aplicación del principio al supuesto concreto, resultando irrelevante la negligen-

---

[83] SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 25-VII-2006 (Ar. 1328).

[84] STS 4-VII-1994 (Ar. 6427); SSAP de Castellón, Sección 2.ª, 5-XI-1997 (Ar. 2300); Córdoba, Sección 1.ª, 18-I-2001 (Ar. 8); Tarragona, Sección 3.ª, 27-II-2001 (Ar. 184721). La responsabilidad se imputaría a la parte vendedora si sólo de ella dependió el silencio sobre las cargas; STS 10-X-2001 (Ar. 8733).

[85] SSAP de Córdoba, Sección 3.ª, 21-I-1997 (Ar. 34); Málaga, Sección 6.ª, 14-IX-1998 (Ar. 6676); Cantabria, Sección 3.ª, 13-XI-2003 (Ar. 461); Cádiz, Sección 2.ª, 19-VII-2004 (Ar. 1747); Barcelona, Sección 1.ª, 23-V-2005 (Ar. 1137); Cantabria, Sección 2.ª, 31-V-2006 (Ar. 177385); Barcelona, Sección 14.ª, 30-VII-2007.

cia, la mala fe o la ilicitud de actuaciones por parte del enriquecido: basta su indebida ganancia, aun mediando la buena fe[86]. Hay autores que consideran que la restitución debe ser, cuando menos, el valor neto del enriquecimiento, mas en presencia de la mala fe de quien se sabe enriquecido sin causa suele justificarse, en analogía con el artículo 1896 del Código Civil, que restituirá el mayor valor entre el enriquecido y el empobrecimiento generado; mientras que la buena fe del enriquecido supondría la entrega del menor valor entre lo uno y lo otro[87].

Aunque pueda discutirse que el enriquecimiento sin causa —mejor que *injusto*— constituya, en sentido técnico, un principio general del Derecho[88], con apoyo en el valor constitucional de Justicia (art. 1.1 CE) resulta útil para tutelar el interés de quien se ha enriquecido sin que concurra motivo en la atribución patrimonial producida, que lo sería si así se ha pactado expresa y libremente, o si existe una disposición legal que en concreto lo autorice[89]. Pretender cobrar una comisión o premio por un contrato en el que no se ha intervenido, podría suponer un enriquecimiento injusto del reclamante que, en realidad, no lo ha intermediado, aunque hubiera intervenido en contratos anteriores. Claro que si se trata de las mismas partes y ese contrato final —en el que no es interviniente indirecto— deriva de los anteriores, difícilmente cabrá mantener la tesis del enriquecimiento sin causa. Del mismo modo, si carente de todo título contractual, el mediador se apropiase de las arras, confirmatorias o penitenciales, fácilmente puede trascenderse del enriquecimiento injustificado al campo penal del delito[90]. De otro lado, esquivar el pago de la remuneración del mediador supone el empobrecimiento de éste, e inevitablemente el enriquecimiento de aquel que hubiera tenido que abonar dicho premio.

La *condictio sine causa generalis,* edificada sobre el sistema de Derecho romano[91] que pasó a las Partidas[92], fue jurisprudencialmente construida como

---

[86] Por todas, STS de 23-III-1992 (Ar. 2277).

[87] En todo caso se considera justificado descontar los gastos necesarios que el demandado enriquecido hubiera experimentado, a tenor del contenido del artículo 453 del Código Civil.

[88] En este sentido, Luis Díez-Picazo y Ponce de León recuerda que nuestro Derecho, bajo el sistema jurídico que subyace, disocia entre justificaciones ética y jurídica de las atribuciones patrimoniales, lo que jurídicamente es ventajoso pero éticamente censurable (impago de deuda por prescripción en el ejercicio de la acción de reclamación, adquisición por compra a precio irrisorio o reventas especulativas), pero que evita una vía de reexamen judicial sobre la totalidad de las relaciones patrimoniales en aras de la justicia y el equilibrio internos, eludiendo con ello un quebranto de la seguridad del tráfico.

[89] SSTS 18-V-1984 (9778), 21-XII-1984 (EDJ 7578), 14-VII-1994 (11844), 13-X-1995 (EDJ 5213), 8-VII-2003 (EDJ 49246), 6-II-2006 (EDJ 8412).

[90] Cfr., en general, Ricardo Yáñez Velasco, *Aproximación a los tipos penales relacionados con la insolvencia,* Grupo Difusión, Madrid, 2006, págs. 363 a 389.

[91] *Regula iuris* en el Digesto (D. 50, 17, 206): por Derecho natural es justo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

[92] En la séptima partida (34, 17): «ninguno non deue enriquecer torticeramente con daño de otro».

acción genérica destinada a corregir los desplazamientos patrimoniales carentes de causa. Precisamente sobre la base de esa falta de causa en el *accipiens,* con independencia de los singulares derechos subjetivos del *tradens.* Y sólo en la medida del empobrecimiento de éste, bajo los principios generales del Derecho, y no por los textos legales[93], sin perjuicio que el artículo 1901 del Código Civil venga planteado como posible fundamento legal[94], y a modo de reconocimiento implícito el contenido del artículo 10.9 III del Código Civil[95].

Esta *condictio* disfruta doble apoyo teórico, de un lado el subjetivo y espiritualista, que la ubica bajo perspectivas de equidad y deberes morales; el último recurso ante la flagrante injusticia de que uno se enriquezca a costa de otro. Es el denominado motivo del legislador. De otro lado una razón objetiva y materialista, porque ciertamente la mecánica de los cambios patrimoniales siquiera impone juegos de suma cero en los que una parte obtiene a cambio de precio un bien que vale exactamente lo abonado. Pueden existir desajustes y beneficios, que normalmente se obtienen a costa de alguien, mientras los precios justo y especulativo, el valor y el precio, en absoluto deben equipararse. De lo que se trata es de la falta de causa para retener el patrimonio enriquecido frente al empobrecido, y cada uno debe restituir la ventaja que otro le ha proporcionado sin causa. Se trata del supuesto del nacimiento del derecho. Deberá probarse la presencia de una cosa o valor en el patrimonio del demandado, así como la ausencia de justificación para no devolverla o *causa retinendi* y la procedencia del patrimonio del demandante, empobrecido con su pérdida, siendo el empobrecimiento límite de la reclamación y resultando inevitable la relación de causalidad entre aquél y el enriquecimiento.

De igual modo, el patrimonio enriquecido no puede sino llegar a ser reconducido a su nivel inicial, aunque lo haya sido bajo la buena fe. De enriquecerse el sujeto mediando mala fe, se ha planteado el uso del artículo 1896 del Código Civil por analogía. Sin embargo, cuando la situación de intereses sea idéntica a la contenida en tal precepto, podrá el mismo aplicarse análogamente con independencia de la noción de enriquecimiento injusto[96].

Para considerarlo ilícito e improcedente, el enriquecimiento debe carecer absolutamente de cualquier razón jurídica, esto es, que no concurra justa causa

---

[93] STS de 12 de enero de 1943; *sic* José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones,* José María Bosch ed., Barcelona, 1986, pág. 621.

[94] En este precepto se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique —esto es, absolutamente indebida—, puede ser reclamada por quien la realizó —porque el mediador prestó su servicio—, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens* mediando liberalidad u otra causa.

[95] Cfr. Rafael Núñez Lagos, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español,* Ed. Reus, Madrid, 1934; Manuel de la Cámara Álvarez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa,* Civitas, Madrid, 1988; José Antonio Álvarez Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa,* Comares, Granada, 1993.

[96] Por todos, José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos...,* cit., pág. 631.

autorizante del beneficio obtenido o reclamado. La justa causa de la retención se aproxima a la causa de las obligaciones contractuales del artículo 1274 del Código Civil, con extensión a toda atribución patrimonial mediante las nociones encontradas de liberalidad y equivalencia. Habría causa si se utiliza, sin abuso, un derecho, si existe el cobijo de la costumbre[97] o si se aprecia algún tipo de amparo legal. En este último caso se sostiene reiteradamente que cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos que pueden lesionar la equidad, los indirectamente beneficiados por ellas no se enriquecen injustamente[98].

La obligación de pago de los honorarios del mediador desaparece ante la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento contractual, siempre y cuando la aplicación del artículo 1124 del Código Civil por pérdida del objeto de negocio no resultase imputable al deudor de la remuneración. De todas maneras, junto con los clásicos ejemplos de dificultad de ejecutar lo pactado o la cesión en pago de acreedores[99] destaca la prohibición de enriquecimiento injusto.

Se ha defendido que la valoración del enriquecimiento injusto no tiene lugar cuando el mismo se produce, ni en la fecha de la litispendencia, sino en el momento de la ejecución de la sentencia, de manera que la recuperación del valor en que consiste la acción de enriquecimiento injusto se obtiene efectivamente a salvo de la disminución del valor de la moneda[100]. Ahora bien, como sea que la caducidad de la ejecución procesal alcanza los cinco años, no se eluden hipótesis según las cuales el ejecutado se queje del retraso en la interposición de una demanda ejecutiva. No obstante, el particular obtiene idéntica respuesta que frente a las quejas de los demandados por reclamaciones al borde de la prescripción extintiva de acciones personales ordinarias (quince años) donde se insta el pago de intereses moratorios pactados desde el momento del vencimiento[101]. Es acto propio tanto no pagar la deuda como no cumplir voluntariamente una sentencia judicial, por lo que si el demandante o el ejecutante reclama dentro de los plazos de prescripción y caducidad nada puede oponérsele, ni bajo el ámbito del abuso ni a modo de ejercicio antisocial del derecho. De todos modos, es más correcto decir que la medida de la restitución, que atiende al monto del enriquecimiento que perdura en el

---

[97] SSTS 27-III-1958 (Ar. 1873), en un supuesto de obsequios al novio por parte de sus futuros suegros.

[98] SSTS 26-I-1956 (Ar. 150), 23-V-1966 (Ar. 1399); en sentido negativo, STS 8-I-1980 (Ar. 79), sobre irregularidades en el libramiento de letras por empleado sin facultades para ello.

[99] SSTS 9-XII-1983 (Ar. 6925), 3-XII-1992 (Ar. 9997); 6-IX-1994 (Ar. 7245).

[100] El defensor de esta tesis, Jaime Santos Briz, admite la excepción cuando la restitución consiste en una cosa conservable de modo invariable al ser reclamada de cómo se hallaba cuando tuvo lugar el desplazamiento del patrimonio que se trata de reparar.

[101] La opción del deudor es fácil, pues su pago extingue la deuda y liquida intereses. Si no paga difícilmente puede atenderse luego, como judicialmente reclamado, a queja alguna.

momento de presentación de la demanda, tiene lugar actualizada al momento de la restitución[102].

La acción de enriquecimiento injusto es de naturaleza personal y carece de específico plazo legal, por lo que no siendo el tiempo de ejercicio deducible de los principios generales del Derecho, se somete a los quince años del artículo 1964 del Código Civil o en su caso al trienal si fuera de aplicación el artículo 65 de la Ley de cambiaria y del cheque. Cuestión discutible es su carácter subsidiario o principal, es decir, que su nacimiento dependa o no de la falta de cualquier otra acción civil. Concluir sobre su dependencia, la subsidiariedad en el ejercicio, implicaría entender que cuando el empobrecido tuviera cualquier diversa acción para hacer valer su derecho, nunca tendría acceso a la de enriquecimiento. En realidad, esto último significa que la acción de enriquecimiento nunca llega a nacer, no que se impida el ejercicio por existir otra no prescrita, originada del contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito[103]. Naturalmente, tiene sustantividad propia frente a todas las demás, también de la responsabilidad por culpa aquiliana por daños y perjuicios donde el demandado no tiene por qué haber incrementado su patrimonio. A su vez, la habitual dependencia en el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, no tiene que significar incompatibilidad con otras acciones en presencia, aun coincidentes en buena medida.

Y no es desconocido que el desplazamiento de patrimonio que empobrece al que da o pierde y enriquece a otro pueda verificarse a través de un sujeto intermedio. Es decir, que el efecto no tiene que producirse como resultado de un prestación directa del empobrecido al enriquecido; no es decisiva la relación directa entre ambos, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio que ha sufrido la pérdida y el que ha experimentado el beneficio. Desplazamiento inmediato, así, no significa por fuerza su producción directa entre beneficiado y perjudicado, sino que ha de ser un mismo hecho o circunstancia el que dé lugar a la pérdida o ganancia, lo que ya desde el Derecho romano encontró regulación, concretamente a través de la *actio in rem verso.* Esta acción funciona en el Derecho Privado español frente a todos los casos de atribución indirecta, incluso cuando pudiera alzarse la duda sobre si la atribución es directa o no, siempre que el supuesto de hecho recoja todos los requisitos del

---

[102] Francisco Capilla Roncero, «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», en *Derecho de Obligaciones...,* cit., pág. 466.

[103] Acogiendo la doctrina mayoritaria y jurisprudencia galas, sostienen esta tesis Rafael Núñez Lagos, José Ferrandis Vilella o Antonio Hernández Gil: el principio general del Derecho sobre el que descansa la acción de enriquecimiento sin causa sólo se activa cuando ésta es el único recurso para reparar el desequilibrio patrimonial. Al entender del último autor citado, la frecuencia en el uso de este tipo de acción, no obstante, perturba el régimen del Derecho de obligaciones y quebranta la seguridad jurídica.

enriquecimiento injusto[104]. No obstante se hace preciso analizar singularmente si la relación causa-efecto resulta autorizante para el ejercicio de la acción contra el tercero, enriquecido a través de una persona intermedia o varias.

El comprador y el vendedor, de mutuo acuerdo, pueden intentar sortear la remuneración del intermediario de manera que tanto uno como otro se beneficien económicamente. Puede hacerlo sólo el vendedor, evitando pagar al intermediario que como tal había contratado, sin que ese vendedor perciba menos dinero como importe de la compraventa. Simplemente suprime de sus obligaciones la comisión, que se quedará en su propio patrimonio en vez de entregarse al mediador. El comprador nada tendrá que ver con ello, sin mejorar ni perjudicar sus obligaciones. Si de lo que se tratara fuese de percibir el precio reducido, precisamente, en el importe que habría supuesto la remuneración del intermediario, nos encontraríamos en el primero de los supuestos, pues tanto el vendedor como el comprador resultarían beneficiados, siempre en demérito del mediador aunque sólo el vendedor habría sido contratante de la mediación.

En el menos habitual supuesto que haya sido el comprador quien pactase en origen con el intermediario, sería el caso de evitar su remuneración pagando exclusivamente al vendedor y ahorrándose aquel importe, situación en la que el vendedor sería ajeno a la actuación de la contraparte, sin percibir beneficio alguno, del mismo modo que está separado de la relación subjetiva que une al mediador con el comprador. Y pudiera ser que el comprador pagase mayor precio por la finca, merced al total o parte de la comisión que ya no tendría que abonar al intermediario. En este ejemplo el vendedor se beneficiaría, pero su desconocimiento evitaría involucrarle en la maniobra eventualmente injusta del comprador frente al mediador, que se ve empobrecido pero sin corresponder con un enriquecimiento del sujeto correspondiente. La vía de reclamación estaría en el contrato, no en el enriquecimiento injusto. Con todo, la pluralidad de enriquecidos conllevaría condena solidaria de restitución[105].

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

La indeterminación normativa en la materia analizada muestra serios inconvenientes para el control de la actividad, curiosamente más restringida allí donde se advierte un cierto grado de regulación jurídica, por lo que ciertos

---

[104] Atribuciones patrimoniales donde median tres personas o se advierte un carácter más o menos indirecto pueden constatarse, por ejemplo, en los artículos 360 y sigs., 453 y sigs., 645.2.º, 1085, 1158, 1163-2.º, 1185, 1303 y sigs., 1688, 1689-2.º, 1717-2.º, 1842 y 1894 del Código Civil o en los artículos 12, 287, 586 y 588 Ccom.

[105] Por ejemplo, STS 19-V-1993 (Ar. 3802), sobre múltiples demandados cooperativistas cuya comunidad jurídica de objetivos hubiera supuesto, de no utilizarse la solidaridad, la inalcanzable tutela judicial efectiva de los actores.

profesionales, en concreto los agentes de la propiedad inmobiliaria, acaban por resultar perjudicados frente al resto de profesionales, especialmente personas jurídicas, en un ámbito de trabajo con una marcada libertad de competencia. La sensación de encontrarse, jurídicamente, en una tierra de nadie, viene fragmentariamente suplida con la teoría general del contrato y las reglas de la buena fe y lealtad negociales, y en modo singular con la legislación general de protección al consumidor. Ahora bien, sin olvidar los inconvenientes derivados de cómo desarrollar el concepto de consumidor, la relación jurídico sustantiva *inter privatos* plantea en ocasiones una igualación de partes que desdibuja la definición del consumidor como parte débil y sobreprotegida, residenciando la cuestión en la autonomía de la voluntad y el derecho de obligaciones, particularmente en el ámbito de las arras penitenciales o el derecho de retención que con éstas suele vincularse, ofreciendo todo el conjunto múltiples vicisitudes en la práctica de tribunales.

La incorporación a todo lo anterior de un tercero, el intermediario inmobiliario, plantea sensibles controversias sobre la figura jurídica que lo ampara y el negocio que enlaza su quehacer con uno y/o con otro de los protagonistas directamente interesados. Y sin base legal de cobertura general habrá que estar a lo expresamente pactado, por escrito o incluso verbalmente, lo que en sede judicial muestra los habituales problemas de prueba.

La responsabilidad del intermediario puede llegar a diluirse si actúa como sociedad mercantil, no obstante se ofrezca con ésta un mecanismo de amparo frente a la insolvencia de aquél, significadamente sometido, como es lógico, a la existencia del aseguramiento civil. Con todo, la atipicidad contractual, los acuerdos no escritos que subyacen y complementarios a la actuación del intermediario y de los propios contratantes, y las actuaciones directas con y del tercero intermediador, propician múltiples problemáticas cuya casuística jurisprudencial ha ido sistematizándose, utilizando o no para ello el contrato de mandato. Buena parte de los conflictos judicializados acaso serían evitables de existir una regulación normativa mínimamente clara sobre la actividad dispensada por el intermediario inmobiliario, y sus consecuencias, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad. Añadiendo a lo anterior que el enriquecimiento sin causa seguirá siendo útil, en último extremo, en ese campo de actividad, sin perjuicio, a su vez, de la importancia práctica sobre las peculiaridades de las dobles percepciones por parte del mediador, las retenciones anteriores a la conclusión del negocio por parte de aquél y nunca pactadas por su comitente, e incluso aquellos fraudes de transacciones judiciales para eludir abonar al mediador con la excusa de faltar el buen fin de su operativa, que conforman un empedrado de circunstancias heterogéneas bien necesitado de un régimen jurídico mucho más claro del que en la hora presente se dispone.

RESUMEN

INTERMEDIARIO.
COMPRAVENTA
ARRAS

La ausencia de una completa y sistemática normativa en materia de intermediación inmobiliaria coloca al único profesional sujeto a regulación en peor situación que un buen número de empresas y particulares dedicados al mismo negocio y beneficiados por una absoluta libertad de mercado. Y a la hora de resolver conflictos deberá acudirse a las reglas generales del contrato, analizando bajo una destacable casuística qué modelo negocial se ajusta más correctamente a las necesidades del tipo de actividad desplegada, cobrando especial importancia, como no podía ser de otro modo, los propios preceptos de la compraventa en general, las arras y el derecho de retención en particular e, incluso, la teoría del enriquecimiento injustificado. Nos encontramos en un marco de actuación donde, además, el particular lego en cuanto a la compraventa inmobiliaria y al papel del intermediario, a menudo es un rápido aprendiz de maniobras evasivas para cumplir con sus propias obligaciones para con terceros que, de buena fe y eficazmente, favorecieron su negocio jurídico, propiciando de esa manera el litigio en sede jurisdiccional. Naturalmente, no debe olvidarse de qué modo estos últimos también se muestran, en ocasiones, como mero lastre económico de la operación llevada a cabo, incidiendo negativamente en derechos ajenos al punto de provocar, precisamente, la controversia jurídica que llega a los tribunales de justicia.

ABSTRACT

INTERMEDIARY
SALE
EARNEST MONEY

The fact that there is no full, systematic set of laws and regulations on intermediation in real estate deals places the estate agent, the one professional subject to regulation, in a worse position than a good number of companies and individuals in the same business who benefit from unrestricted free-market conditions. And when there are conflicts to be dealt with, the general rules of contracts must be applied, where the wide range of individual cases that may be anticipated will have to be examined to find which business model best fits the needs of the kind of business that is being done. Of course, the precepts regulating sales in general, earnest money and liens in particular, and the theory of unjust enrichment take on special importance in this realm. Furthermore, the realm is one in which a private citizen untutored in real estate deals and the broker's role often learns fast how to avoid discharging his own obligations, even others have acted in good faith and to full legal effect, effectively furthering the private citizen's own ends. This creates more litigation. Naturally, brokers too sometimes prove themselves to be a mere economic burden on the operation. Their negative effect on the rights of buyer and seller may even lead to lawsuits.

(Trabajo recibido el 9-3-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

La tributación de las operaciones de constitución, ampliación y cancelación de préstamos hipotecarios en la cuota variable del impuesto sobre actos jurídicos documentados

por

JUAN CALVO VÉRGEZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

II. CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

III. AMPLIACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

IV. CANCELACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Como es sabido, a la hora de acometer la tributación de los llamados préstamos garantizados (ya sea a través de garantía personal o real) el legislador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) se refiere en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del citado Impuesto (TRLITPyAJD) al denominado «tratamiento unitario del préstamo», disponiendo que *«la constitución de las fianzas y de los*

derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo tributará exclusivamente por el concepto de préstamo».

De las diversas clases de garantías susceptibles de constituirse en cumplimiento de las obligaciones que se originan en el contrato de préstamo, el artículo 15 del Texto Refundido hace referencia a la fianza, garantía personal por persona distinta del prestatario, así como a las garantías reales de prenda, anticresis e hipoteca, siendo sin lugar a dudas la más importante esta última.

La principal consecuencia de esta regulación parece clara: tiene lugar la tributación por un único concepto, el de préstamo, incluso en aquellos casos en los que se produce la concurrencia de dos convenciones (la del préstamo y la garantía), constituyendo esta la única excepción en la que quiebra el principio establecido en el artículo 4 del citado Texto Refundido en virtud del cual a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho[1]. En efecto piénsese que, en ausencia del artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 tributarían, por un lado, la constitución de la fianza y de los derechos reales de garantía y, por otro, el contrato de préstamo, actos ambos sujetos al Impuesto de forma separada con arreglo al artículo 7.1.B) del Texto Refundido.

El contenido de este artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993 fue desarrollado a nivel reglamentario por el artículo 15 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RITPyAJD) que optó, sin embargo, por limitar su ámbito de aplicación, estableciendo que para que se produzca el citado tratamiento unitario del préstamo es necesario que la constitución de la garantía resulte simultánea a la concesión del préstamo o, en su caso, que en el otorgamiento de este último estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

Como seguramente se recordará el citado precepto fue objeto en su día de impugnación ante el Tribunal Supremo (TS) por la Asociación Española de la Banca Privada, argumentándose que la exigencia de que la constitución de la garantía fuese simultánea o estuviese prevista en la concesión contractual del préstamo resultaba contraria a la doctrina jurisprudencial elaborada a este respecto. Sin embargo el Alto Tribunal, a través de sendas sentencias de 3 de noviembre de 1997, se encargó de desestimar dichos recursos, argumentando

---

[1] Véanse, en este sentido, Tejerizo López, J. M., «Los préstamos bancarios en escritura notarial y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», en *Crónica Tributaria*, núm. 44, 1983, págs. 155 a 158; Simón Acosta, E., «El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», en *Actualidad Tributaria*, núm. 379, 1999, págs. 15 y sigs. y, más recientemente, Colomer Ferrándiz, C., «Hacienda y las hipotecas», en *OL Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 19, 2009, págs. 19 y 20, y Calvo Vérgez, J., «La tributación de los préstamos y empréstitos por la cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», en *OL Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 21, 2009, págs. 4 a 14.

que el precepto en cuestión respetaba la posición tradicionalmente defendida por el Tribunal al respecto, favorable a la simultaneidad, si bien entendida esta, no como unidad de acto o formalización en el mismo documento, sino en el sentido de que el documento contractual inicial de constitución del préstamo derive tanto del préstamo como de la garantía o, en su defecto, que la garantía se encuentre anunciada en la configuración de aquel.

Ya inicialmente declaró a este respecto el TS, en su sentencia de 2 de diciembre de 1971, que para que haya un solo acto liquidable es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente. Con posterioridad este mismo Tribunal afirmó, en sentencia de 30 de noviembre de 1977, que resulta admisible que la garantía se preste con posterioridad, en el caso de que la misma ya estuviera prevista en el título constitutivo del préstamo. Ese mismo año, a través de sentencia de 10 de febrero, tuvo oportunidad de precisar el Alto Tribunal que igualmente se admite la sustitución de la garantía por otra, si así se hubiese previsto en la escritura de constitución del préstamo. A juicio del Tribunal, *«el artículo 18 del Reglamento* —se estaba refiriendo el Tribunal al antiguo Reglamento de 1981— *utiliza la expresión "constitución de préstamos garantizados", no pudiendo atribuirse a dicha frase otro significado que el de préstamos y garantías simultáneos o de garantías previstas en el propio documento de constitución de aquellos, por lo que no puede admitirse que el precepto transcrito haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, sino que tan solo se ha limitado a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del TRLITPyAJD, siguiendo el criterio mantenido por la jurisprudencia, y sin que quepa pensar que el Reglamento condiciona lo que la Ley considera incondicionado, sino que no hace más que evitar que se produzcan abusos o actuaciones (ostensiblemente no queridas por el legislador) destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones»*.

Más recientemente afirmó el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares, en su sentencia de 28 de mayo de 2008, relativa a la tributación a efectos del ITPyAJD de una fianza incorporada en el pacto de subrogación de una hipoteca que, de conformidad con la doctrina del TS anteriormente analizada, para que se estime que existe un solo acto liquidable es preciso que el préstamo y la garantía se pacten conjuntamente. Ahora bien con independencia de lo anterior se admite la posibilidad de que la garantía pueda prestarse con posterioridad en el supuesto de que así estuviese previsto en el título constitutivo del préstamo. E igualmente resulta admisible la sustitución de la garantía por otra, si así se hubiese previsto en la escritura de constitución del préstamo[2].

---

[2] Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Canarias, de 22 de enero de 2009, relativa a la tributación de las operaciones de constitución de garantía posterior al préstamo, y en la que se analizaba un supuesto en el que la parte actora postulaba su nulidad, por considerar que las fianzas prestadas en las escrituras no estaban sujetas al

Añade además el TSJ de Baleares en el citado pronunciamiento que no cabe estimar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, se haya incurrido en una extralimitación reglamentaria, ya que dicho precepto se limita única y exclusivamente a interpretar, aclarar o completar lo dispuesto en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. En efecto, el Reglamento del ITPyAJD no condiciona aquello que la Ley considera incondicionado, dado que tanto esta como aquel no ofrecen dudas de que los derechos de hipoteca y los demás derechos reales en garantía de un préstamo tributan exclusivamente por este último concepto. De este modo, en el supuesto de que la constitución de la fianza no resultase simultánea a la concesión del préstamo con garantía hipotecaria ni tampoco apareciese prevista en el mismo, la fianza constituida en garantía del préstamo tributaría como una transmisión patrimonial onerosa al tipo de gravamen del 1 por 100, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1993.

Por su parte el TSJ de la Comunidad Valenciana se encargó de recordar en su sentencia de 19 de febrero de 2009, al hilo de la tributación en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD) de aquellas operaciones en las que se produce la subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria, además de fianza, y residiendo la cuestión de fondo en la existencia o no de hecho imponible y, por tanto, en la sujeción al IAJD de aquellas escrituras de compraventa con subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria (además de fianza), que el préstamo garantizado con hipoteca ha sido siempre objeto de un tratamiento unitario, tal y como reconociese en su día el TS en su conocida sentencia de 25 de junio de 2001, no habiéndose sometido a gravamen en la imposición indirecta el préstamo y separadamente su garantía, la hipoteca, sino conjuntamente, pero por un solo hecho imponible, y no por dos. De este modo, si estamos ante una operación escriturada de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria y constitución de fianza, produciéndose por el mecanismo de la subrogación los efectos propios de una novación contractual (con estable-

---

ITPyAJD en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Como es sabido, el artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995 introduce distinción que no está contemplada en el citado artículo 15 del TRLITPyAJD, por lo que debe ser interpretado conforme a lo dispuesto en la Ley atendiendo, no solo a la letra, sino al espíritu y finalidad. En las escrituras no existe superposición de garantías que constituya un *plus* gravado por el impuesto. Así las cosas estima el Tribunal en el citado pronunciamiento que no pueden compartirse las interpretaciones de la parte actora respecto de unos preceptos legales que regulan con claridad lo que quieren decir y que no admiten otro tipo de interpretación. Lo que el citado precepto exige es que en el otorgamiento del préstamo se encuentre prevista la posterior constitución de la garantía. Y, en el supuesto de autos, el otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria se produjo con anterioridad, no constando que en las escrituras estuviese prevista la constitución de una posterior garantía personal mediante fianza. De ello cabe deducir que la constitución de la posterior garantía personal mediante fianza en las escrituras públicas de compraventa, origen de la actuación administrativa, habrá de tributar por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

cimiento simultáneo de garantías, manteniendo la hipotecaria por subrogación y constituyendo la fianza en el nuevo contrato de préstamo), existirá un solo hecho imponible gravado de forma unitaria como un préstamo, sujeto a ITPyAJD (Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas), pero en modo alguno tributará por el Impuesto que pretendían las Administraciones demandadas, ya que se cumple la condición de simultaneidad en la concesión del préstamo y en la constitución de garantías impuesta por el artículo 25 del Reglamento del Impuesto, reforzando con ello la posición del acreedor, y siendo indiferente a tales efectos que la fianza se constituyera con posterioridad al préstamo, ya que la subrogación producida en la misma escritura de compraventa supone una novación a todos los efectos, dándose la simultaneidad de préstamo y garantías[3].

Con posterioridad, mediante sentencia de 5 de marzo de 2010, volvería el TSJ de la Comunidad Valenciana a referirse al régimen tributario al que quedan sujetas estas operaciones de subrogación de hipoteca y fianza. En el presente caso, el recurso interpuesto al efecto planteaba una controversia en orden a la calificación, a efectos del ITPyAJD, de la constitución de una fianza en garantía de un préstamo hipotecario concedido por una Caja de Ahorros con motivo de la subrogación del adquiriente/comparador de un bien inmueble en el préstamo pendiente del transmitente.

La controversia suscitada giraba en torno a la interpretación que había de otorgarse al artículo 25.1 del Real Decreto 828/1995, de 26 de mayo, debiendo ligarse a los hechos acaecidos, por los que se contemplaba un supuesto de constitución de fianza en la misma escritura de compraventa y subrogación de los compradores en un préstamo hipotecario anterior, de manera que el préstamo y su devolución por quien se subrogaba la parte compradora se había asegurado con dos garantías distintas, por la hipoteca y por la fianza, reforzando doblemente la confianza del acreedor, por lo que resultaba de aplicación lo previsto

---

[3] Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Aragón, de 20 de abril de 2009, relativa a la tributación en el IAJD de aquellas operaciones de constitución de fianza en un momento posterior al préstamo, y en la que el Tribunal rechazó la tesis en virtud de la cual, con base en la literalidad del artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, se pretenda la improcedencia de la liquidación por el mismo con ocasión de fianza constituida en garantía del préstamo hipotecario, que solo debería tributar por este último, considerando lo dispuesto en artículo 25.1 del Reglamento del Impuesto como una extralimitación respecto del texto legal. En opinión del Tribunal, dicha argumentación ha de rechazarse por haberse constituido la fianza en un momento posterior al préstamo y tener por objeto garantizar obligaciones contraídas por un prestatario distinto e, incluso, respecto de obligaciones diferentes a las del primer prestatario hipotecario (en el supuesto de autos analizado, la entidad mercantil vendedora de la vivienda). Por su parte, el TSJ de La Rioja, a través de su sentencia de 3 de julio de 2009, relativa a la tributación, a efectos del ITPyAJD, del otorgamiento de una fianza constituida simultáneamente con una ampliación de préstamo y que, de conformidad con sus propios términos, alcanza únicamente a la ampliación del préstamo, pero no a la totalidad del mismo, volvió a precisar que en dichos casos únicamente procede la declaración de sujeción de la ampliación del préstamo, y no la relativa a la ampliación de la fianza.

en el artículo 15.1 del Texto Refundido de 1991, de conformidad con el cual la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

Pues bien, a juicio del Tribunal, se trataba de un supuesto de constitución de dos garantías distintas en relación con un crédito, formalizadas en unidad de acto en la escritura correspondiente, en la que la compradora se subroga en la garantía hipotecaria, al propio tiempo que se constituye una fianza para garantizar dicho crédito. De tal forma que esta segunda garantía se derivaría sin ninguna duda del documento contractual novado de préstamo, conforme ha venido exigiendo la doctrina jurisprudencial, con la lógica consecuencia de que no surgirá la obligación de tributar nuevamente por este afianzamiento, dado que ya se tributó por el préstamo al que garantiza.

Por su parte el TSJ de Cataluña se encargó de precisar, en su sentencia de 14 de octubre de 2010 que, dada una constitución de fianza mediante escritura de compraventa en la que los compradores se subrogan en un préstamo hipotecario anterior, resulta improcedente la sujeción de la citada operación al ITPyAJD, debiendo reconocerse la tributación por el concepto de préstamo de la constitución de fianza en garantía de un préstamo, y no admitiéndose la aplicación del artículo 25.1 del RITPyAJD, a pesar de no ser la constitución de la garantía simultánea con la concesión del préstamo, al no haberse pretendido burlar el pago del Impuesto.

Mediante sentencia de 7 de octubre de 2010 el TSJ de Madrid se refirió a la tributación a la que quedan sujetas las operaciones de anticresis, declarando que debía confirmarse la resolución impugnada, ya que en la escritura realizada al efecto, con independencia de la calificación efectuada por las partes, se constituyó un derecho real de anticresis, siendo en consecuencia aquella susceptible de liquidarse por la Modalidad de AJD. Y, a tal efecto, resulta decisivo de cara a poder concluir la verdadera naturaleza de la anticresis del negocio celebrado y no de prenda la exigencia de que esta deba recaer sobre cosas muebles, lo que no sucedía en el concreto supuesto analizado, en el que claramente se percibían frutos (rentas o alquileres) de determinados locales comerciales (frutos civiles), recayendo en consecuencia sobre bienes inmuebles.

Por otro lado, conviene tener presente a este respecto que el artículo 21 del Reglamento Hipotecario (RH) no prevé que no resulte inscribible la anticresis, sino que precisa para ello la determinación de la cantidad de la que cada finca deba responder, teniendo en cuenta a tal efecto que dicha distribución podrá llevarse a cabo, no ya solo en el tributo inscribible, sino también en otro documento público o en una solicitud dirigida al registrador, de manera tal que, como se afirmaba en el concreto supuesto analizado por la parte demandada, tal distribución pudiera llevarse a cabo en el instante de la propia inscripción.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para la sujeción a gravamen por el ITPyAJD de los contratos de fianza? Tal y como señaló la Dirección General

de Tributos (DGT) en su contestación a la Consulta de 22 de mayo de 2009, para determinar la tributación de la constitución de una fianza debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Así, si este es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En cambio, si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPyAJD.

Refiriéndose a la constitución de la fianza sujeta al ITPyAJD en garantía de un préstamo precisó el citado Centro Directivo que dicha operación tributará exclusivamente por el concepto de préstamo («tratamiento unitario del préstamo») siempre que la constitución de la fianza sea simultánea con la concesión del préstamo o, al menos, que en su otorgamiento esté prevista la posterior constitución de la fianza. A este respecto no es suficiente la previsión de la mera posibilidad de que se constituya la fianza. Por el contrario, la fianza que se constituya sin la concurrencia de los requisitos anteriores (en garantía de un préstamo y simultáneamente o prevista necesariamente en la constitución del préstamo) estará sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y, de cara a la determinación de la base imponible de la fianza sujeta a la Modalidad de TPO, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10.2.j) del Real Decreto Legislativo 1/1993, estará constituida por «el capital de la obligación» o «importe afianzado», entendiendo por tal el montante total que, de acuerdo con las normas de Derecho Civil que resulten aplicables, el fiador garantiza mediante el contrato de fianza. Téngase presente además que, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho Privado, para la determinación en cada caso concreto de la base imponible de un préstamo asegurado con fianza deberá atenderse a lo convenido por las partes en el contrato de fianza en cuestión, a fin de determinar el importe total que efectivamente queda garantizado con la fianza.

Mediante sentencia de 10 de diciembre de 2009 procedió el TS a precisar el alcance de la no sujeción de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional en relación con la constitución de fianzas. Concretamente la cuestión planteada radicaba en concretar si una fianza prestada fue realizada a título particular o en calidad de empresario y en desarrollo de una actividad, lo que determinaría la sujeción de la operación al IVA o al ITP.

Inicialmente la sentencia recurrida consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, por lo que habría de ser a ella a la que se hubiera de exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 del citado Texto Refundido, de conformidad con el cual no están sujetas a la Modalidad

de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el artículo 7 de la Ley (entre ellas la constitución de fianzas), cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Y, a tal efecto, se estimaba que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenecía la entidad recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Ya en su día el TS, a través de su sentencia de 3 de noviembre de 1997, determinó con claridad que el artículo 25 del Reglamento del ITPyAJD es perfectamente válido y lo que hace es interpretar, aclarar y completar lo previsto en el artículo 15 de la Ley del Impuesto para evitar *«abusos o actuaciones* (ostensiblemente no queridas por el legislador) *destinadas a burlar el impuesto o a establecer auténticas ficciones»*. Dicho precepto exige que en el otorgamiento del préstamo estuviese prevista la posterior constitución de la garantía, lo que en el supuesto de autos analizado por el Tribunal no quedó acreditado, con independencia de que no exista préstamo previo alguno. De todo ello cabe deducir que la constitución de la garantía personal mediante el afianzamiento referido ha de tributar por la Modalidad de TPO, al no referirse al supuesto expresamente regulado en el artículo 25.

A priori la operación en cuestión parece que habría de tributar según lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido del Impuesto, en relación con el tipo establecido en el artículo 11, sin que sea aplicable el artículo 7.5 de la misma norma por cuanto el fiador no es empresario o profesional que realice la operación de afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, la avalada por la recurrente y la que constituye la prenda a favor de la recurrente, lo que acredita que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, a juicio del TS, lo que se debía tener en cuenta no era la cualidad no profesional o empresarial del fiador, sino la del sujeto pasivo del impuesto. En este sentido, ya en su sentencia de 18 de enero de 1996, declaró el Alto Tribunal que: *«(…) Como el artículo 4.º de dicha Ley dispone que "estarán obligados al pago del Impuesto, a título de contribuyente, y cualquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiera...", se deduce que si ponemos en relación ambos preceptos [el art. 3.º, apartado 5 y el art. 4.º , letra c)], habrá de concluirse que (...) el adquirente de los objetos de oro, plata, platino y de joyería, sería en principio el sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 4.º , letra b), pero como es empresario*

y dicha actividad constituye acto típico y habitual de su tráfico mercantil, le es de aplicación la norma de no sujeción (el art. 3.º, apartado 5 establece que: "no estarán sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, las entregas de bienes, las prestaciones de servicios y, en general, las operaciones que constituyan actos habituales del tráfico de las empresas o explotaciones que las efectúen, ya sean industriales, comerciales, agrarias, forestales, ganaderas o mixtas, salvo las entregas o transmisiones y los arrendamientos de bienes inmuebles rústicos o de terrenos sin urbanizar"), por lo que es indubitado que no tributa por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales».

Esto es precisamente lo que parecía suceder en el supuesto de autos analizado por el TS. En dicho caso el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con el artículo 8.e) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de manera que habría de ser a ella a la que se exigiese la concurrencia de las operaciones no sujetas comprendidas en el artículo 7.5 de la misma norma, conforme al cual, no estarán sujetas a la Modalidad de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» las operaciones, entre otras de constitución de fianzas, cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. Y no cabe duda que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, al que pertenecía la recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico.

Al hilo del recurso de casación interpuesto señaló de entrada el TS que el supuesto presentado no constituía un caso aislado o de muy difícil repetición; antes al contrario: constituía una operación habitual y típica del tráfico jurídico —los afianzamientos—, de constante repetición, como lo demuestra el hecho de que la fianza constituya uno de los negocios jurídicos objeto de regulación específica y extensa tanto en el ámbito civil como en el mercantil. Hay pues que evitar, a juicio del TS, el riesgo manifiesto de que la doctrina contenida en la sentencia recurrida y que se considera errónea, se generalice. Así las cosas lo que trataba de conseguir en este caso el Tribunal Supremo era, sin alterar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijar la doctrina legal que en el futuro hubiera de aplicarse a otros supuestos equivalentes que se presenten.

En principio, como se ha indicado, la sentencia recurrida ante el TS y que dio lugar al presente pronunciamiento consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tenía por sujeto pasivo a la entidad recurrente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8.e) del TRLITPyAJD, de manera que habría de ser a ella a la que se debe exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 de la misma Ley, conforme al cual no estarán sujetas a la Modalidad de Transmisiones Patrimo-

niales Onerosas las operaciones que se consideran transmisiones patrimoniales en el artículo 7 de la Ley —entre ellas la constitución de fianzas— cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA.

En la sentencia recurrida se señaló que no existía duda de que el afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario al que, como ya se ha indicado, pertenecía la entidad recurrente, constituye una actividad propia de su círculo o tráfico jurídico económico. Ahora bien en el concreto supuesto analizado el afianzamiento había sido otorgado por un particular, no constando que actuara en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, a favor de la entidad financiera que, como acreedor afianzado, era el sujeto pasivo obligado al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) a título de contribuyente (art. 8.e), no el constituyente de la fianza. Y, tal y como afirma el Tribunal, cuando la fianza no simultánea a la constitución del préstamo la constituya una persona física que no sea empresario o profesional en desarrollo de su actividad, la operación efectuada habrá de quedar gravada por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1.b) del Texto Refundido de la Ley del ITP. Así las cosas se suscita la cuestión relativa a si la fianza prestada se realizó a título particular o en su calidad de empresario y en desarrollo de su actividad, lo que determinaría la sujeción al ITP o al IVA.

Como es sabido, el artículo 7.5 del Texto Refundido 1/1993 refiere la no sujeción al ITP al supuesto de que la constitución de fianzas sea realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, sin tener en consideración quien sea el sujeto pasivo del tributo. La sentencia recurrida parecía recoger esta doctrina cuando afirmaba que la operación en cuestión debía tributar, en principio, según lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido del Impuesto, sin que fuese aplicable el artículo 7.5 de la misma norma por cuanto al fiador no es empresario o profesional que realice la operación de afianzamiento en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, ya que efectúa esta operación en nombre propio y en el mismo documento en el que también interviene en nombre y representación de otras dos entidades, lo que acreditaría que su intervención no lo es por razón de su actividad profesional o empresarial.

Sin embargo, a juicio del TS, dicha sentencia recurrida estimaba, erróneamente, que lo que se debía tener en cuenta no era la cualidad no profesional o empresarial del fiador o constituyente de la fianza, sino la del sujeto pasivo del ITP. Y es que, tal y como concluyó el TS a través de la citada sentencia, para poder determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Si este es empresario o profesional en el ejercicio de su

actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA. En cambio, si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. De este modo, cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y esta haya sido constituida por un particular, no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaremos en el caso de no sujeción contemplado en el artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley del ITP. Téngase presente que el artículo 7.5 del citado Texto Refundido subordina la no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del ITP como acreedor afianzado por tal operación.

En resumen, la cuestión planteada en la sentencia del TS, de 10 de diciembre de 2009, radicaba en concretar si una fianza prestada se realizó a título particular o en calidad de empresario y en desarrollo de una actividad, lo que determinaría la sujeción al ITP o al IVA. Tal y como se ha indicado la sentencia recurrida consideró que el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales devengado tiene por sujeto pasivo a una entidad, que era la recurrente, por lo que habría de ser a ella a la que se debería exigir la concurrencia de las operaciones no sujetas a que se refiere el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

La condición de empresario o profesional determinante de la no sujeción ha de predicarse de quien constituye la fianza (el afianzado), y no del sujeto pasivo del Impuesto. Y, tratándose de un supuesto de afianzamiento en garantía de operaciones de crédito propias del sector bancario, resultará de aplicación el Impuesto cuando el constituyente de la fianza lo sea un particular. En cambio la operación realizada quedará no sujeta a gravamen cuando la constitución de la fianza sea realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

De este modo, para determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza: si este es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA; y si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD.

Por tanto el artículo 7.5 del TRLITPyAJD vincula la no sujeción al Impuesto a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación. De cara a determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo habrá de atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza. Tratándose de un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, la operación constituiría una prestación de servicios sujeta a IVA. Y en el hipotético caso de que no concurriesen ambos requisitos la

operación quedaría sujeta, en principio, a la Modalidad de TPO. Adicionalmente, cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y esta haya sido constituida por un particular y no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaremos en presencia del supuesto de no sujeción contemplado en el precepto anteriormente citado, de manera que la doctrina legal correcta será la de que este se subordina la no sujeción del Impuesto a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza, y no a la del sujeto pasivo del Impuesto como acreedor afianzado por tal operación.

Ya con anterioridad se había encargado de precisar a este respecto el TSJ de Aragón, en su sentencia de 21 de mayo de 2009, a través de la cual se analizaba un supuesto en el que el recurrente consideraba que existía simultaneidad entre la fianza constituida en garantía de un préstamo hipotecario y en consecuencia, estaría exenta del ITP, que dicha fianza se constituyó en un momento posterior al préstamo, ya que tenía por objeto garantizar obligaciones contraídas por un prestatario distinto e, incluso, respecto de obligaciones diferentes a las del primer prestatario hipotecario (la entidad mercantil vendedora de unos inmuebles). Existía por tanto un préstamo hipotecario constituido entre una entidad financiera y las distintas entidades vendedoras de los inmuebles, sin previsión alguna de constitución de ulterior fianza en aquel, en cuyo préstamo se subrogaban los compradores de los inmuebles y, para garantizar sus obligaciones nacidas de dicha subrogación, se constituían los afianzamientos posteriores, a pesar de que se documentasen en la misma escritura de compraventa. Así las cosas concluyó el Tribunal que la operación de afianzamiento, independiente de la garantía real hipotecaria, constituía una obligación accesoria de otra principal, como es el préstamo del que habría de responder el deudor que cuando el afianzamiento, como aquí ocurría, lo que garantiza en definitiva es la propia solvencia del deudor, dicha garantía a efectos tributarios, no queda subsumida en el negocio o contrato principal (el préstamo) ostentando plena autonomía o independencia fiscal[4].

Este mismo Tribunal, en su sentencia de 16 de septiembre de 2009, volvió a reiterar, refiriéndose a la tributación de aquellas operaciones consistentes en la constitución de afianzamientos posteriores, a pesar de que se hubiesen documentado en la misma escritura de compraventa, que un préstamo hipotecario constituido entre una entidad financiera y las distintas entidades vendedoras de los inmuebles, sin previsión alguna de constitución de ulterior fianza en

[4] Véase, igualmente a este respecto, la sentencia del TSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009, en la que se señaló que, tratándose de una operación de constitución de fianza por dos personas físicas actuando en nombre propio en garantía de la cesión de un contrato de *leasing,* en tanto en cuanto dicha operación no ha sido realizada en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, la sujeción de dicha operación al ITP resulta procedente.

aquel, en cuyo préstamo se subrogan los compradores de los inmuebles y en el que, para garantizar sus obligaciones nacidas de dicha subrogación, se constituyen los afianzamientos posteriores, aunque se documenten en la misma estructura de compraventa, representa una fianza constituida por particulares a favor de la entidad recurrente. Y cuando el afianzamiento, como aquí sucedía, lo que garantiza en definitiva es la propia solvencia del deudor, dicha garantía a efectos tributarios, no queda subsumida en el negocio o contrato principal —entendemos el préstamo— ostentando plena autonomía o independencia fiscal[5].

Mediante sentencia de 4 de noviembre de 2010 analizó el TSJ de Madrid una operación en la que no concurrían los requisitos de constitución simultá-

[5] Recuérdese además, a este respecto, que en las operaciones de constitución de la fianza adquiere la condición de sujeto pasivo el acreedor afianzado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 del Texto Refundido, que añade además que la operación de afianzamiento, independiente de la garantía real hipotecaria, *«es una obligación accesoria de otra principal, el préstamo del que ha de responder el deudor (...)»*. A la tributación de una operación de constitución de aval con posterioridad al préstamo se refirió la DGT en su Resolución de 26 de mayo de 2010, señalando el citado Centro Directivo que en dicha operación procedería diferenciar dos supuestos. En primer lugar, si el sujeto que constituye el aval, será un sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, constituyendo la operación una prestación de servicios sujeta al citado Impuesto. Así las cosas habrá que determinar en cada caso concreto si el fiador ostenta la condición de empresario o profesional y si dicho contrato se ha realizado en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Concurriendo ambos requisitos, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 37/1992, la operación quedará sujeta a este impuesto. No obstante, la constitución de fianzas sujetas al IVA está exenta de dicho Impuesto, en virtud de lo previsto en el artículo 20.Uno.18.f) de la Ley 37/1992. Y, en segundo término, si la constitución del aval se produce por parte de un particular, la operación no estará sujeta al IVA, al no tratarse de un empresario o profesional, en este caso, el artículo 7 del Texto Refundido del ITP y AJD dispone que resultará sujeto a este impuesto. En el concreto supuesto planteado a la DGT el aval no se constituyó simultáneamente con el préstamo hipotecario, sino en un momento posterior, sin que, al parecer, su otorgamiento estuviera previsto en el préstamo al que garantiza. Por tanto el aval sobre el que se consultaba, constituido con posterioridad a la constitución del préstamo hipotecario, estará sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ya que no resulta aplicable la llamada regla del «tratamiento unitario del préstamo», siendo el sujeto pasivo el acreedor afianzado tal y como se establece en el artículo 8 del Texto Refundido del ITPyAJD, siendo sujeto pasivo del Impuesto la entidad financiera que exige el aval. Y por lo que respecta a la base imponible del aval constituido, vendrá determinada por el importe de la obligación garantizada, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Y si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses. En el caso de la sentencia del TSJ de La Rioja, de 15 de junio de 2010, se analizó un supuesto en el que, tratándose de una escritura de ampliación y de modificación de préstamo hipotecario, se concedió por el banco un préstamo que aumentaba el crédito inicial, resultando posible aludir a la existencia de una simultaneidad en la concesión de la fianza y en la ampliación del crédito, y procediendo la exclusión de gravamen en la cuantía ampliada pero no en la parte en la que se afianza el préstamo original pendiente de amortizar.

nea del préstamo y su garantía, debido a que en el contrato de préstamo no existía previsión alguna al respecto, y cuando se pactó la fianza se trataba de una convención posterior por la que se amplió el préstamo y la hipoteca. De conformidad con lo declarado por el Tribunal la base imponible habrá de quedar integrada por las cantidades de las que responda el fiador, esto es, por el importe de la responsabilidad hipotecaria total. Y, produciéndose una ampliación del préstamo y de la garantía hipotecaria que lo garantiza con la constitución de fianza por un tercero, la sujeción de la citada operación a gravamen resulta procedente, quedando integrada la base imponible por la cantidad total por la que responde el fiador, que coincidirá con la responsabilidad hipotecaria total.

Por su parte, la DGT, refiriéndose al régimen fiscal aplicable a estas operaciones de subrogación y fianza, declaró en su contestación a la Consulta de 20 de mayo de 2010, que cabe diferenciar la existencia de dos convenciones en la escritura de que se trate, a saber, la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario que tenía concedido el promotor y la constitución de una fianza de sus padres a favor de la entidad financiera.

En relación con la primera de ellas, la subrogación del préstamo, señaló la DGT que si se produjese la subrogación del adquirente en la posición del vendedor y en la obligación de devolución del crédito garantizado con hipoteca habría de estimarse que la subrogación, al no producir inscripción distinta de la que origina la propia transmisión del inmueble, no verificaría los requisitos del artículo 31.2 TRLITPAJD y, por lo tanto, no estaría sujeta al gravamen gradual de actos jurídicos documentados. Y, por lo que respecta a la constitución de aval, en el supuesto objeto de consulta la fianza no se constituyó simultáneamente con el préstamo hipotecario, sino en un momento posterior, con ocasión de su subrogación. Concretamente en el supuesto planteado no se indicaba que en su otorgamiento estuviera prevista la constitución de la fianza. Es más, de las manifestaciones de la consultante se deducía que la exigencia de la fianza era claramente posterior a la constitución del préstamo hipotecario, ya que es una condición exigida para dar el consentimiento a la subrogación. Así las cosas la fianza analizada, constituida con posterioridad a la constitución del préstamo hipotecario, debía quedar sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ya que no resultaba aplicable la llamada regla del «tratamiento unitario del préstamo». Y, respecto a esta última operación, cabe precisar que el sujeto pasivo lo sería el acreedor afianzado, tal y como establece el artículo 8 del Texto Refundido del ITPyAJD. Por lo tanto, sería sujeto pasivo del Impuesto la entidad financiera que exigiese el afianzamiento.

¿Cómo habría de tributar una operación consistente en la sustitución de aval por depósito en metálico a nombre de los acreedores? A tenor de lo señalado por la DGT en su contestación a la Consulta de 7 de junio de 2010, por lo que respecta en primer término a la cancelación del aval, al ser realizada por una entidad empresarial en el ámbito de su actividad, constituye una operación

sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, si bien al ser de carácter financiero, estará exenta del mismo (art. 20.uno.18.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del citado Impuesto), sin que cumpla con los requisitos exigidos para quedar sujeta a la cuota gradual de Documentos Notariales de la Modalidad de AJD del ITPyAJD. Y, por lo que respecta a la constitución del depósito por una entidad empresarial en una entidad financiera a nombre de los acreedores, estima la DGT que dicha operación constituye un negocio, asimismo, sujeto pero exento de IVA, por realizarse por una empresa en desarrollo de su actividad y la previsión de exención de las operaciones financieras en la normativa del IVA (art. 20.uno.18.º de la Ley 37/1992). De este modo, tampoco en este último supuesto cabría exigir la cuota gradual de Documentos Notariales antes citada. Ahora bien, al ponerse el depósito a nombre de los acreedores y ser dinero en metálico, es decir, tratándose de un bien fungible, las citadas personas harán suyo el dinero puesto a su nombre, por lo que aumentarán su patrimonio en dichas cantidades, aunque asumirían la obligación de devolución correlativa entre sus obligaciones, y los rendimientos de ese capital habrían de ser declarados en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

¿Qué régimen sigue la aplicación de la cuota variable del IAJD a la figura de los préstamos? De cara a poder analizar adecuadamente esta cuestión parece claro que habremos de tener presente las distintas etapas que se originan en el ámbito de los préstamos hipotecarios (constitución, ampliación y extinción del préstamo o cancelación de la garantía).

A la tributación de estas operaciones de fianza se refirió igualmente la DGT en su Resolución de 25 de junio de 2009. La figura planteada en dicha consulta se contempla en el artículo 1882 del Código Civil, de conformidad con el cual: *«Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este»*. Pues bien tales fianzas constituyen hecho imponible del ITPyAJD por la primera de las Modalidades del Impuesto, Transmisiones Patrimoniales Onerosas, según la enumeración del artículo 7.1.B) del Texto Refundido del citado Impuesto, en la que se incluye expresamente, y sin que puedan quedar excluidas de su ámbito conforme al apartado 5 del citado artículo 7, al no tratarse de fianzas prestadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. Por otro lado dichas fianzas no constituyen, en ningún caso, hecho imponible de la Modalidad Documentos Notariales de Actos Jurídicos Documentados, al no cumplir varios de los requisitos exigidos en el artículo 31.2, a saber: no ser inscribible en el Registro de la Propiedad, dada su naturaleza obligacional y no real; y no estar sujeta a ninguna de las otras dos Modalidades del Impuesto (Transmisiones Patrimoniales Onerosas u Operaciones Societarias), constituyendo hecho imponible de la primera de ellas.

En consecuencia, como hecho imponible de la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (art. 7.1.B), la fianza tributará al tipo del 1 por 100 a que se refiere el artículo 11.1 b) del Texto Refundido, sobre una base imponi-

ble del importe garantizado y, conforme a lo dispuesto en su artículo 8.e), será sujeto pasivo el acreedor afianzado, es decir, la entidad financiera. Adicionalmente pone de manifiesto la DGT la inaplicabilidad de la exención prevista en el artículo 45.I.B).12 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que, conforme al artículo 14.1 de la LGT, no puede aplicarse más allá de sus términos estrictos, sin que en dicho precepto se haga referencia a la operación objeto de consulta.

II. CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Sin lugar a dudas, el principal aspecto a considerar en relación con este primer supuesto objeto de nuestro análisis lo será la condición que ostente el concedente del préstamo, según se trate o no de un sujeto pasivo del IVA. Y ello debido a que será tal condición la que determine el régimen de tributación de la operación de que se trate. En efecto, la condición del prestamista determinará la tributación del préstamo en el IVA o en la Modalidad de TPO del ITPyAJD (si bien en ambos casos ha de quedar claro que la constitución del préstamo estará exenta)[6], así como la procedencia o no de cuota gradual en el IAJD, incompatible como es sabido con las restantes modalidades del Impuesto.

Tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 11 de noviembre de 1994, de cara a determinar la tributación de los préstamos habremos de distinguir según se trate de un préstamo concedido por un particular o por un sujeto pasivo del IVA.

Siendo el préstamo concedido por un particular no sujeto pasivo del IVA, la operación en cuestión quedará sujeta al ITPyAJD y, más precisamente, a su Modalidad de TPO, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido, procediendo además, al amparo de lo establecido en su artículo 15.1, una única liquidación por el concepto de préstamo, y no originándose liquidación alguna por la constitución del derecho real de hipoteca[7]. Tal y como precisa el

---

[6] Véase, a este respecto, la contestación de la DGT a la Consulta de 24 de mayo de 2010, de conformidad con la cual la constitución de un préstamo por un particular, con o sin interés, constituye una operación sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, los citados préstamos están exentos de dicha Modalidad, en virtud de lo previsto en el citado artículo 45.I.B).15, por lo que no cabe practicar liquidación por dicho concepto. No obstante, dado que la operación está sujeta al Impuesto, el sujeto pasivo, el prestatario, sí que está obligado a presentar la declaración, en la que alegará la exención.

[7] Téngase presente no obstante que, como bien señala el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 28 de abril de 2009, relativa a la tributación a efectos del IAJD del otorgamiento de un documento de préstamo hipotecario formalizado ante un fedatario extranjero, habrá de ser tomada en consideración la situación en España de los bienes muebles e inmuebles sobre los que se constituyen las garantías reales de hipoteca. Y, en dicho caso, procedería su consideración como documentos auténticos que tienen fuerza en

artículo 25 del Reglamento del ITPyAJD, para que la garantía que asegura el préstamo no tribute resulta exigible que su constitución sea simultánea con la concesión del préstamo o, en su caso, que en el otorgamiento de este estuviese prevista la posterior constitución de la garantía. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el apartado primero del citado precepto, *«La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de este estuviese prevista la posterior constitución de la garantía»*[8].

Dada, por ejemplo, una operación consistente en la constitución de un préstamo entre particulares, sin interés y a devolver en varios ejercicios destinado a la adquisición de la vivienda habitual, la referida operación quedaría sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y lo mismo sucedería en el supuesto de que se incluyese un pacto de pago de interés (recuérdese que ambos tienen la consideración de préstamos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1740 del Código Civil). La condición de sujeto pasivo recaería en el prestatario. Y, con carácter adicional, el prestamista adquiriría la consideración de responsable subsidiario del pago del Impuesto en el supuesto de que percibiese total o parcialmente el capital prestado sin haber exigido al prestatario justificación alguna de haber satisfecho el Impuesto[9].

El préstamo hipotecario tributa únicamente como préstamo. Lo que sucede en la práctica es que, debido a la falta de simultaneidad existente, en numerosas ocasiones, entre ambos actos (el préstamo y la hipoteca), se suscita la cuestión relativa a si la referida simultaneidad en el otorgamiento del préstamo y de

---

España, produciéndose la generación de efectos jurídicos en territorio español, y resultando por tanto la sujeción al Impuesto procedente.

[8] Ya en un primer momento se encargó de disponer el artículo 58.1 del antiguo Texto Refundido de 6 de abril de 1997 que, tratándose de un préstamo con garantía real y, más precisamente, hipotecaria, su tributación habría de producirse únicamente por el concepto de préstamo. Dicha regulación fue posteriormente incorporada al Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980 y, finalmente, al actualmente vigente de 1993. Destaca no obstante el hecho de que en el antiguo Reglamento del Impuesto, de 15 de enero de 1959, se pusiese el acento, no en el préstamo, sino en la constitución de la garantía, de manera tal que si, existiendo dos convenciones o hechos imponibles, se tributase solamente por uno de ellos, este resultase ser la garantía real y no el préstamo. En este sentido disponía el artículo 5.º IX del citado Reglamento que: *«Los préstamos que se garanticen con fianza, prenda o hipoteca satisfarán el Impuesto, respectivamente, solo por estos conceptos»*.

[9] Ahora bien, conviene tener presente que la constitución de préstamos está exenta del ITPyAJD. En consecuencia ni el prestatario deberá satisfacer Impuesto alguno ni el prestamista asumirá la condición de responsable de deuda alguna por dicho concepto. Sí que existirá, en cambio, una obligación formal a cargo del prestatario, como es la de presentar una autoliquidación del Impuesto por la constitución del préstamo, al tratarse de la realización de una operación sujeta al ITPyAJD. En este sentido se pronunció la DGT en su contestación a la Consulta de 23 de septiembre de 2008.

garantía representa una exigencia inexcusable para la tributación solo por el concepto de préstamo[10].

Por tanto, si en el documento de concesión del préstamo no se previniese de manera expresa que en un momento posterior se procederá a la constitución de la garantía hipotecaria, una vez que ello se realice posteriormente la hipoteca deberá tributar con independencia del préstamo.

Tratándose de préstamos garantizados mediante derecho real (prenda, hipoteca y anticresis), la base imponible se concretará mediante la valoración del derecho real de acuerdo con las reglas del artículo 10.2.c) del TR, de conformidad con el cual: *«Las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses»*[11].

Obsérvese que el citado precepto establece dos reglas de valoración, una primera de carácter general y otra segunda que podría calificarse como subsidiaria. La regla general que determina la base imponible de estos derechos reales de garantía resulta tan amplia que, en la práctica, podría permitir la inclusión de cualquier cantidad a la que se extienda la garantía[12].

---

[10] Inicialmente el TS a través, entre otras, de sus sentencias de 10 de febrero y de 22 de marzo de 1978, señaló acerca de esta cuestión que resultaba necesaria la simultaneidad del préstamo y la garantía para tributar solamente por el concepto de préstamo, añadiendo además que esa «necesaria simultaneidad» del préstamo y de la garantía no debía entenderse como una unidad de acto o formalización de ambos en el mismo documento, sino en el sentido de que del documento inicial de constitución se derivasen tanto este como la garantía, es decir, que en la escritura de constitución del préstamo se anunciase la garantía, a pesar de que esta se constituyese posteriormente, incluso habiendo transcurrido varios años. Con posterioridad afirmó el Alto Tribunal, en su sentencia de 23 de febrero de 1981, que no resultaba necesario el requisito de la simultaneidad, ni siquiera entendida esta en el sentido de necesidad de anunciar el otorgamiento posterior de la garantía; a juicio del Tribunal *«Si se concede, por ejemplo, un préstamo sin anuncio de otorgamiento posterior de garantía y al cabo de varios años se constituye la hipoteca, no existe gravamen por la modalidad de TPO al 1 por 100 por el acto de constitución de dicha garantía aunque, evidentemente, la primera copia de la escritura de constitución de la garantía deberá tributar por la modalidad de AJD»*. Lo cierto es que, a pesar de que este último criterio fue mantenido por el TEAC en sus Resoluciones de 30 de enero de 1991 y de 8 de junio de 1995, no fue finalmente adoptado por el Reglamento del Impuesto de cara a la redacción del citado artículo 25.

[11] Este precepto queda reproducido en el artículo 44 del Reglamento del Impuesto, incorporándose como novedad que las sumas aseguradas por intereses no podrán exceder de cinco años.

[12] En este sentido desde determinados sectores de la doctrina se apuntó la conveniencia de excluir los intereses moratorios. De esta opinión se muestra partidario Martínez Lafuente, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, pág. 261, para quien: *«En la redacción del precepto y de acuerdo a su* voluntas legis *solo se estaba pensando en los intereses que actúan a modo de retribución del capital, y que en todo caso han de abonarse, y no en aquellos que solo*

Por lo que respecta a los préstamos asegurados con fianza o sin otra garantía que la personal del prestatario, así como en las figuras asimiladas al préstamo, la base imponible se determinaría aplicando los criterios recogidos en el artículo 10.2.j) del citado texto legal, precepto que es objeto de reproducción en el artículo 50.4 del Reglamento del Impuesto. En ambos preceptos se diferencian dos tipos de préstamos. De una parte, los simples, los garantizados con fianza, los contratos de reconocimiento de deuda, de depósito retribuido y las cuentas de crédito. Y, de otra, los préstamos garantizados con garantías reales de prenda, hipoteca y anticresis[13].

Pues bien, en relación con los primeros la base imponible queda constituida por el capital de la obligación o por el valor de la cosa depositada, tratándose de un depósito retribuido. Dicho de otro modo, en estos préstamos la base imponible coincide con la cantidad prestada por el prestamista. Y, tratándose de las cuentas de crédito, en dichos contratos la base imponible coincidirá con el capital que realmente hubiese utilizado el prestatario[14].

---

se refieren a una eventualidad que puede producirse o no, cual es la demora en que incurra el deudor en el pago al acreedor».

[13] ¿Cómo habría de tributar en el ITPyAJD la operación consistente en la constitución de fianza posterior a un préstamo hipotecario? Como ya sabemos en el ámbito del Código Civil, en el que rige la autonomía de las partes, las fianzas cubren aquello que se haya comprometido a garantizar la persona del fiador, siendo además ese mismo importe el que ha de ser tomado en consideración a la hora de proceder a cuantificar la base imponible del ITPyAJD. Cuando la constitución de la fianza quede sujeta a la Modalidad de TPO, la base imponible vendrá determinada por el total importe afianzado. En este sentido estima la DGT, en su Resolución de 12 de septiembre de 2006, que la citada operación habrá de quedar sujeta al ITPyAJD, constituyendo la base imponible del préstamo asegurado con fianza el capital de la obligación o importe afianzado y estimando por tal el montante total que, de acuerdo con las normas del Derecho Civil que resulten aplicables, el fiador garantice mediante el contrato de fianza. Y, de cara a la determinación en cada caso concreto de la base imponible de un préstamo asegurado con fianza, habrá de atenderse, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, a lo convenido por las partes en el contrato de fianza.

[14] Esta previsión queda desarrollada en el artículo 26 del Reglamento del Impuesto, en el que se dispone que: *«La liquidación se girará al liquidarse anualmente el crédito o antes, si terminase la operación, sobre el capital que resulte utilizado por el prestatario, entendiéndose por tal el mayor saldo deudor que hubiese arrojado la cuenta en dicho periodo de tiempo»*. Por otra parte, en tanto en cuanto suele ser bastante frecuente que la duración de estos contratos resulte superior a un año, prevé el apartado segundo del citado precepto que se tome como base en los ejercicios siguientes al primero la diferencia positiva, si la hubiere, entre el importe máximo dispuesto en el ejercicio de que se trate y el mayor saldo deudor correspondiente a los ejercicios anteriores. En líneas generales la cuestión más conflictiva que suele suscitarse a este respecto es la relativa a si, tratándose de préstamos plurianuales, ha de tomarse como base imponible el mayor saldo deudor dispuesto durante toda la vigencia del contrato o, por el contrario, el mayor saldo deudor de cada año. *A priori*, puesto de lo que se trata es de un impuesto de carácter instantáneo, parecería más lógica la primera de las alternativas apuntadas. Sin embargo el TS, en su sentencia de 25 de septiembre de 2000, se inclinó por la postura contraria, señalando que: *«(…) Al final de los años de duración del contrato de préstamo en forma de cuenta de crédito la base imponible del ITP global liquidable es, no el mayor*

De cualquier manera, como es sabido, dispone el artículo 45.I.B.15 del Texto Refundido que quedan exentos del Impuesto: *«los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten»*. En consecuencia estaremos en presencia de una operación sujeta a TPO pero exenta y, además, no sujeta al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del TR, al no reunirse los requisitos contemplados en dicho precepto. Queda claro por tanto que, en el presente caso, no se devengará cuota alguna por el citado Impuesto. Y es que, tal y como se encarga de precisar el artículo 74 del RITPyAJD: *«Las primeras copias de escrituras notariales que documenten préstamos sujetos a la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas" no quedarán sujetas al gravamen gradual de "actos jurídicos documentados"»*[15].

Sin lugar a dudas, la aplicación de la exención contenida en el artículo 45.I.B).15 del TR a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen de su artículo 31.2 ha constituido una cuestión no exenta de cierta polémica. ¿Afecta realmente la exención de los préstamos a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen sobre el *negotium* notarial? Es esta una cuestión que ya en su día se planteó respecto de lo dispuesto en el artículo 48.I.B).19 del antiguo Texto Refundido de 1980 redactada por la Disposición Adicional 2.ª de la antigua Ley del IVA de 1985, en la que se declaraba la exención de: *«(...) los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten»*, no limitándose a la Modalidad de TPO.

Inicialmente la DGT, en su Circular de 6 de mayo de 1986, manifestó que la exención no se proyectaba sobre el IAJD, limitando su alcance a la constitución de préstamos recogida en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido[16]. Este criterio no fue compartido, sin embargo, por el TEAC en sus Resoluciones de 19 de octubre y 10 de noviembre de 1988 y de 8 de marzo de 1990, en las que el citado Tribunal se mostró partidario de la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del IAJD, Documentos Notariales.

Por su parte el TS, en su sentencia de 2 de octubre de 1989, dictada en interés de ley, se mostró contrario a la aplicación de la exención. Ahora bien, se trataba de un pronunciamiento en el que no se analizaba de manera expresa la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen

---

saldo deudor anual que hubiese arrojado la cuenta durante los citados años, sino el total del capital o crédito realmente utilizado por el prestatario durante la vigencia del contrato».

[15] Véase, a este respecto, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta de 2 de junio de 1997 en la que, al hilo de la tributación en el ITPyAJD de un préstamo concedido por un particular con garantía hipotecaria, se afirma que: *«tratándose de una operación sujeta a TPO (art. 7.1.B), pero exenta, no se encontraría sujeta al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del TR, al no reunir los requisitos exigidos por dicho artículo. En este caso no se devengará cuota alguna por este Impuesto»*.

[16] Esta misma interpretación fue posteriormente reiterada por el citado Centro Directivo en sus Circulares de 27 de julio y de 23 de diciembre de 1989.

sobre el *negotium* notarial, declarándose únicamente que *«las escrituras (...) están sujetas al gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados»*. A ello había que añadir, además, que la doctrina legal elaborada a través del citado fallo afectaba únicamente a aquellos supuestos nacidos bajo la vigencia de la norma redactada de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2.ª de la antigua Ley del IVA de 1985, y no a los nacidos bajo la vigencia de la norma de exención redactada conforme a lo señalado en el artículo 104.5 de la antigua Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988[17]. Y, como seguramente se recordará, fue esta última redacción la que terminó incorporándose al apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido de 1993[18].

Lo que vino a manifestar el TS en el citado pronunciamiento fue que el artículo 48.I.B).19 del antiguo Texto Refundido de 1980 no contenía exención alguna por la Modalidad de AJD, cuota variable, respecto de aquellos documentos notariales a través de los cuales se formalizan préstamos hipotecarios sujetos al IVA[19].

Años más tarde el Alto Tribunal, a través de su sentencia de 9 de octubre de 1992, dictada en recurso extraordinario de apelación en interés de ley, negó nuevamente la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos a gravamen sobre el *negotium* notarial, proyectando además sus efectos sobre aquellos supuestos nacidos a partir del 1 de enero de 1988. Al margen de fundamentar su decisión en aspectos tales como la ubicación del precepto o la literalidad de la norma de exención, el principal argumento esgrimido por el TS

---

[17] Téngase presente que, con efectos desde el 1 de enero de 1988, la norma reguladora de la exención comenzó a extenderse a ciertos activos financieros de rendimiento implícito que documentan empréstitos sujetos al IAJD, en su Modalidad de Documentos Mercantiles, como consecuencia de la redacción dada por el artículo 104.Cinco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Lo cierto es que esta novedad introducida en la norma de exención por la citada Ley de Presupuestos presentaba simplemente un carácter aclaratorio, no incluyendo ni excluyendo nada nuevo respecto del alcance de la exención.

[18] Acerca del alcance de este pronunciamiento véanse, entre otros, Pont Mestres, M., «En torno al controvertido tema del gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamos», en *Gaceta Fiscal*, núm. 88 bis, 1991, pág. 134, y Albiñana García-Quintana, C., «Apuntamiento de la tributación de los préstamos hipotecarios», en *Impuestos*, núm. 17, 1990, pág. 17.

[19] Cuestión distinta es la relativa a si la legislación española estaba vulnerando o no la normativa comunitaria y, más precisamente, el artículo 13 de la antigua Sexta Directiva 77/338/CEE, de 17 de mayo, relativa a la aplicación del régimen común de IVA, y en el que se declaraba la exención de los préstamos, cualquiera que fuese la forma en que los mismos se instrumentasen. A pesar de que esta última cuestión no fue tratada por el TS en la citada sentencia de 2 de octubre de 1989, sí que lo fue en la posterior sentencia del Alto Tribunal de 9 de octubre de 1992, a la que nos referiremos a continuación, y en la que se afirmaba a este respecto que: *«(…) Los criterios de armonización legislativa comunitaria que inspiran la 6.ª Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, en nada afectan al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, ya que su artículo 13 se refiere a la concesión de créditos, la negociación y prestación de finanzas, cauciones y otras modalidades de garantía»*.

para negar la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del IAJD sobre documentos notariales fue estimar que el objeto de gravamen del citado tributo lo es, no el acto jurídico contenido en el mismo, sino el propio documento notarial. A juicio del Alto Tribunal, la norma reguladora de la exención solo se refiere de manera expresa al IAJD cuando alude a los documentos mercantiles específicamente mencionados en la norma[20].

La no aplicación de la exención del apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen del IAJD establecido en el artículo 31.2 del citado texto fue defendida igualmente por el TS en su sentencia de 28 de junio de 1994 argumentando que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, disponía en su artículo 7 que: *«estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de actos jurídicos documentados sobre documentos notariales»*, excepción esta última que, a juicio del Tribunal, carecería de sentido introducir si con anterioridad hubiese estado vigente.

Y en esta misma línea se sitúan las sentencias del Alto Tribunal, de 26 de abril, 26 de octubre, 23 de noviembre y 11 de diciembre de 1996, 12 de diciembre de 1997, 31 de enero y 1 de julio de 1998, 21 de enero de 1999, 15 de diciembre de 2000 y 2 de marzo de 2001 21. En cambio, excepcionalmente, en su sentencia de 19 de abril de 1997, el Alto Tribunal reconoció la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional sobre documentos notariales del IAJD.

Lo cierto es que, a partir de la STS de 9 de marzo de 2002, se aprecia un cierto cambio de criterio por parte del Alto Tribunal acerca de esta cuestión. En dicho pronunciamiento estimó el Tribunal que las primeras copias de escrituras notariales que documentan la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas del gravamen a partir del 1 de enero de 2001. Unos meses más tarde,

---

[20] Es este un criterio que no compartimos. A nuestro juicio, el objeto material o hecho imponible del gravamen sobre el *negotium* notarial lo integra la constitución o realización de actos y contratos.

[21] En el caso específico de este último pronunciamiento el Tribunal estimó que la tributación efectiva de los préstamos hipotecarios no vulneraba lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 13.b.d. de la antigua Directiva 77/338/CEE, de 17 de mayo, en materia de IVA (actual Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido), que declaraba exentas la concesión y negociación de créditos y la negociación y prestación de garantías. A juicio del Tribunal: *«(...) El artículo 33 de la Sexta Directiva permite mantener sobre dichas operaciones cualquier tributo que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios (...) y el hecho imponible del IAJD recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo»*. En un sentido contrario se pronunciaron, entre otros, Recio Adrados, J. G., «La exención en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de los préstamos empresariales sujetos al IVA», en *Gaceta Fiscal*, núm. 70, 1989, pág. 119, y Recuero Astray, J. R., «La controvertida exención de los préstamos hipotecarios en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados», en *Crónica Tributaria*, núm. 56, 1986, pág. 176.

en su sentencia de 10 de diciembre de 2002, el Alto Tribunal concluyó que la bonificación del 99 por 100 establecida en el artículo 8 de la antigua Ley 27/1984, de 26 de julio, de Reconversión y Reindustrialización, aplicable a los préstamos sujetos al ITPyAJD, resultaba asimismo aplicable a la constitución y cancelación de las hipotecas que puedan garantizarlos. En palabras del TS, *«no es conforme a la finalidad de la norma que establece el beneficio fiscal la disociación entre el préstamo y la hipoteca que lo garantiza»*.

Como es sabido, el apartado 15 del artículo 45.I.B) del Real Decreto Legislativo 1/1993 declara exentos: *«(...) Los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten»*[22]. Pues bien, a la luz de la presente redacción parece lógico pensar que la exención prevista en los citados términos debe extenderse al ámbito del IAJD, no ya solo en su Modalidad de gravamen proporcional

---

[22] Con anterioridad, bajo la vigencia del antiguo Texto Refundido de 1980, dicha exención quedaba recogida en su artículo 48.I.B) 19. Inicialmente, el texto originario de este artículo 48.I.B) no contenía la número 19. Dicho número fue introducido por la Disposición Adicional 2.ª de la antigua Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, de conformidad con la cual quedaban exentos: *«Los préstamos representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, en cuanto a la modalidad del Impuesto que recae sobre transmisiones patrimoniales onerosas. La exención se extenderá, asimismo, a las transmisiones posteriores de estos títulos»*. Nótese que en esta primera formulación, que estuvo vigente desde el 30 de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, la exención se refería, con carácter exclusivo, a la Modalidad de TPO y no para todos los préstamos, sino únicamente para los emitidos en serie, por plazo superior a dieciocho meses con rendimiento implícito. A su vez, y paralelamente, a través de la citada Ley 14/1985 y, más precisamente, de su artículo 33, relativo al hecho imponible del Impuesto en los documentos mercantiles, se incorporaron al grupo originario de sujeción (constituido por las letras de cambio, los documentos que realicen función de giro o que suplan a aquellos y los resguardos o certificados de depósito transmisibles) los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento. En todo caso esta redacción del número 19 del artículo 48.I.B) del antiguo Texto Refundido de 1980, a pesar de su claridad, adolecía de una falta de previsión, ya que la normativa comunitaria obligaba a los Estados miembros a no gravar las operaciones financieras (entre las que se encuentran los préstamos). Así las cosas, la adaptación a la normativa comunitaria se produjo a través de la Disposición Adicional 2.ª de la antigua Ley reguladora del IVA, de 2 de agosto de 1985, que otorgó una nueva redacción al número 19, extendiéndose la exención que existía para aquellos préstamos singulares con rendimiento implícito a todo tipo de préstamos en los siguientes términos: *«19. Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá, asimismo, a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo»*. Con esta ampliación de la exención, con efectos desde el 1 de enero de 1988, el número 19 del artículo 48.I.B) del antiguo TR de 30 de diciembre de 1980 tomó su redacción definitiva, incorporándose al Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 en el número 15 del artículo 45.I.B), no habiendo sido con posterioridad objeto de modificación alguna en lo que respecta al objeto de nuestro estudio.

sobre los documentos notariales, sino también en la relativa a los documentos mercantiles. ¿Por qué si no se está aludiendo a la forma de documentación? Piénsese que, de cara a su perfeccionamiento, el contrato de préstamo no requiere de la adopción de ninguna modalidad específica de documentación o formalización[23].

Téngase presente, además, que el conjunto de exenciones contenidas en el artículo 45 del TRLITPyAJD afectan a la totalidad de los supuestos fácticos sujetos a cualquiera de las modalidades configuradoras del Impuesto, sin necesidad de que tenga que indicarse expresamente a cuál de ellas se aplica la misma. A nuestro juicio solamente será necesario indicarlo cuando el legislador, por las razones que estime conveniente, decida limitar el alcance de la exención a determinados supuestos que, en caso contrario, quedarían exentos.

Por otra parte, la aplicación de la exención a los préstamos hipotecarios sujetos al gravamen proporcional del artículo 31.2 del Texto Refundido queda fundamentada en el hecho de que, desde nuestro punto de vista, el citado precepto está sometiendo a gravamen actos jurídicos y no simples formas de documentación de aquellos, con independencia de que resulte imprescindible de cara a su sujeción que su formalización se produzca a través de escrituras o actas notariales.

En suma, tomando como punto de partida el dato de que el préstamo o negocio principal absorbe a efectos fiscales a la hipoteca o negocio accesorio y que el préstamo empresarial garantizado con hipoteca no empresarial se halla sujeto al gravamen proporcional sobre Documentos Notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados cuando se formaliza en escritura notarial debido precisamente al carácter inscribible que presenta la garantía, debe concluirse que la exención contenida en el apartado 15 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido se extiende al conjunto de vicisitudes por las que atraviesa el préstamo garantizado con hipoteca, inclusive el IAJD que, eventualmente, pueda llegar a proyectarse sobre el mismo a consecuencia de su específica forma de instrumentación[24].

La citada exención resulta por tanto aplicable a la totalidad de los hechos imponibles comprendidos en el ITPyAJD relativos a préstamos, tanto a los

---

[23] Como bien señaló Villarín Lagos, M., «Artículo 45.I.B). 15», en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 709, si se hubiese pretendido que la exención para los préstamos quedara circunscrita únicamente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas el legislador lo hubiese hecho constar expresamente, tal y como sucedió, por distinto motivo, con la redacción original de esta norma de exención introducida por la antigua Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros de 1985.

[24] Lo contrario daría lugar a que, una misma operación (el préstamo hipotecario) llevada a cabo entre particulares, terminara disfrutando de un tratamiento fiscal más favorable debido a la incompatibilidad existente entre el ITPO y el gravamen sobre el *negotium* notarial, que la realizada por quienes constituyen sujetos pasivos del IVA.

sujetos al ITP como a los sometidos a gravamen del IAJD establecido en el artículo 31.2 del Texto Refundido[25].

¿Y cuál sería la situación tratándose de un préstamo concedido por un sujeto pasivo de IVA? En este caso la operación quedaría sujeta al IVA pero exenta del mismo en virtud de lo establecido en el artículo 20.1.18.c) de la Ley 37/1992, que declara exenta la concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea su forma. De este modo, al estar sujeto el préstamo al IVA, no podrá practicarse liquidación por la Modalidad de TPO de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.5 del Texto Refundido. Significa ello que entrará en juego la posible incidencia de la cuota variable del documento notarial, según estemos ante un préstamo simple o garantizado.

En el primer caso (préstamo simple o con garantía personal), no será aplicable la cuota variable del artículo 31.2 al no ser inscribible en el Registro de la Propiedad. Y, en el segundo de los supuestos planteados (préstamo con garantía real), la garantía hipotecaria supondrá la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TR, a saber: tratarse de una escritura pública que contiene un acto valuable (a pesar de que podría discutirse si consiste únicamente en el nominal del préstamo o en el importe total que garantiza la hipoteca); inscribirse en el Registro de la Propiedad (téngase presente que necesariamente el préstamo hipotecario ha de ser inscrito en el citado Registro)[26]; y no quedar sujeto al ITPyAJD por ninguna de las dos primeras modalidades del Impuesto, así como tampoco al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), quedando así sujeta al gravamen gradual de AJD. Téngase presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74.2 del RITPyAJD, aquellas escrituras que documenten la constitución de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido tributarán por el referido gravamen gradual cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil.

---

[25] De esta opinión se muestran partidarios, entre otros, VILLARÍN LAGOS, M., en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, *ob. cit.,* pág. 710; COSMEN MATESANZ, E., «El problema de los préstamos hipotecarios y el gravamen de actos jurídicos documentados al 0,50 por 100», en *Crónica Tributaria*, núm. 65, 1993, pág. 21, y OLIVER CUELLO, R., «El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y el préstamo hipotecario», en *Colección Monografías,* núm. 1, Madrid, 1994, págs. 57 y sigs.

[26] En relación con esta cuestión habría que precisar que, tal y como han señalado GARCÍA GIL, J. L. y GARCÍA GIL, F. J., *Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Difusa, Madrid, 2004, pág. 455, el acto jurídico documentado queda sujeto a tributación por la existencia de la hipoteca que garantiza el préstamo, ya que este último, como tal, no tiene la consideración de inscribible, con carácter general, ni en el Registro de la Propiedad. Véase, a este respecto, la Resolución del TEAC de 23 de febrero de 1995, en la que se afirma que: *«(…) Es cierto que al inscribirse las hipotecas debe hacerse mención del préstamo, pero el préstamo no es objeto de la inscripción, sino la hipoteca, como corresponde a un Registro que, por definición, tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles»*.

En consecuencia, los préstamos hipotecarios formalizados en escritura pública, en aquellos supuestos en los que quedan sujetos al IVA (caso, por ejemplo, de los concedidos por entidades financieras, Bancos y Cajas de Ahorro) tributan por la Modalidad de AJD, cuota variable.

Ha de precisarse a este respecto que, con carácter general, y por lo que se refiere a la tributación de estos préstamos hipotecarios en el IVA, se parte de la premisa de que en el citado Impuesto el préstamo hipotecario constituye una sola operación cuya calificación es la de prestación de servicio.

Ahora bien, desde determinados sectores de la doctrina se ha manifestado a este respecto que dentro del IVA debe diferenciarse la existencia de dos operaciones independientes de prestación de servicio: de una parte, el préstamo; y, de otra, la hipoteca. Lo cierto es que en la Ley 37/1992 figuran de forma genérica los préstamos y las garantías reales como operaciones financieras de prestación de servicios diferenciadas. En efecto, en la letra c) del artículo 20.Uno.18.º de la LIVA se alude a los préstamos en dinero, y en la letra f) del referido precepto a las garantías reales, entre las que se encuentra la hipoteca. Se afirma además, en esta línea, que dentro de la normativa del IVA (a diferencia de lo que sucede en el ámbito del ITPyAJD), no existe un precepto en el que se disponga de manera expresa que el derecho de hipoteca en garantía de un préstamo deba tributar exclusivamente por el concepto de préstamo.

A la luz de este criterio interpretativo consistente en estimar, a efectos del IVA, la existencia de dos operaciones independientes, el préstamo hipotecario tributaría de la siguiente forma. En primer lugar, en cuanto al préstamo, como se ha indicado, quedaría sujeto y exento de IVA (art. 20.Uno.18.c de la Ley 37/1992). Y, respecto de la hipoteca, en el supuesto de que el prestatario que la constituyese tuviese la consideración de empresario o profesional y la referida hipoteca se constituyera en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional (aunque fuese con carácter ocasional), dicha constitución estaría sujeta al IVA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.Uno de la Ley, pero exenta (en virtud de su art. 20.Uno.18.º f), procediéndose así a gravar el documento notarial por la Modalidad de AJD al cumplirse el conjunto de los requisitos previstos en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD, y sin que resulte de aplicación la exención prevista en el artículo 45.I.B).15 del citado Texto Refundido.

En cambio, si la constitución de la hipoteca no quedara sujeta a IVA por no cumplirse los requisitos legales exigidos al efecto para ello, se sujetaría a la Modalidad de TPO, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.B) del Texto Refundido y tributaría al tipo del 1 por 100, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.1.b) del citado Texto, no quedando sujeto el documento notarial a la cuota gradual de la Modalidad de AJD por su incompatibilidad con la sujeción a la Modalidad de TPO.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el préstamo hipotecario ha de tributar en el IVA como una operación unitaria de préstamo, ya que la hipoteca

resulta accesoria y se une de manera indisoluble al préstamo. Así se encargó de declararlo además la DGT, entre otras, en Resolución de 27 de enero de 1993.

De cualquier manera, el que la constitución de la hipoteca quede sujeta al IVA depende exclusivamente de que el prestatario que la constituya cumpla los requisitos legales exigidos para ello, careciendo de trascendencia quien sea el prestamista o el acreedor hipotecario[27].

Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia del TSJ de Cataluña, de 10 de enero de 2008, están sujetas al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados las escrituras de préstamos hipotecarios empresariales.

¿Cuál es la base imponible susceptible de ser tomada en consideración en estos supuestos de constitución de derechos reales de garantía y de préstamos hipotecarios? En los derechos reales de garantía, así como en la escritura que documente préstamos con garantía, la base imponible se halla integrada por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos[28]. Y, no constando expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomaría como base el capital y tres años de intereses.

Se vino así a reconocer, a la luz de la reforma operada a este respecto por el artículo 5 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que la magnitud que sirve de base en estos supuestos queda determinada por el importe de la responsabilidad que se garantiza y, de manera implícita, que el núcleo esencial del hecho imponible en estos supuestos lo constituye el derecho real de garantía y no la obligación garantizada[29]. Repárese no obstante en la incongruencia que supone atender

---

[27] Y, respecto del sujeto pasivo, tanto si la constitución de la hipoteca se sujeta a la Modalidad de TPO como si el documento notarial se grava por la Modalidad de AJD, dicha condición corresponderá al prestamista, que es la persona en cuyo favor se realiza el acto y que adquiere dicho derecho.

[28] Véanse, a este respecto, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1998 y de 30 de octubre de 1999, así como las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja, de 7 de enero de 1999; de Canarias, de 28 de junio y de 12 de julio de 1999; de Baleares, de 1 de septiembre de 2000 y de 27 de junio de 2001; de Andalucía, de 29 de diciembre de 2000, y de Extremadura, de 29 de octubre de 2001. Asimismo podrían citarse las Resoluciones del TEAC, de 10 de febrero y de 6 y 21 de julio de 1994. Por su parte, la DGT, en contestación a la Consulta de 28 de septiembre de 1999, se encargó de precisar que tanto en la constitución como en la cancelación de las cuentas de crédito garantizadas con hipoteca sujetas a gravamen la base vendrá determinada por el valor de la garantía hipotecaria.

[29] Con anterioridad a la reforma operada, es decir, hasta el 1 de enero de 2003, el artículo 30.1 del TRLITPyAJD disponía que: *«En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa»*. Al amparo de esta redacción declaró el TEAC, entre otras, en su Resolución de 29 de julio de 1991, que por «valor declarado» había que entender en el préstamo hipotecario la total cantidad que la hipoteca garantiza, que no solo está formada por el nominal del préstamo, sino por la totalidad de las sumas garantizadas,

a la figura de la hipoteca a la hora de calcular la base del tributo tratándose de préstamos hipotecarios y, en cambio, tomar en consideración la figura del préstamo de cara a determinar el sujeto pasivo.

Cabe, no obstante, plantearse hasta qué punto la introducción de esta regla especial en el artículo 30.1 del TRLITPyAJD constituyó en su día una novedad respecto de la regulación anteriormente existente. Más bien se trató, a nuestro juicio, de una simple aclaración acerca de la determinación de la base imponible de estas figuras, ya que este mismo criterio venía aplicándose, tanto por la doctrina administrativa como por la propia jurisprudencia como fundamento de lo dispuesto en el anteriormente analizado artículo 10.2.c) del citado Texto Refundido.

Queda claro, en consecuencia, que el acto de contenido valuable que motivaba (y que continúa motivando en la actualidad) la inscripción registral no es otro que la hipoteca, exigiéndose el Impuesto sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca[30].

En efecto, en los préstamos hipotecarios la base imponible ha de quedar determinada por el importe de la responsabilidad que se garantiza. Ahora bien, tratándose de determinados préstamos hipotecarios sujetos al tributo tales como las cuentas de crédito garantizadas con hipoteca o los préstamos garantizados con hipotecas de máximo, la base imponible habrá de ajustarse a la intensidad con la que, en el presente caso, se verifica la realización del hecho imponible. Así las cosas, en aquellos supuestos en los que el prestatario haya dispuesto efectivamente de una cantidad inferior a la escriturada, la base fáctica de la cancelación de la garantía solo podrá quedar integrada por la cantidad efectivamente garantizada[31].

En la práctica, la aplicación de la exención establecida en el apartado 18 del artículo 45.I.B.) del Real Decreto Legislativo 1/1993 para la cancelación de hipotecas de cualquier clase sujetas a la modalidad tributaria del IAJD elimina

---

por intereses, retrasos o incumplimiento, con independencia de que tales previsiones lleguen o no a realizarse. Véanse, en esta misma línea, las SSTS de 24 de febrero de 1996, 21 de mayo de 1998 y 30 de octubre de 1999.

[30] Véase, a este respecto, lo declarado por la DGT en su Resolución de 12 de enero de 1998, relativa a la tributación de las operaciones de cancelación de hipoteca (actualmente exentas), en la que se afirmaba que: *«(...) El concepto de valor de la hipoteca previsto en el artículo 10.2 del TRLITPyAJD es aplicable cuando se determina la base imponible del impuesto que grava el documento público que la constituye o la cancela, ya que el derecho real está garantizando todo un importe global en el que se incluyen diversos conceptos, además del capital principal; y el valor que recoja el documento de cancelación debe ser por la misma cuantía, para que de esta forma quede totalmente extinguida, sin perjuicio de que sea el propio interesado quien declare las partidas que quedan garantizadas y las cuantías de las mismas»*. En este mismo sentido se había pronunciado, unos años antes, el TEAC a través, entre otras, de su Resolución de 25 de enero de 1996.

[31] Véase, en este sentido, la STS de 28 de diciembre de 2002.

cualquier tipo de conflicto que la referida cancelación de los citados negocios pudiera llegar a suscitar en torno a la determinación de la base imponible fáctica[32].

Nótese que, si bien el citado precepto utiliza el término «exención» como núcleo central del mismo (dado que la aplicación de la exención se refiere, efectivamente, a las escrituras), lo más correcto hubiese sido referir aquella simplemente a la cancelación de hipoteca, sin hacer mención alguna al tipo de documento notarial en el que se formalice el acto. Piénsese que en determinados supuestos las hipotecas son canceladas a través de actas notariales, y no mediante escrituras. Así sucede, por ejemplo, como bien señalan García Gil y García Gil[33], en los casos de cancelación de la condición resolutoria explícita en el Registro de la Propiedad. A mayor abundamiento, conviene no olvidar que lo que está sujeto al gravamen proporcional del IAJD son únicamente las primeras copias, de manera que solo a estas podrá alcanzar la exención. De hecho el tributo en cuestión recae sobre el acto jurídico documentado (en el presente caso, la cancelación de la hipoteca), no sobre el documento en sentido formal.

Con carácter general la exención alcanzará, tanto a las cancelaciones totales como a las parciales, ya que la norma no establece distinción alguna a este respecto, disponiendo expresamente que la exención se refiere a la cancelación de hipotecas *de cualquier clase*. Ahora bien, ¿alcanza igualmente la aplicación de la exención a la cancelación de las condiciones resolutorias explícitas a las que se refiere el apartado tercero del artículo 7 del TR? Señala a este respecto Villarín Lagos[34] que la equiparación contenida en el apartado tercero del citado precepto del Real Decreto Legislativo 1/1993 al hilo de la constitución ha de aplicarse a las restantes vicisitudes por las que atraviese el negocio jurídico, incluida su cancelación. Y ello a pesar de que la atribución a las condiciones resolutorias explícitas del mismo régimen fiscal que las hipotecas se establezca formalmente en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al permitirlo la propia formulación de la exención. Estamos de acuerdo con la anterior apreciación. La referencia contenida en la norma de exención a *la cancelación de hipotecas de cualquier clase* debe ser entendida, a nuestro juicio, en el sentido de que el ámbito material de la exen-

---

[32] Incluso desde determinados sectores de la doctrina se ha llegado a apuntar que no debería producirse la sujeción de este acto jurídico al gravamen proporcional del IAJD, Documentos Notariales, alegándose la ausencia del requisito de la valuabilidad, en la medida en que la cancelación formal de la hipoteca no hace sino reflejar su previa cancelación económica derivada del cumplimiento de la obligación garantizada por la hipoteca.

[33] García Gil, J. L. y García Gil, F. J., «Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *ob. cit.,* pág. 434.

[34] Villarín Lagos, M., en la obra colectiva, *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, *ob. cit.,* pág. 719. Véase, igualmente, García Moreno, V. A. y Bosch Cholbi, J. L., «La dudosa constitucionalidad de la tributación de los préstamos hipotecarios por la cuota gradual de los Actos Jurídicos Documentados», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 282, 2008, págs. 63 a 74.

ción se extiende a todos aquellos negocios cuyo sustrato resulta esencialmente idéntico al de las hipotecas[35].

Ahora bien, con independencia de lo anterior podrían llegar a plantearse problemas de cara a determinar la base en la constitución de esta clase de préstamos hipotecarios, en los que el prestatario no dispone efectivamente de la totalidad del capital. Desde nuestro punto de vista lo que procedería sería la realización de una liquidación tomando como base el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. No obstante en el momento de cancelarse el préstamo hipotecario el sujeto pasivo podría solicitar la devolución de ingresos indebidos correspondiente, siempre y cuando no hubiera prescrito su derecho.

Por lo que respecta a los intereses de los préstamos hipotecarios, ¿Han de quedar los mismos incluidos en la base imponible? En nuestra opinión, deberán incluirse en la base imponible aquellos que determine la garantía hipotecaria[36]. Téngase presente además que en la propia escritura suele concretarse el tipo de interés aplicable así como el número de años, circunstancia que contribuye a determinar la cuantía de los intereses que resulta cubierta por la garantía hipotecaria.

Incluso en aquellos supuestos en los que se hubiese pactado la inclusión de los intereses de demora respondiendo del pago de los mismos a un determinado tipo de interés pero limitando hipotecariamente la responsabilidad por este concepto al hecho de que, ni por sí solos ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, superen el importe de cinco anualidades de intereses ordinarios, cabe entender que dichos intereses quedan incluidos, a efectos de su responsabilidad frente a terceros, dentro de la responsabilidad máxima hipotecaria de cinco anualidades por intereses ordinarios, con lo que la base imponible del IAJD estaría integrada por el principal del préstamo, por cinco anualidades de intereses ordinarios (que representan la responsabilidad limitada hipotecariamente por este concepto) y por la cantidad que resulta fijada en un tanto por ciento sobre el capital prestado para el pago de costas, gastos y perjuicios[37].

¿Y qué sucedería tratándose de un préstamo con tipo de interés variable? ¿Cómo habría de determinarse en estos casos la base imponible, por lo que al cómputo de intereses se refiere? A nuestro juicio deberán incluirse igualmente

---

[35] No creemos, además, que ello constituya una interpretación analógica de la exención.

[36] Este ha sido el criterio manifestado por la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 16 de julio de 1996. A nivel jurisprudencial puede consultarse, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid, de 6 de octubre de 1994, en la que se afirma que: *«La base imponible del Impuesto sobre AJD viene determinada por la cantidad o cosa valuable escriturada. Esta cantidad o cosa valuable escriturada ha de comprender, no solo el principal e intereses, sino también los gastos y costos que, en su caso, son objeto de garantía»*.

[37] Véase, a este respecto, la Resolución de la DGT de 26 de enero de 1995.

en aquella los que determine la garantía hipotecaria, quedando concretados en la escritura el tipo de interés que se aplique y el número de años, en aras de poder precisar la cuantía de los intereses cubierta por la garantía hipotecaria.

No obstante en el supuesto de que se estipulase la necesidad de que la garantía en cuestión cubra los intereses calculados a un tipo de interés distinto del de partida inicial (el cual podría variar en función de las condiciones del contrato hasta alcanzar eventualmente un determinado interés máximo), sería este el que habría de ser tomado en consideración de cara al cálculo de la base, ya que la responsabilidad de la hipoteca puede llegar a extenderse hasta una cuantía calculada en función del tipo máximo que se señala.

A priori, este tipo máximo al que nos referimos solo podrá tenerse en cuenta cuando sea conocido. Ahora bien, en el hipotético caso de que se pactase un interés variable sin haberse establecido un interés máximo la base imponible habría de calcularse con el interés inicial (el único conocido), con independencia de que, posteriormente, el sujeto pasivo hubiese de practicar una liquidación complementaria si verdaderamente se incrementase el tipo de interés y, por ello, el importe garantizado.

En todo caso, y tal y como establece el párrafo segundo del artículo 68 del RITPyAJD, tratándose de escrituras de constitución de préstamos con garantía se considerará adquirente al prestatario[38], recogiéndose así la posición mantenida por la jurisprudencia y clarificándose definitivamente la cuestión relativa a quien ha de ostentar la condición de sujeto pasivo respecto de aquellas escrituras de préstamo con garantía sujetas al Impuesto por la Modalidad de AJD, Documento notarial[39].

---

[38] Como es sabido dispone el artículo 29 del TRLITPyAJD que: *«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan»*. Ahora bien, esta regla general (contenida igualmente en el art. 68 del Reglamento) ha de completarse con lo dispuesto en el párrafo segundo de este último precepto, en virtud del cual: *«cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»*. Este segundo inciso se explica por el hecho de que, si bien el préstamo hipotecario documentado en escritura notarial (su constitución y su cancelación) representa una unidad a efectos tributarios cuando queda sujeto a gravamen, es innegable que dentro del mismo subyacen dos actos: de una parte el préstamo; y, de otra, la hipoteca en garantía de la devolución de aquel. Ello determina la existencia de dos interesados o «adquirentes»: de una parte el prestatario respecto del préstamo; y, de otra, el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca. Cabe deducir por tanto la existencia de una regla general y de otra especial, las cuales han de completarse además con lo señalado en el artículo 4 del TR respecto de aquellos supuestos relativos a una pluralidad de convenciones.

[39] Y es que, aun cuando en un primer momento pudiera pensarse que la condición de adquirente había de predicarse del acreedor hipotecario (como titular que es del derecho de garantía cuya inscripción origina la sujeción a la cuota variable), tanto la jurisprudencia del TS (entre otras, sentencias de 22 de abril de 1988 y de 25 de septiembre de 1989 y, más recientemente, de 1 de julio de 1998, 21 de enero de 1999, 7 y 23 de octubre de 2000 y de 27 de junio de 2002) como la propia doctrina del TEAC (entre otras, sus Resoluciones

Recuérdese, no obstante que, para que el prestatario adquiera la consideración de sujeto pasivo de la cuota gradual de AJD, ha de tratarse de un préstamo hipotecario sujeto al IVA y no a la Modalidad de TPO.

---

de 17 de febrero y de 2 de octubre de 1991, de 8 de junio de 1995 y de 28 de abril de 2004) defendían, por el contrario, que la condición de sujeto pasivo debía recaer en el prestatario, que ostenta la condición de beneficiario del préstamo, entendido este último como negocio jurídico principal del que la hipoteca tiene carácter accesorio. En efecto, en el préstamo hipotecario la hipoteca adquiere un carácter accesorio respecto del contrato principal, que es el préstamo; por tanto, a pesar de que el fundamento de la sujeción a la cuota gradual se halle en la constitución de la hipoteca (inscribible como es sabido en el Registro de la Propiedad) y no en la del préstamo, se considera adquirente al prestatario por la adquisición del préstamo (operación principal) y no al prestamista por la adquisición de la garantía (operación accesoria y subordinada a la principal, de la que depende). En suma, al amparo de este criterio se está atribuyendo el carácter de adquirente y, por tanto, de sujeto pasivo, a quien lo es del dinero, esto es, al prestatario, dada la accesoriedad de la hipoteca y teniendo presente que lo que se inscribe es el préstamo, aunque lo sea con garantía hipotecaria, circunstancia esta que permite la inscripción. En un sentido contrario, véase VILLARÍN LAGOS, M., en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, *ob. cit.,* pág. 493, para quien la constitución de hipoteca es lo que ocupa el primer plano en la consideración tributaria desplazando al préstamo, con lo que el sujeto pasivo debería ser el prestamista acreedor hipotecario entendido como adquirente que «adquiere» o se beneficia de la hipoteca. De este modo, y siguiendo la misma lógica, considera la citada autora que en los supuestos de escrituras de cancelación de hipoteca el verdadero interesado o beneficiario y, por lo tanto, el sujeto pasivo del tributo deberá ser el hipotecante. En palabras de la autora: *«Lo que no tiene sentido, como viene ocurriendo, es que el sujeto pasivo tanto de la constitución del préstamo hipotecario como de la operación contraria —la cancelación de la hipoteca en garantía del préstamo— sea exactamente la misma persona, esto es, el prestatario hipotecante en la mayor parte de los casos (…) El prestatario no siempre es quién garantiza la devolución del préstamo obtenido hipotecando sus bienes, pues cabe la posibilidad de que sea un tercero quien lo haga. Pues bien en estos supuestos, si lo que determina la sujeción al tributo es la hipoteca, no es lógico que el sujeto pasivo resulte ser alguien —el prestatario— que ni siquiera participa en la realización de dicho acto jurídico»*. Véase, en este mismo sentido, GARCÍA GIL, J. L. y GARCÍA GIL, F. J., «Tratado del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *ob. cit.,* pág. 457, para quienes el acto jurídico documentado que se sujeta a tributación es la hipoteca que garantiza el préstamo ya que este último, como tal, no es inscribible en el Registro de la Propiedad; precisan concretamente estos autores lo siguiente: *«Es cierto que al inscribirse la hipoteca debe hacerse mención del préstamo, pero este no es el objeto de la inscripción, sino la hipoteca. Por lo tanto, si el documento notarial se grava porque contiene un acto jurídico inscribible en el Registro de la Propiedad, que resulta ser la hipoteca, no el préstamo, habrá que determinar quién es el beneficiario de la garantía o la persona en cuyo interés se formaliza, y en este orden de ideas no cabe duda que resulta ser el acreedor hipotecario, esto es, el prestamista»*. En consecuencia, a juicio de estos autores, el criterio adoptado por los Tribunales supone determinar el sujeto pasivo en virtud de una regla que solo debe aplicarse cuando en el acto jurídico documentado celebrado no exista adquisición de un bien o de un derecho como sucede, por ejemplo, en el caso de las escrituras públicas de declaración de obra nueva, división horizontal, segregación, etc. En cambio, existiendo adquisición de un bien o derecho el sujeto pasivo ha de serlo el adquirente del mismo, que resulta ser el prestamista, al adquirir el derecho real inscribible.

Tal y como señala la DGT en su contestación a la Consulta de 11 de julio de 2007, relativa a la determinación del sujeto pasivo en aquellas operaciones consistentes en el otorgamiento de escritura de constitución de una hipoteca en garantía de un aplazamiento de deuda tributaria, hallándose dicha escritura de constitución de una hipoteca en garantía de un aplazamiento de deuda tributaria sujeta a las cuotas fija y gradual de documentos notariales de la Modalidad de AJD (no a la Modalidad TPO del ITPyAJD, al hallarse sujeta al IVA), tendrá la consideración de sujeto pasivo la Administración afianzada, quedando la operación sujeta a tributación por la cuota gradual. Ahora bien, al ser el sujeto pasivo una Administración esta queda exenta de tributación por la cuota gradual o variable de dicho concepto.

En resumen, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 25 de mayo de 2009, por lo que respecta al necesario deslinde que ha de producirse entre el IVA y la Modalidad de TPO del ITPyAJD, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.1.b) y 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, tributarán como transmisión patrimonial onerosa la constitución de préstamos concedidos por quienes no tengan la condición de empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, siempre que no constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, como parecía desprenderse del escrito de consulta analizado en la citada Resolución, en el que la prestamista era una hermana que actuaba a título particular y no empresarial o profesional.

Respecto de la aplicación de la exención prevista en el ITPyAJD, partiendo de la premisa anterior, la referida operación estará sujeta a la citada Modalidad de TPO, aunque exenta de la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo 45.I.B).15 del citado Texto Refundido que, como ya sabemos, reconoce una exención para *«Los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos. La exención se extenderá a la transmisión posterior de los títulos que documenten el depósito o el préstamo, así como el gravamen sobre actos jurídicos documentados que recae sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, incluidos los préstamos representados por bonos de caja emitidos por los bancos industriales o de negocios»*[40].

[40] Recuérdese que, por otra parte, declara el artículo 15 del citado Texto Refundido que: *«La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo»,* recogiéndose así lo que se denomina el principio de la tributación unitaria del préstamo, como excepción a la regla general establecida en el artículo 4, de conformidad con el cual: *«Cuando un mismo*

Por lo que respecta al concreto supuesto analizado, en el escrito de consulta no se hacía referencia alguna al establecimiento de garantías, e incluso de la declaración de gratuidad del préstamo podría inferirse que estamos ante un préstamo simple o no garantizado, pero en cualquier caso, y por aplicación del citado artículo 15, dicha garantía no originaría liquidación alguna, no tributando más que el préstamo, exento en virtud del artículo 45.I.B) 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993[41]. Y, en cuanto a la no sujeción a las Modalidades de Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados (Documento Notarial cuota variable), debe tenerse igualmente presente que, a pesar de que la constitución del referido préstamo no origine liquidación alguna por la Modalidad de TPO, sigue tratándose de una operación que, aun exenta, está sujeta a la misma, lo que determinará que en ningún caso podría estar sujeta al gravamen gradual de AJD del artículo 31.2 del Texto Refundido, al no concurrir uno de los requisitos exigidos en dicho precepto, como es que el contenido del Documento Notarial no esté sujeto al ITPyAJD por la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas o la de Operaciones Societarias.

Se refiere, a continuación, la DGT a la sujeción a la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados cuota fija de la operación, estimando que solo en el supuesto de que el préstamo se documentase en escritura pública se produciría la sujeción a la cuota fija del Documento Notarial que, conforme al artículo 31.1 del citado Texto Refundido, grava las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios.

---

documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquellas».

[41] Concretamente la citada Consulta fue planteada por un sujeto que, conjuntamente con su esposa iba a realizar, para la adquisición de su primera vivienda habitual en territorio español, un contrato de préstamo personal (privado o público) con su hermana, residente en Argentina, el cual no devengaría interés alguno. La prestamista poseía una cuenta de no residente en una entidad de España, donde tenía ahorrado parte del dinero que objeto del préstamo, recibiéndose el resto por transferencia desde el exterior, a su cuenta en España. El monto aproximado del préstamo era de 290.000 euros, dependiendo el total exacto de la variación de cotización dólar-euro del dinero recibido mediante transferencia así como de los gastos bancarios derivados de la realización de la operación. En dicho contrato se estipulaba el monto total del préstamo, así como el plazo máximo de devolución y las cuotas a pagar, dejándose asimismo establecida la inexistencia de interés alguno ni de actualización del importe a devolver, realizando los prestatarios el pago de cada cuota desde sus cuentas personales a la cuenta no residente de la prestamista como prueba de los importes satisfechos. Pues bien, al hilo de la cuestión relativa a la tributación de la operación en el ITPyAJD nos recuerda la DGT que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.1.b) y 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, tributan como Transmisión Patrimonial Onerosa la constitución de préstamos concedidos por quienes no tengan la condición de empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, siempre que no constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA, como parece desprenderse del escrito de consulta en el que la prestamista es una hermana que actuó a título particular y no empresarial o profesional.

Finalmente, y por lo que se refiere a la obligación de liquidar un préstamo sin intereses por el ITPyAJD, recuérdese que establece el artículo 51.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que: *«Los sujetos pasivos vendrán obligados a presentar los documentos comprensivos de los hechos imponibles a que se refiere la presente Ley y, caso de no existir aquellos, una declaración en los plazos y en la forma que reglamentariamente se fijen»*. Por su parte, el artículo 99 del Real Decreto 828/1995 añade que: *«El impuesto será objeto de autoliquidación con carácter general por el sujeto pasivo con excepción de aquellos hechos imponibles que se deriven de las operaciones particionales en las sucesiones hereditarias y se contengan en el mismo documento presentado a la Administración para que proceda a su liquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones»*. De igual forma dispone el artículo 54.1 del citado Texto Refundido que: *«Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquel, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria»*. Y, tratándose de supuestos de exención o no sujeción que no suponen ingreso alguno, establece el apartado 4 del artículo 107 del Reglamento que: *«En los supuestos en los que de la autoliquidación no resulte cuota tributaria a ingresar, su presentación, junto con los documentos, se realizará directamente en la oficina competente, que sellará la autoliquidación y extenderá nota en el documento original haciendo constar la calificación que proceda, según los interesados, devolviéndolo al presentador y conservando la copia simple en la oficina a los efectos señalados en el apartado anterior»*.

III. AMPLIACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La ampliación de un préstamo tributa por idénticos conceptos y en las mismas condiciones que su constitución. Como única circunstancia excepcional ha de indicarse que la base imponible queda determinada en función del importe de la parte ampliada del préstamo y no por su cuantía total, teniendo en cuenta, además, que dicha parte ampliada ha de quedar cubierta con la garantía. Así lo dispone el párrafo segundo de la letra B) del apartado 1 del artículo 7 del Texto Refundido.

Pues bien, aplicando el régimen fiscal de la constitución del préstamo a su posterior ampliación, teniendo este la consideración de simple y habiendo estado sujeto pero exento de TPO, lo mismo sucedería con la ampliación ya que, como acabamos de indicar, esta debe liquidarse en los mismos términos que la constitución. Y, si el préstamo fuese hipotecario, habiendo quedado el documento notarial sujeto a la Modalidad de AJD sin exención, idéntico criterio habría de aplicarse a la escritura a través de la cual se formalizase la ampliación, si bien sobre una base constituida por la diferencia existente entre la cantidad

total garantizada después de la ampliación y aquella que hubiese sido fijada inicialmente en la constitución.

De este modo, la garantía debe extenderse a la parte ampliada del préstamo, al ser precisamente dicho aumento de la responsabilidad garantizada (no el préstamo como tal que, recuérdese, se halla exento), lo que determina la sujeción a la cuota gradual de AJD. Y en aquella escritura que documente la ampliación de préstamos con garantía la base imponible quedará integrada, no por la responsabilidad hipotecaria total, sino por la añadida con la ampliación. La fijación de la base imponible tiene lugar así atendiendo al incremento de la responsabilidad hipotecaria originado, que comprende tanto el del principal como el de los intereses, costas y demás gastos.

Por tanto, la base imponible del Impuesto no se halla integrada por la responsabilidad hipotecaria total, sino únicamente por la añadida a resultas de la ampliación. Tal y como establece la DGT, entre otras, en contestación a la Consulta de 16 de noviembre de 2004 (emitida además tras la modificación llevada a cabo en el artículo 30.1 del TR[42]), *«El importe de la base imponible*

---

[42] Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el artículo 5.uno de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, señalaba este artículo 30.1 del Texto Refundido (art. 69.1 del Reglamento) que en las primeras copias de escrituras públicas que tuviesen por objeto cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa, añadiendo a continuación el citado precepto en sus apartados 2 y 3 lo siguiente: *«2. En las actas notariales se observará lo dispuesto en el apartado anterior, salvo en las de protesto, en las que la base imponible coincidirá con la tercera parte del valor nominal del efecto protestado o de la cantidad que hubiera dado lugar al protesto. 3. Se entenderá que el acto es de objeto no valuable cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si esta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que se complete la liquidación cuando la cuantía quede determinada»*. Así las cosas, y por lo que respecta a las operaciones objeto de nuestro estudio, la base imponible consistirá, tratándose de escrituras públicas en general (primeras copias), por el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa; y, en el caso de las actas notariales, por el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. Por su parte las reglas especiales quedaban recogidas exclusivamente en el artículo 70 del RITPyAJD en relación con diversos supuestos, concretándose respecto de cada uno de ellos que había de entenderse por «contenido valuable» a efectos de fijar la base imponible. Ahora bien la modificación operada en el artículo 30.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 por la Ley 53/2002 determinó la inclusión en dicho apartado de otras reglas especiales, presentando su actual redacción el siguiente tenor: *«En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses. En la posposición y mejora de rango de las hipotecas o de cualquier otro derecho de garantía, la base imponible estará constituida por la total responsabilidad asignada al derecho que empeore el rango. En la igualación de*

debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos»[43].

¿Qué régimen habría de aplicarse a la escritura pública de ampliación de un préstamo hipotecario realizada por una entidad financiera, que resultase ser sujeto pasivo del IVA? En el presente caso, y de conformidad con lo declarado por la DGT en su Resolución de 27 de octubre de 2008, dicha escritura pública quedará sujeta a la cuota gradual de la Modalidad de AJD (Documento Notarial), al cumplirse los requisitos estipulados al efecto en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD. Por lo que respecta a la base imponible, la misma no quedará integrada por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan solo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe ser fijada en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, esto es, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos. Añade además la DGT, refiriéndose al régimen que resultaría aplicable a aquella escritura pública en virtud de la cual se formalizase la novación modificativa de un préstamo hipotecario consistente en el cambio de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado y la ampliación del plazo, que la citada escritura pública formalizada de común acuerdo entre deudor y acreedor, siempre que este último lo sea una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, estará exenta de la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados (Documentos Notariales) del ITPyAJD.

Recuérdese, además, que aquellas escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no se hallan

---

rango la base imponible se determinará por el total importe de la responsabilidad correspondiente al derecho de garantía establecido en primer lugar».

[43] Con anterioridad a la modificación efectuada en el artículo 30.1 del Texto Refundido esta misma línea de interpretación había sido defendida por la DGT, entre otras, en contestaciones a las Consultas de 27 de noviembre de 2002, 21 de septiembre de 2001, 12 de enero y 3 de julio de 2000, 21 de noviembre de 1997 y 5 de diciembre de 1996. Véanse igualmente a este respecto las Resoluciones del TEAC de 22 de septiembre de 1994 y de 20 de junio de 1996 y, más recientemente, de 12 de marzo de 2008, en la que se afirma que la ampliación del préstamo hipotecario formalizada en escritura constituye hecho imponible de la Modalidad de TPO, mientras que la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas partes del edificio que resulten de una operación de segregación y de división horizontal del inmueble constituirá hecho imponible sujeto en concepto de Documento Notarial, por la escritura que se protocoliza, la cual ha de cumplir la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 31.2 del TRLITPyAJD. Adicionalmente en el supuesto analizado por el TEAC la escritura proveía a la distribución de una responsabilidad hipotecaria anteriormente constituida y que, en consecuencia, no podía vincularse desde un punto de vista fiscal con un préstamo porque la accesoriedad de la hipoteca respecto del préstamo quedaba limitada a su constitución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1 del Texto Refundido.

sujetas a gravamen por la cuota fija IAJD de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto-ley 2/2008, de medidas de impulso a la actividad económica[44]. Así tuvo ocasión de precisarlo la DGT en su contestación a la Consulta de 17 de julio de 2008, ya analizada, añadiendo además el citado Centro Directivo que dichas escrituras no se hallan incluidas en el supuesto de excepción de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras a que se refiere el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD que, como es sabido, exonera de tal obligación a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, ya que dichas escrituras públicas sí que tienen tal objeto, siendo el acto de contenido valuable el que motiva la inscripción registral de la hipoteca. Por lo que a la cuota gradual se refiere, como ya se ha indicado, el contenido valuable que constituya la base imponible de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario vendrá determinado por el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no tributó previamente[45].

---

[44] Señala concretamente la Disposición Adicional Segunda del citado Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, titulada «No sujeción al gravamen establecido en el artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las escrituras públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria que se refieran a la ampliación del plazo del préstamo» que: *«No obstante lo previsto en el apartado 1 del artículo 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no quedarán sujetas a dicho gravamen y se extenderán en papel común las escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual realizadas en el periodo de dos años a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley».*

[45] Véase, en este mismo sentido, la contestación de la DGT a Consulta de 14 de julio de 2008, en la que se declaró igualmente que aquellas escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no están exceptuadas de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras. En opinión del citado Centro Directivo *«Si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD, quedan exceptuados de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, aquellas escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por la adjudicación, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual realizadas en el periodo de dos años a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, no quedarán exoneradas de la obligación de presentación ante la oficina liquidadora»*. En parecidos términos se pronuncia el citado Centro Directivo en su contestación a la Consulta de 25 de mayo de 2009, a través de la cual se planteaba la cuestión relativa a si aquellas escrituras públicas mediante las cuales se formaliza la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en los artículos 7 y 9 de la Ley 2/1994. En concreto, se consultaba si el establecimiento o la ampliación de un plazo de carencia, referido al capital o a los intereses de un préstamo hipotecario, puede considerarse incluido en el concepto de «alteración del plazo del préstamo» al que se refiere el artículo 9 de la citada Ley 2/1994. A juicio de la DGT el establecimiento o ampliación de un plazo de carencia en un préstamo hipotecario tiene la consideración de alteración del plazo del préstamo a efectos de lo previsto en el citado artículo 9 de la Ley

Las escrituras de novación de préstamos hipotecarios se hallan exentas de la cuota gradual de AJD Documento Notarial. En efecto dispone el artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en su redacción actual otorgada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que: *«Estarán exentas en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con la modificación del tipo se podrá pactar la alteración del plazo».*

A la hora de determinar los documentos que deben presentarse a liquidación, habrá de tener presente lo dispuesto por el citado artículo 54.2, letra c), del TRLITPyAJD, de conformidad con el cual: *«No será necesaria la presentación en las Oficinas Liquidadoras de (…) c) Las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable y los testimonios notariales de todas clases, excepto los de documentos que contengan actos sujetos al impuesto si no aparece en tales documentos la nota de pago, de exención o de no sujeción»*. Nótese, por tanto, que la clave para determinar si una escritura pública en concreto debe presentarse en la Oficina Liquidadora estriba en comprobar si su objeto es cantidad o cosa valuable. Y, a este respecto, precisa el apartado 3 del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1993 qué debe entenderse por tal (es decir, por «cantidad o cosa valuable») del siguiente modo: *«Se entenderá que el acto es de objeto no valuable cuando durante toda su vigencia, incluso en el momento de su extinción, no pueda determinarse la cuantía de la base. Si esta no pudiese fijarse al celebrarse el acto, se exigirá el impuesto como si se tratara de objeto no valuable, sin perjuicio de que la liquidación se complete cuando la cuantía quede determinada».*

Resulta, pues, necesario examinar la regulación de la base imponible de la cuota gradual para comprobar si en las escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de un préstamo hipotecario puede determinarse, en algún momento de la vida del referido préstamo hipotecario, la cuantía de la base imponible.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la base imponible de la cuota gradual de la Modalidad AJD Documento Notarial del ITPyAJD está regulada en el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993, cuyo apartado 1, párrafo primero establece lo siguiente: *«En las primeras copias de escrituras públicas*

2/1994. Y aquellas escrituras públicas en las que se formalice la constitución o ampliación del periodo de carencia del préstamo pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en el citado artículo 9 de la referida Ley 2/1994, siempre que concurran los demás requisitos legales exigidos.

que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses».

A priori, habiéndose concertado una ampliación del plazo del préstamo hipotecario parece claro que, en principio, la escritura pública a través de la cual se formalice dicha ampliación del plazo no tendrá por objeto cantidad o cosa valuable, ya que el contenido valuable (la suma total garantizada) ya tributó en la constitución del préstamo hipotecario. O, dicho de otro modo, como se indica en la Resolución de la Dirección General de Tributos, de 14 de octubre de 1994: *«(…) El acto de contenido valuable que motiva la inscripción registral es la hipoteca, y el impuesto se exige sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca»*. Ahora bien, esta afirmación solo es cierta si la base imponible no se modifica. En otras palabras, la escritura pública de ampliación del plazo del préstamo hipotecario no tendrá por objeto, a efectos de la cuota gradual de AJD Documento Notarial, cantidad o cosa valuable si la suma total garantizada por todos los conceptos no varía.

Sin embargo esto no será así en el caso contrario, que es lo habitual, en tanto en cuanto la ampliación del plazo conlleva en general el devengo de nuevos intereses y, en consecuencia, una modificación de la suma total garantizada. Y si se modifica la suma total garantizada la escritura pública sí que tendrá un contenido valuable, precisamente el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no ha tributado previamente[46].

A mayor abundamiento, y como argumento definitivo e incontestable al postulado de que la escritura pública que documenta la ampliación del plazo de un préstamo hipotecario tiene por objeto cantidad o cosa valuable, se encuentra el hecho de la mera existencia de la exención de la cuota gradual de AJD Documento Notarial, anteriormente aludida y regulada en el artículo 9 de la Ley 2/1994. Y es que, si existe una exención de la cuota gradual para la novación modificativa de los préstamos hipotecarios que cumplan los requisitos de la referida Ley 2/1994 (uno de cuyos supuestos es precisamente la alteración del plazo del préstamo hipotecario), será debido a que tales escrituras públicas están

[46] El acto de contenido valuable que motiva la inscripción registral es la hipoteca, exigiéndose el Impuesto sobre la base de las cantidades garantizadas por el derecho real de hipoteca y quedando constituida la base imponible por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos.

sujetas a la cuota gradual, ya que en caso de no sujeción (por falta de contenido valuable) no se precisaría exención alguna. En consecuencia, las escrituras públicas que documenten la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual no están incluidas en el supuesto de excepción de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadoras a que se refiere el artículo 54.2.c) del TRLITPyAJD, que exonera de tal obligación a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, ya que dichas escrituras públicas sí tienen tal objeto.

Tal y como señala la DGT en su contestación a la Consulta de 1 de abril de 2009, tratándose de una operación de ampliación de un préstamo hipotecario redistribuyendo la carga hipotecaria a consecuencia de una nueva división horizontal, su base imponible a efectos del ITPyAJD no estará constituida por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan solo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos.

Y, por lo que respecta a la redistribución de la carga hipotecaria del préstamo, dado que el objeto valuable lo constituye la propia hipoteca que se redistribuye, esta será la base sobre la que deberá girarse el gravamen gradual del documento notarial. En consecuencia la base imponible estará constituida por la suma del valor inicial del préstamo más el de la ampliación del mismo, los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos, ya que el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas adquiridas.

Por su parte, en su Resolución de 26 de mayo de 2009, se planteó la DGT la cuestión relativa a si las escrituras públicas a través de las cuales se formaliza la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario pueden tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales establecidos en los artículos 7 y 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Concretamente se consultaba si el establecimiento o la ampliación de un plazo de carencia, referido al capital o a los intereses de un préstamo hipotecario, puede considerarse incluido dentro del concepto de «alteración del plazo del préstamo» al que se refiere el artículo 9 de la citada Ley.

Tal y como resolvió el citado Centro Directivo tendrían derecho a la aplicación de los beneficios fiscales de la Ley 2/1994 aquellas escrituras públicas a través de las cuales se formalizase la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario. Y el establecimiento o la ampliación del llamado periodo de carencia de un préstamo supone la exoneración del cumplimiento de la obligación a cargo del prestatario de satisfacer los intereses

y de la devolución del principal del préstamo durante un determinado periodo temporal. En consecuencia aquellas escrituras públicas a través de las cuales se formalice la constitución o ampliación del periodo de carencia de un préstamo hipotecario podrán tener derecho a la aplicación de los beneficios fiscales regulados en el artículo 9 de la citada Ley 2/1994, siempre que concurran los restantes requisitos legales exigibles al efecto[47].

En resumen, la escritura pública de ampliación de préstamo hipotecario reúne el conjunto de requisitos previstos en el artículo 31.2 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para poder quedar sometida al gravamen gradual de Actos Jurídicos Documentados. Y, por lo que respecta a la determinación de su base imponible, su importe se fijará atendiendo al incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal de la ampliación, más los intereses pactados y las cantidades estipuladas para costas y gastos[48].

Igualmente el TEAC ha tenido ocasión de referirse a la tributación de estas operaciones consistentes en la ampliación de un préstamo hipotecario y distribución de la responsabilidad hipotecaria, entre otras, en su Resolución de 2 de diciembre de 2009. Concretamente a través de dicha Resolución se analizaba la cuestión relativa a la determinación de la base imponible del ITPyAJD en los casos de ampliación del préstamo hipotecario y redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de una declaración de obra nueva y división horizontal.

Tal y como se encargó de recordar el TEAC, en lo que respecta a la distribución de la responsabilidad hipotecaria, su tributación por la cuota gradual del concepto Actos Jurídicos Documentados (Documentos Notariales) fue ya refrendada en su día por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de octubre de 2003, dictada al resolver un recurso de casación en interés de ley, que fija la doctrina legal.

---

[47] Analizaba además la citada Resolución de la DGT, la tributación de otras dos operaciones de modificación de las cuestiones de un préstamo hipotecario. En primer lugar, la cuestión relativa al régimen de tributación aplicable a una operación consistente en el otorgamiento de una escritura pública en la que se formaliza la ampliación de un préstamo hipotecario concedido por una entidad financiera, estimando el citado Centro Directivo que dicha operación estará sujeta a la cuota gradual de la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados, Documentos Notariales, quedando integrada la base imponible por la responsabilidad hipotecaria añadida en la ampliación, es decir, por el importe del principal ampliado, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos. Y, en segundo término, el otorgamiento de escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos con garantía hipotecaria, señalándose en el presente caso que el acto de contenido valuable que motiva la inscripción registral es la hipoteca. En dicha ampliación del plazo del préstamo hipotecario el contenido valuable que constituirá la base imponible de la cuota gradual de AJD, Documentos Notariales, será el correspondiente a la modificación de la suma total garantizada, que no ha tributado previamente.

[48] Véase, en este sentido, la contestación de la DGT a la Consulta de 8 de junio de 2010.

En el presente supuesto, en la ampliación del crédito con garantía hipotecaria, la base imponible estaría constituida por el incremento patrimonial que se deriva de la ampliación, si bien estaba exento. Y, en cuanto a la tributación de la redistribución de la responsabilidad hipotecaria, debería haberse practicado liquidación por la redistribución de la inicial hipoteca constituida sobre las primitivas parcelas, sobre las que posteriormente, tras ser agrupadas, se realizó la obra nueva y la división horizontal, es decir la liquidación estaría integrada, exclusivamente por el importe total garantizado por la hipoteca constituida en escritura pública (crédito hipotecario inicialmente concedido), ya que la redistribución de la responsabilidad hipotecaria se limitó a la cantidad inicialmente garantizada sobre las fincas que posteriormente se agregaron en una, siendo el resto una ampliación de la hipoteca (modificación que produce un incremento patrimonial en el acreedor hipotecario y que, por tanto, debería tributar como ampliación de derecho) ampliación que recayó sobre el único objeto existente en el momento en que se produjo, como fue el resultado de la declaración de obra nueva y división horizontal del edificio construido sobre el solar que resultó de la agregación de las fincas primitivas, siendo absolutamente necesario e imprescindible, en lo que respecta a la ampliación de la hipoteca, de conformidad con los artículos 119 de la Ley Hipotecaría y 216 del Reglamento, determinar la cantidad o parte de gravamen de que cada una de las fincas debía responder.

De este modo concluyó el TEAC que no se estaba en realidad ante un supuesto de distribución voluntaria, motivo por el cual no resultaba posible hablar de la existencia de un negocio jurídico autónomo, ya que dicha responsabilidad nace necesariamente distribuida, no existiendo más que un hecho imponible que es la ampliación del préstamo hipotecario. Así las cosas, con motivo de la operación consistente en la redistribución de la responsabilidad hipotecaria estimó el TEAC que la base imponible habría de quedar integrada por el importe del préstamo inicial que se redistribuye más los intereses y costas correspondientes[49].

[49] Acerca de la tributación de estas operaciones de ampliación de un préstamo hipotecario, puede consultarse igualmente la sentencia del TSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2009, a través de la cual se analizó un concreto supuesto de autos en el que la parte demandante sostenía que la escritura pública de ampliación del préstamo hipotecario inicialmente concedido no debía tributar por AJD por el total importe del crédito hipotecario ya que, al haber satisfecho ya el referido impuesto por el importe del préstamo concedido en un principio, ahora ya no procedía exigir el Impuesto sino por la cantidad en que se amplió. Por su parte la Administración consideró que existían dos hechos imponibles diferentes, ampliación del préstamo hipotecario y distribución de aquel entre nuevas y distintas fincas. De conformidad con lo declarado por el Tribunal en el supuesto de autos debía desestimarse el recurso, ya que la escritura pública objeto de controversia no se limitó a la ampliación del crédito hipotecario sino que también modificaba el importe de la garantía hipotecaria y lo distribuía entre determinadas fincas resultantes de la previa declaración de obra nueva y división horizontal, quedando otras liberadas de la citada carga.

IV. CANCELACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1.B) del TRITPyAJD, solo constituye hecho imponible de la Modalidad de TPO la constitución de derechos reales, pero no las sucesivas fases de la vida de estos, salvo cuando determinen una ampliación posterior de su contenido[50].

La simplificación llevada a cabo en el aspecto material del hecho imponible resulta pues clara. Ahora bien, conviene no olvidar que las alteraciones subjetivas operadas en la titularidad de los derechos gravados (caso, por ejemplo, de las cesiones o de las subrogaciones) quedan sujetas a gravamen como transmisiones de derechos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra A) del artículo 7.1 del Texto Refundido[51].

Por otra parte, y como bien ha precisado MUÑOZ DEL CASTILLO[52], cabe plantearse hasta qué punto la indeterminación que caracteriza a la configuración del concepto de «ampliación» del contenido de los derechos puede llegar a originar que vuelvan a tributar determinadas vicisitudes de los actos y negocios jurídicos gravados (esto es, diversas alteraciones objetivas), al margen de que la intención del legislador sea la de someter a gravamen únicamente las relaciones jurídicas constitutivas de los derechos. Así podría suceder, por ejemplo, tratándose de modificaciones de la cuantía de una pensión o de la prórroga de un arrendamiento o de una fianza.

En todo caso, la extinción de los derechos reales (entre los que se incluye la cancelación de la hipoteca) no constituye hecho imponible por la primera de las Modalidades del Impuesto, con independencia de que se trate de un préstamo concedido por un particular o por una entidad financiera. Ello implica, a su vez, la aplicación del artículo 31.2, dado que ha de documentarse necesariamente en escritura pública para permitir su acceso al registro.

A este respecto, precisa el artículo 74.3 del Reglamento del Impuesto que: *«Al mismo gravamen gradual de actos jurídicos documentados quedarán sujetas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la extinción de préstamos de cualquier clase, siempre que sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil»*.

---

[50] Tal y como precisa MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., «Artículo 7», en la obra colectiva *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Thomson-Civitas, 2004, pág. 109, ya con anterioridad la Ley de 21 de junio de 1980 optó por no considerar como actos sujetos determinadas alteraciones de los actos y negocios jurídicos. Así sucedía, por ejemplo, con la modificación, prórroga, transmisión y extinción de los actos y negocios jurídicos gravados. En cambio la extinción sí que constituía hecho imponible por la Modalidad de TPO en el antiguo TR de 1967.

[51] Así se deriva, además, de la regulación contenida en los artículos 11 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1993.

[52] MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., «Artículo 7», *ob. cit.,* pág. 109.

Aquellas escrituras notariales que documenten la extinción de préstamos hipotecarios se encuentran sujetas al gravamen gradual, dado que son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Y ello debido a que, a diferencia de lo que sucede respecto de la constitución, la cancelación de préstamos no tributa en ningún caso por la Modalidad Transmisión Patrimonial Onerosa, puesto que ni la extinción de préstamos ni la de derechos reales (cancelación de hipoteca) constituye hecho imponible de dicha Modalidad. Por tanto, siendo el préstamo hipotecario la cancelación de la garantía habría de formalizarse en escritura pública para tener acceso al Registro, reuniendo el documento notarial todos los requisitos exigidos al efecto por el artículo 31.2 del TR para ser gravado por la Modalidad de AJD, cuota variable.

Todas las cancelaciones de préstamos hipotecarios quedarían pues sujetas a la cuota gradual, con independencia de la condición del prestamista. La condición de sujeto pasivo recaería sobre el prestatario, es decir, sobre aquella persona en cuyo interés se expide la escritura, liberándose así de gravamen su propiedad.

Hasta el 31 de diciembre de 2000, la base imponible derivada de estas operaciones de cancelación de la hipoteca se calculaba de la misma forma que en los supuestos de constitución de préstamo hipotecario, quedando integrada la misma por el valor total de la obligación garantizada (principal, intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento, etc.)[53].

Ahora bien, con efectos desde el día 1 de enero de 2001 la cancelación de préstamos hipotecarios disfruta de exención en el Impuesto, de acuerdo con lo establecido en el número 18 del artículo 45.I.B) del Texto Refundido, introducido a través del artículo 6.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Declara concretamente este número 18.º del citado precepto que quedan exentas: *«Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase, en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales»*[54].

---

[53] Así tuvo oportunidad de precisarlo el TS, entre otras, en sus sentencias de 24 de febrero de 1996, 21 de mayo de 1998 y 30 de octubre de 1999. Más recientemente puede consultarse la STSJ de Castilla y León, de 21 de mayo de 2008, relativa a los criterios de determinación de la base imponible del IAJD derivada de los préstamos hipotecarios en los supuestos de cancelación parcial, y en la que se declara que en los supuestos de cancelación parcial de préstamos hipotecarios la base imponible del IAJD no viene determinada por la suma de las cantidades garantizadas en su día (en el presente caso, el principal, los intereses, las costas y los gastos), a pesar de que ello pudiera considerarse correcto en los supuestos de constitución del crédito hipotecario, y tampoco por la diferencia resultante entre el total responsabilizado en su día y aquel que hubiese quedado pendiente de amortización. Dicha base vendría determinada por la parte del principal del préstamo, así como por los intereses devengados dicha suma hasta la fecha actual.

[54] Véase, a este respecto, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta de 7 de mayo de 2007, en la que se afirma que está exenta del Impuesto la cancelación de hipotecas. Tal y como precisa el citado Centro Directivo: *«La escritura pública de cancelación de una*

En la actualidad, por tanto, los documentos notariales de cancelación de hipoteca no se encuentran sujetos a la Modalidad de AJD, cuota variable. Todos los documentos notariales formalizados con efectos desde el 1 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2000, que contengan cancelación de hipotecas de cualquier clase gozan de exención por la Modalidad de AJD, cuota variable. Piénsese, además, que falta el requisito exigido en el artículo 31.2 del Texto Refundido consistente en tener por objeto cantidad o cosa valuable ya que, con carácter previo ha quedado cumplida la obligación garantizada, constituyendo una realidad la cancelación económica.

A través de su sentencia de 23 de marzo de 2009 analizó el TSJ de Murcia una operación en virtud de la cual la parte actora impugnó el documento que se pretendía liquidar, al estimar que no reunía ninguna de las características establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Sostenía la recurrente que en el concreto supuesto de autos analizado no se producía acto inscribible alguno de los que menciona el artículo 31.2 de la Ley del Impuesto, señalándose además que la cancelación de las hipotecas se solicitó no en la escritura de dación, sino en un documento privado dirigido al registrador de la Propiedad. Pues bien, a juicio del Tribunal si se atiende a las cláusulas contenidas en la escritura pública se observa que en la escritura en cuestión no existe solicitud de cancelación de la hipoteca, sino que la cancelación se produjo a través de una instancia dirigida al registrador de la Propiedad.

Como es sabido, las inscripciones efectuadas en virtud de una escritura pública no se cancelan sino por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona para la cual se hubiere hecho la inscripción. No obstante, y como excepción a esta regla general, se autoriza la cancelación prescindiendo del negocio *ad hoc* o del llamado «principio del consentimiento formal», pudiendo efectuarse la cancelación sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción; es decir. Tiene lugar así la regulación de una cancelación automática y de oficio.

La extinción legal viene establecida en el artículo 1192 del Código Civil, de conformidad con el cual queda extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. Debido a ello el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, cuando regula la cancelación de un derecho inscrito porque el mismo se haya extinguido por confusión de derechos, no exige necesariamente un asiento especial de cancelación ni la prestación de consentimiento o declaración de voluntad, sino una mera solicitud al registrador que practicará la cancelación en el mismo asiento del que resulte la extinción

---

hipoteca sobre una vivienda está sujeta pero exenta a la cuota gradual de la Modalidad de AJD, encargada de sujetar los Documentos Notariales».

por confusión, extendiendo nota de referencia al margen de la inscripción cancelada. En consecuencia, si la Ley no exige un negocio jurídico *ad hoc* para la cancelación de una hipoteca por confusión de derechos, sino una mera solicitud al registrador (que es lo que se produjo en el supuesto de autos analizado), resulta claro que no concurre uno de los requisitos contenidos en el artículo 31 del Texto Refundido del Impuesto, cual es la inexistencia de una primera copia de escritura o acta notarial.

A la determinación de la base imponible a efectos del Impuesto en estas operaciones de cancelación de préstamos hipotecarios se refirió igualmente el TSJ de Andalucía en su sentencia de 4 de septiembre de 2009, señalándose al efecto que la base imponible para el IAJD no viene determinada por la suma de las cantidades garantizadas en su día (en el presente caso el principal, intereses, costas y gastos), sino por la cantidad que efectivamente fue amortizada con antelación al vencimiento del préstamo por el sujeto pasivo, tal y como declaró el TS en su sentencia de 28 de diciembre de 2002, a la que se remite la de 6 de octubre de 2004[55].

Ni que decir tiene que la exención se aplica tanto a las cancelaciones totales como a las parciales, y tanto a las hipotecas inmuebles como a las muebles. En este sentido el precepto se limita a aludir a la «cancelación de hipotecas de cualquier clase».

Téngase presente, para finalizar, que goza igualmente de exención el documento notarial a través del cual se formaliza la cancelación de la condición resolutoria explícita a la que eventualmente pueda sujetarse la compraventa de un bien inmueble. Y ello debido a que presentan el mismo régimen tributario las operaciones de constitución de hipoteca en garantía del precio aplazado en la compraventa de un bien inmueble y las de constitución de condición resolutoria explícita[56].

---

[55] En el concreto supuesto de autos analizado de la escritura pública de cancelación parcial de hipoteca resultaba que la demandante había abonado a la entidad prestamista la cantidad de 1.000.000.000 de las antiguas pesetas, por lo que estimó el Tribunal que dicha cantidad debía considerarse la base imponible del Impuesto, como figura en la autoliquidación presentada en su día. Lo contrario llevaría al absurdo de que, producidas varias cancelaciones parciales, en todas ellas se tomara como base imponible el importe originario del préstamo.

[56] De hecho, en la medida en que el documento notarial a través del cual se cancela la condición resolutoria explícita en el Registro de la Propiedad suele ser un acta notarial (al igual que suele plantearse en los supuestos de cancelación de hipotecas), cabría pensar que la redacción de este artículo 45.I.B).18.º del TR resulta incorrecta, al referirse únicamente a las escrituras notariales.

RESUMEN

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES
IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS
CUOTA VARIABLE
PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El presente artículo tiene por objeto analizar, tomando como punto de referencia la importante y más reciente doctrina jurisprudencial y administrativa elaborada al respecto, la tributación de los préstamos hipotecarios en la cuota gradual del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. A tal efecto el autor centra su análisis en las operaciones de constitución, ampliación y cancelación de préstamos hipotecarios, siendo objeto de estudio además diversas cuestiones conflictivas tales como, por ejemplo, el régimen fiscal aplicable a aquellas operaciones de ampliación de un préstamo hipotecario redistribuyendo la carga hipotecaria a consecuencia de una nueva división horizontal o a las operaciones en las que se produce la subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria, además de fianza.

ABSTRACT

TRANSFER TAX
STAMP DUTY
VARIABLE FEE LOAN
MORTGAGE LOAN

This article aims to analyze, taking as reference the most recent and important case law and administrative elaborate on the taxation of mortgages in the share-out of stamp duty tax. To this end the author focuses his analysis on the operations of establishment, expansion and cancellation of mortgage loans, also being studied various contentious issues such as, for example, the tax regime applicable to those operations to extend a mortgage redistributing mortgage burden as a result of a new horizontal division or operations in which the substitution occurs in a home equity loan, plus deposit.

(Trabajo recibido el 26-11-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

Intellectual Property on the Internet
Legal and Economic analysis

por
MIGUEL GÓMEZ MARTÍNEZ

SUMMARY

1. INTRODUCTION.

2. THE INTERNET AND ITS INFLUENCE ON THE DISTRIBUTION OF DIGITAL GOODS:

   2.1. Implications of sharing copyrighted works on the Internet.
   2.2. Audiovisual Works.

3. LEGAL FRAMEWORK:

   3.1. Spanish Intellectual Property Law.
   3.2. United States Copyright System:

      3.2.1. *Infringement in the Digital Age.*

   3.3. International Legal Framework for Intellectual Property Law:

      3.3.1. *Location of Internet Transactions.*
      3.3.2. *Contracts, copyright and the Internet.*

4. ECONOMIC FRAMEWORK:

   4.1. Economics of Intellectual Property:

      4.1.1. *Pricing of information goods.*

   4.2. Media Economy:

      4.2.1. *Implications for media managers.*

   4.3. The «Invisible hand». Does it work with technology?

5. TECHNOLOGICAL PROTECTION OF DIGITAL GOODS:

   5.1. DRM's Effectiveness.

6. CHALLENGE FOR LEGISLATION.

7. CONCLUSIONS.

8. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

This paper examines some of the most important issues related to the problematic topic of Intellectual Property on the Internet.

More specifically, it focuses on the legal and economic view of intellectual property on the Internet.

First, it introduces the Internet and its development and increasing influence in recent years (chapter 2), also in this chapter the author attempts to clarify the concept of *«Audiovisual work»,* despite the difficulty of such a task, as will be explained later.

In chapter 3, there is a brief study of the legal framework, as it currently stands in Spain and in the United States of America.

Some aspects of the international legal framework for intellectual property law are also considered, for example the jurisdiction problem and the Internet, or the relationship between Intellectual Property and contracts.

Chapter 4 looks at the Economic framework of digital works on the Internet. Topics studied in this chapter include the economics of Intellectual Property, the Media Economy and how Adam Smith's theory of the «*invisible hand»* works with technology.

There are other ways to protect intellectual property of digital works, in addition to legal protection. Some corporations in the media industry have developed technological protection to protect their intellectual property rights; such as trusted systems, watermarks or Digital Rights Management systems (DRMs). This paper studies these systems in Chapter 5.

In the last chapter, before the conclusions, this paper will try to set out some starting points for this legislative and regulatory challenge; and how governments and society might handle the challenge of Intellectual Property on the Internet.

The conclusions of the study can be found in chapter 7.

2. THE INTERNET AND ITS INFLUENCE ON THE DISTRIBUTION OF DIGITAL GOODS

The advent of digital technology and the existing networked environment, the Internet, have had an immense impact on patterns of production, modification... of creative work in digital format.

There is no doubt about the fact that the Internet and telecommunications represent a very important part of everybody's life; and that they have brought about a sea change in the way people communicate with each other, a change in how people work...

The Internet has brought about big changes in the way cultural goods are distributed, because it has broken the barriers of the physical world.

Nowadays, Internet users, generally owners of cheap digital devices, have been able to play different roles.

The digitization process has changed the economics of creativity, dissemination and copyright by:

— Making technological tools and devices available that make creativity much cheaper and easier than at any other time.
— Greatly reducing the cost of reproducing work without a loss of quality.
— Allowing these reproductions to be distributed with the same ease, speed and cost than the original.

Digitization technology has enabled the spread of digital creativity on a massive scale and this clashes with modern Intellectual Property legislation.

For example, in the audiovisual market, the change which has transformed it, is the possibility of making movies and television series available using Internet technology. This makes possible the availability of audiovisual work to an incredible number of potential customers, relatively easily and at a relatively low cost.

The on-line sharing of digital versions of copyrighted movies has become widespread: in some cases, pirated versions of movies are available for download from the Internet before they are shown on the big screen.

The Internet could provide content producers with a low-cost 24/7 distribution channel for delivering digital goods and services; and also the Internet can be a very useful marketing channel.

But not everything on the Internet is good news: although the Internet as a platform for commerce is characterized by the ease and efficiency in which information can be distributed in the global marketplace. Such characteristics are seen by some people as a great threat to the interests of content producers.

Content producers, or at least some of them, perceive the Internet as a major problem; because once an information product, like a movie or a computer program is digitalized (reduced to a digital file) it can be distributed worldwide in unlimited numbers at virtually no cost, or at a very low cost.

For this reason, traditional content providers have been slow to embrace the Internet as a distribution channel, they consider the risk to their principal assets as being simply too great. This argument is, in part, one of the reasons why content producers have been reluctant to make their material available online. The law governing information goods, copyright law, is better settled off-line than online.

The convergence of media and technology is the issue which, in many instances, is causing legal difficulties. The issue of convergence poses difficulties, because comparable services, such as virtual worlds and interactive audiovisual services, would be subject to comparable laws, but they are not.

The new uses of digital goods in a purely digital environment are what cause uncertainty on-line, because it is difficult to predict how Intellectual Property law will be applied. In addition, there are some problems with new emerging business models that use, manipulate, re-purpose and repackage digital goods in ways not covered by intellectual property laws.

The issues concerning how intellectual property laws apply to this new business are unresolved causing legal uncertainty.

To solve these uncertainties, and the threat of unauthorized copying on-line, some companies have developed self-help technologies in an effort to reduce the business risks involved in making digitized content available on the Internet.

2.1. Implications of sharing copyrighted works on the Internet

The structure of the Internet is based on a decentralized system, and that feature has increasingly empowered end-users to disseminate creative works to an unprecedented extent.

As explained above, using the Internet to distribute content is so easy and everybody can do it, with just a computer and an Internet connection.

Understanding not only the turn to technology as a regulatory system, but also the social, legal, political and cultural mechanisms by which it is possible, is, at one level, crucial to the ongoing disputes about copyright and the Internet.

But, in order to share copyrighted work, the person who shares it must have the right to do it. European copyright law reserves all acts of digital reproduction, communication and distribution to the public of their works to the copyright holders, or to those who hold those rights.

There are some methods of lawful dissemination remaining for the end-users.

Internet users are free to communicate and share the public domain and any and all authorized materials; but it is questionable whether, and under what conditions, end-users are entitled to share (or at least download) unauthorized copyrighted works under the European copyright exception of private copyright or pursuant to the United States fair use doctrine.

In the United States, the issue of direct liability has been examined and settled by two United States appellate decisions (cases: «*A&M Records v. Napster*»/«*BMG Music v. Gonzales*»).

In the European Union, recent case law on end-users' liability shows that file-sharing of unauthorized copyrighted works affects two distinct types of exclusive rights created by copyright law.

Unauthorized downloading of copyrighted works involves the right of digital reproduction; but uploading copyrighted works encroaches upon the right by making those materials available to the public.

While these decisions concerning end-user liability concluded that uploading infringed the exclusive right of making copyrighted material available to the public; there has been much uncertainty about the nature of infringement caused by merely downloading.

2.2. Audiovisual Works

¿What is an audiovisual work? If we search different laws looking for a definition of this term, we will find that not all jurisdictions contain a definition in their copyright laws.

There are some jurisdictions which contain a definition in their copyright laws, but there is not a single concept to clearly establish what an audiovisual work is.

For example, French Copyright Act, article L112-6 defines audiovisual works as «*works consisting of sequences of moving images, with or without sound*».

In Spanish Intellectual Property Law, in article 86 we find the following definition: «*the creations expressed by a series of associated pictures, with or without sound, which are intended primarily to be shown through projection machines or by any other means of public communication of image and sound; irrespective of the nature of the material supports such works*».

In the United States Copyright Act, 17 USC Â§ 101 (1988) we can also find a definition of audiovisual works: «*audiovisual works are those works which consist of series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines, or devices such as projectors, viewers or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied*».

The CDPA 1988 (United Kingdom) refers to files, according to section 5B, a film is «*a recording on any medium from which a moving image may by any means be produced*».

In we look for a definition in international treaties, we must see the Bern Convention, but in this document, only cinematographic works are mentioned, and the decisive feature of those works is the use of a cinematographic process.

So, as can be seen above, there is no unique definition of what an audiovisual work is; it seems that the idea of all laws is similar, and the prevailing characteristic is the existence of a sequence of related images. It is not important if there is sound or not, or the nature of the material objects.

A very good example of what an audiovisual work is, and, in my opinion, what everybody thinks about when we talk about audiovisual works, is a movie.

A movie has all the characteristics established by law, to consider a work as an audiovisual work.

It is a sequence of related images, with or without sound, and it does not matter what is the material object that the movie contains, because it is the same movie if it is recorded on a DVD, or if it is on your computer's hard drive.

3. LEGAL FRAMEWORK

Now that we have explained the problem with the Internet, digital works and the distribution of those works, we are going to study the current legal framework.

Information goods and services, including audiovisual works, are protected by intellectual property rights, principally copyright.

This system worked reasonably well when such goods and services were distributed physically, and copies were fixed, costly and traceable. However, with the development of digital technology, copying is simple, inexpensive and difficult to prevent or trace without copy protection technologies.

In this paper, we study the principal aspects of Spanish intellectual property law and also United States copyright law because, despite their similarities, there are some differences between them.

In addition, we discuss some issues of private international law and the existing problems in the international legal framework.

The reason for intellectual property and copyright can be justified by the argument that society, as a whole, benefits from the creation of literary, artistic, musical and other works of authorship, but the law has to grant authors the right to prevent others from making use of their works without paying for that privilege.

Copyright seeks to maintain an appropriate balance between the interests of authors, in benefiting from the economic value of their works, and the interests of the public, and subsequent authors, in having access to the works that copyright is designed to encourage.

The World Intellectual Property Organization (WIPO) argues that intellectual property rights are the tool which allows the correct exploitation of works, as a means of stimulating future cultural creation.

Free access to culture, without respect for intellectual property rights, seriously jeopardizes the cultural model undermining its development, richness and diversity.

3.1. Spanish Intellectual Property Law

It is important to explain the distinction that Spanish law makes between intellectual property and industrial property.

For most intellectual property systems, intellectual property includes copyright, patents, trademarks... but in Spain there is a difference.

In Spain, intellectual property is basically copyright, and what they call industrial property, includes patents, trademarks, and other similar rights.

Spanish intellectual property law dates from 1996, but in 2012 some changes were made, to adapt the law to the new circumstances.

First of all, Spanish law, establishes that intellectual property is integrated by personal and economic rights, which attribute the author full provision and the exclusive right for the exploitation of the work, without any other limitations other than that established by the law.

Strictly speaking, intellectual property is the author's right, integrated by many powers. It belongs to the creator just because of its creation.

Article 10 of Spanish property law establishes that all literary, artistic or scientific creations expressed by any means or medium, tangible or intangible, currently known or invented in the future are subject to intellectual property law.

This law makes distinctions between two types of rights which belongs to the author: namely moral rights and economic rights.

In article 14, it establishes the moral rights which are indispensable and inalienable; some of these rights are:

— The right to decide whether a work is to be disclosed and in what form.
— The right to determine how the disclosure is going to be made.
— The right to require the recognition of the author's condition.
— The right to demand respect to the integrity of the work and to prevent any distortion, modification, alteration or outrage against it which supposes any damage to the author's legitimate interests or damage to the author's reputation.
— The right to change the work respecting acquired rights of other people and the requirements of the protection of cultural assets.

There are some other moral rights, but the ones listed above are the most relevant.

If we look for economic rights, we have to look at articles 17 to 21 of the Spanish intellectual property law. Article 17 establishes that the author has all economic rights for the exploitation of his works, and establishes some of them, which are defined in articles 18 to 21.

They are called exploitation rights, also belonging to the author, and they can be subject to transmission. It is important to state that article 17 of Spanish Intellectual Property Law does not establish a closed list of economic rights.

Some of these rights are:

— Reproduction (article 18) «*direct or indirect attachment of the work, temporary or permanent by any means and in any way or of part of it, that allows its communication or obtaining copies*».
— Distribution (article 19) the law interprets distribution as making available the original or copies of the work to the public in a tangible support by sale, rent, loan...
— Public Communication (article 20) «any *act by which people can have access to the work without its previous distribution to each individual*».
— Transformation (article 21) includes the translation, adaptation and any other modification in the form of the work that turns it into a different work.

Spanish Law establishes some limits for intellectual property rights, which are in article 26 to article 40 of the law.

As an example, I am going to explain two of those limits, the ones that I consider are the most relevant to intellectual property rights.

The first limit is known as the «*limit for private copy*», and is regulated in *article 31* of intellectual property law. This article sets out that an author's authorization not necessary for the reproduction of any medium of works that are already divulged; when this reproduction is carried out by a person, not a legal entity; who uses it for private use. It is also necessary that the person who carries out the reproduction legally had access to the work. The copy that he or she obtains cannot be used in a collective or lucrative way.

The second limit to be explained is the «*citation limit*». It is set out in *article 32* of intellectual property law. Under this limit, it is lawful to include in a work fragments of other people's works; when these works are already divulged and its inclusion is made as a citation or for its analysis, comment or critical judgment. This citation limit is only allowed if it is done with teaching or research purposes.

Spanish intellectual property law establishes a limit in time for the intellectual property rights. These rights are valid during the life of the author plus 70 years after his death.

Spanish regulation of intellectual property also provides for a protection system; this system is based on two types of protection:

— *Civil system,* is based on Spanish civil law, and developed by intellectual property law, which allows the author to carry out some different court actions such as:
    — *Article 139 Intellectual Property Law:* allows the author to obtain, by legal process, the cessation of unlawful activity and to claim for compensation for moral and material damages.

— *Criminal system,* is established in Spanish criminal law, articles 270 to 272. This criminal system is based on two requisites; the illegal activity has to be made for profit and it has to jeopardize the author.

3.2. United States Copyright System

The United States system of copyright is similar to the European system and the Spanish system, but there are some differences between them.

Copyright Law derives from Art 1, section 8, clause 8 of United States Constitution.

If we study some case law about copyright, we can understand the fundamental tension of the copyright system.

For example, in the case «*Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*» there are some important arguments, on the one hand, copying a work word for word might be legally wrong; but on the other hand, if a person has any «*natural*» rights,one of these must be the right to imitate others, for example, learning is a form of mimicry and progress depends on a generous indulgence of copying.

So the fundamental issue of the copyright system is to find the appropriate balance between public (which must allow generous indulgence of copying) and private (which does not allow the copying of a work word-for-word, and the right of the author to gain profit from his work) rights.

Copyright law strives to accommodate two competing goals: offering sufficient incentives to motivate the creation of original works of authorship, while allowing the public access to and use of these works.

Copyright systems protect works of authorship of certain types, the work has to be original to the author, it has to be fixed in certain forms, the work has to be an expression of an idea, but it cannot be an idea itself.

As long as the work satisfies these conditions, its author automatically gains copyright protection.

Copyright remains in ordinarily authored works for the life of the author plus 70 years.

There are some procedures for copyright:

1. Registering the work with the Register of Copyrights. This register has a declarative effect. This procedure is a precondition to filing a suit for copyright infringement, it provides a presumption of validity of copyright in the event of a lawsuit.
2. Depositing a requisite number of copies (2) with the Library of Congress. Failure to do so carries only minor penalties.
   A deposit with the Library of Congress will satisfy the requirement to deposit copies for the purposes of registration.
3. Affixing the appropriate copyright notice to the work.

The United States copyright system, establishes different types of rights, it differentiates between exclusive rights and moral rights.

— *Exclusive rights:*

Section 106 of Copyright act, establishes five basic rights: reproduction, adaptation, distribution, performance, display.
They are exclusive in two ways:

— Without permission of the author no one else may perform the actions that are exclusively given to the author.
— They are the sum total of the rights granted to the author, and if a third party does anything that does not fall within these rights, then there is not infringement.

Those five exclusive rights are complicated in practice, and do not apply in the same way to each type of work because it does not make sense to give the work that right. For example: pictures do not have the public performance[1] right, because granting it would mean prohibiting people to show the physical object.

— *Moral rights:*

When the United States decided to join the Bern Convention, it was obliged to recognize some kind of moral right systems in its laws. The problem was that the United States' system was founded on economic exchange and the free alienation of rights was not well-suited to a set of rights or inalienable authorial rights.
The Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA) implements a moral rights regime, but only in relation to «*works of visual art*». There are only two rights granted by VARA:

— *The right of attribution:* right to be identified as the author of your work plus the right to prevent the use of your name in relation to works you did not author.
— *The right of integrity:* right to prevent intentional distortion or mutilation of your work if you are an author of recognized stature.

These rights cannot be transferred, but they can be waived by the author.

[1] Public performance means the work is being performed at a lace open to the public or where a substantial number of people gather, as it is being transmitted in a way that makes it public.

Regarding infringement of copyright, there are some issues that must be explained. First, all plaintiffs in an infringement action must prove that the work at issue is copyrighted and that they own the relevant rights.

There are two types of infringement:

— *Primary infringement:* the defendant is accused of directly infringing one or more of the exclusive rights.

Considering that the defendant has actually done that which belongs to the plaintiff by way of exclusive rights.

It does not matter here if the infringement was undertaken for financial gain, although the penalties for commercial infringement are more serious. It does not matter if the infringement was done unintentionally or accidentally.

The fundamental requirement is that the plaintiff must establish that the defendant actually copied the plaintiff's work. The plaintiff must prove that copying took place; this requires a combination of access and probative similarity.

Copyright only forbids actual copying, it does not forbid independent creation of the same work.

— *Secondary infringement / Secondary liability:* the defendant is alleged to have aided others in infringing.

The statute provides only for primary infringement. Courts have applied common law principles of secondary liability in order to find infringement for those who aid others in their primary infringements.

There must be a primary infringement, if not, there cannot be secondary liability.

Over time, ways of secondary liability for copyright have stabilized into two types of infringement: contributory and vicarious.

A *contributory infringement* occurs where a party intentionally induces or encourages primary infringement and declines to exercise a right to stop or limit the other's infringement.

In order to be found liable for contributory infringement, a defendant must have directly induced infringement by others, or provided the means to infringe with knowledge of infringement.

A person who does not directly violate one of the exclusive rights of a copyright owner, may, nonetheless, be held liable as a contributory infringer.

Vicarious infringement involves a greater degree of control along with a direct benefit for the secondary infringer.

Another form of indirect liability, vicarious liability, may be found when a person who has the right and ability to control the activities of the primary infringer receives a direct financial benefit from the infringement.

But copyright is not an absolute right, it has some limitations, the most important one of which is the «*fair use defense*».

Those defenses and limitations are:

— *Equitable and Statutory Licenses and Defenses* (Sections 108 to 121 of Copyright Act). Rely on a type of wrongdoing: the plaintiff uses its intellectual property to extend its rights beyond those granted in the statute in ways that are anti-competitive.
It is rarely successful and requires very high levels of acts of bad faith by the plaintiff.
They are called «*statutory or compulsory*» licenses because they create a system whereby use is licensed automatically without permission of the copyright holder as long as the user pays a statutory set royalty.
A compulsory license basically exempts specific types of infringement as long as the person using the work pays the copyright owner some statutory fee, or complies with some other requirements.
To promote a particular socially beneficial use of a copyrighted work by persons other than the owner of the copyright; Congress may grant a license to use such a work to anyone whose use satisfies the conditions set forth in the statute creating the license and who pays the prescribed royalty.
A compulsory license allows Congress to precisely target the particular kinds of uses that it desires to promote. The statute granting the license can include detailed conditions that must be satisfied before a person may enjoy the benefit of this license.
By creating a compulsory license, Congress can require the license holder to pay a royalty to the copyright owner, balancing the interests of the public and copyright owners.
A compulsory license provides the user of another person's work with greater certainty that use is noninfringing.

— *Fair use:* This originates from the case of «*Folsom v. Marsh*». The factors of fair use are codified in section 107 of the 1976 Copyright Act, but the Supreme Court of the United States has stated that the categories of fair use are never closed.
Those factors are:

1. The purpose and character of the use, including whether it was of a commercial nature.
2. The nature of copyright work.
3. The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole.

4. The effect of the use on the market or potential market for, or value of, the copyrighted work.

The fair use defense is a vital component in the balance between private and public interests in copyright, but it is not the savior of free expression and culture. It involves a balancing process by which a set of variables determine whether other interests should override the rights of creators.

— *The first-sale doctrine* is based on the case «*Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment Inc. (BVHE)*».
In the multi-billion dollar home video industry, an increasing amount of sales take place over the Internet.
This case examines the copyright issues that arise when an entity uses the copyrighted motion pictures to make short trailers, which are then made available for money to the entity's clients, which are video retailers, for the viewing by retail customers on the retailers' Internet websites, for the purpose of promoting sales of the copyrighted videos.
Video Pipeline argues that its actions of creating its own clips previews from those provided by BVHE and subsequently allowing customers of its retailer clients to view them on-line, is protected by the First-sale doctrine.
This doctrine codified in 17 USC Â§ 109 (a) prevents the copyright owner form controlling future transfers of a particular copy of a copyrighted work after he has transferred its «*material ownership*» to another.
This is an extension of the principle that ownership of the material object is distinct form ownership of the copyright in this material.
Under the first-sale doctrine, the copyright owner cannot control the future transfer of a particular copy once its material ownership has been transferred.
The whole point of the first-sale doctrine is that once the copyright owner places the copyright item in the stream of commerce by selling it, he has exhausted his exclusive statutory right to control its distribution.

— *Copyright Misuse,* based on the case «*Napster Inc. v. A&M Record Inc*».
Napster argues that the court should deny summary judgment or stay the matter to allow for further discovery because plaintiffs are engaged in copyright misuse.
Copyright misuse, as a defense to an infringement action, finds its origins in the equitable defense of unclean hands and is similar to the patent law defense of the same name.

— *Audio Home Recording Act of 1992*. The statute states that no action may be brought under this title alleging infringement of copyright based on

the manufacture, importation, or distribution of a digital audio recording device, or an analog recording medium, or based on the noncommercial use by a consumer of such a device or medium for making digital music recordings or analog musical recordings.

3.2.1. *Infringement in the Digital Age*

Many acts of online copyright infringement are initiated by individual Internet users. Copyright owners would find it impractical to identify and sue such individual infringers in large numbers.

Rather than pursue individual infringers, copyright owners have usually preferred to sue online service providers who act as conduits for such infringing activities.

In 1998, the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) made two profound changes to the copyright system.

The first is established in section 1201; it deals with «*anti-circumvention*» provisions.

New types of liability created in this section involve means of getting around (circumventing) digital rights management systems and related technological protection measures.

The section forbids direct circumvention of these measures as well as the sale and manufacture of devices that circumvent these measures. These are radical departures from the regular types of copyright liability, in part because they invoke criminal sanctions and in part because they do not actually require any copyright infringement at all.

The second change included in the Digital Millennium Copyright Act is the creation of limitations on Internet Service Providers' (ISPs) liability including the «*notice-and-take down*» provisions and the safe harbor provisions in section 512 of the Act.

Any transfer of data on the Internet involves potential infringements of the reproduction right and the public distribution right.

Section 512 limits ISPs' liability for infringement of the distribution right to two situations:

— They will be liable where they are performing some function that is not part of the technical infrastructure of the Internet.
— Where they have knowledge the data stored and passing through their system is infringing copyright.

Section 512 limits online service providers' liability for direct, contributory and vicarious copyright infringement.

This limitation is known as «*safe harbor for on-line service providers*».

3.3. International legal environment for Intellectual Property Law

In legal terms, the primary issues involved relate to «*jurisdiction*». Due to the fact that, in the Internet environment, it is not clear which law is applicable and which court can decide.

Jurisdiction settles questions about which particular court or court system will be used as well as the power of a court to take a party to court and render a decision that is binding on that party.

It is a general principle in the physical world that the laws of a particular jurisdiction normally only have effect within the boundaries of that jurisdiction.

The application of this principle to the physical world is comparatively straight-forward; the geographical location of an actor or an object at the relevant time is objectively determinable, and on that basis the application of local law and the appropriate jurisdiction can be decided.

Legal principles concerning jurisdiction on the Internet have emerged through case law, however as Internet technologies have advanced, the development of legal principles has lagged.

In a global environment, the matters at issues, the networks used, and the parties involved are spread across vast distances and many national boundaries.

The geography of the Internet is purely virtual. In operation, it pays no heed to geographical or political boundaries.

Furthermore, the physical location of those parts of the Internet infrastructure via which communication is carried may be purely fortuitous.

The result, in many cases, is that the parties to an Internet transaction are faced with overlapping and often contradictory claims that national law applies to some part of their activities.

Once jurisdiction has been established, a given court determines which legal principles are to be used in each case. Local, regional, state, national or international laws, rules or treaties might be invoked, or the practices of national or international agencies or tribunals might be used.

3.3.1. *Location of Internet transactions*

Private international law or a conflict of laws determines the applicable law and jurisdiction in cross-border transactions; by deciding whether a relevant element of the transaction can be localized in the jurisdiction in question.

The problem with Internet transactions is localizing the relevant element of the transaction.

And here is the fallacy of «*Cyberspace*»; this concept states that the Internet is a new and separate jurisdiction in which the rules and regulations of the physical world do not apply.

According to the «*cyberspace*» concept, Internet activities do not take place anywhere in the physical world, but occur solely in this new place called «*cyberspace*».

But there is a big problem with that concept, constituent elements: humans and corporate actors, computing and communication equipment through which the transaction is done... have a real-world existence and are necessarily located in physical world legal jurisdictions.

Those elements of cyberspace are the key elements that give national jurisdictions a justification for claiming jurisdiction over them, and the application of their laws to an Internet transaction.

Instead of those existing physical elements, there are fundamental difficulties in applying traditional localization principles to a transaction which is carried out via the Internet.

Doing so requires the identification of the physical location where the appropriate element of the transaction occurred, as a consequence of which jurisdiction is awarded to the state in whose territory that place is located, or its law is applied.

The likely result of applying the concept of localization to electronic commerce or Internet transactions is either:

— The applicable law or jurisdiction is potentially that of every country in the world.
— The applicable law or jurisdiction is purely fortuitous, and has no obvious connection with the parties involved or the substantive transaction.

3.3.2. *Contracts, copyright and Internet*

Copyright law gives strong protection to copyright owners while also protecting the interests of the public; but many content providers are not satisfied with this balance.

They have taken to using contract law to impose terms of use upon consumers that exceed the protections that copyright law confers, and to assert rights to works to which they do not hold copyright.

As a result, contract law, which enables over-reaching, is increasingly supplanting copyright law as the basis for protecting creative works.

It is a fact that the world of cyberspace is fully regulated by contract law. If you want to build a website, you will have sign several contracts (Example: one for getting the domain name), or when you buy a package of software, the relationship with the Internet Service Provider (ISP), if you want to download information from Internet, you will have to agree to the click on license...

It is fair to say that the relationship in the world of Internet is fully composed of contracts, which can impose an increasing number of limitations depending on how they are used.

Contracts allow content providers to limit access to works to those who agree to obey by their conditions. Whereas copyright law is limited in duration, contracts are used to give content providers perpetual rights along with other differences.

Contracts play a fundamental role in copyright law, for without them, the production and dissemination of works to the public would be more problematic. Indeed, contracts enable authors to transact with the party who is best suited to commercially exploit their works, as well as to set conditions under which they want to disseminate these to the public.

In application of the principle of freedom of contract, parties are free to negotiate the content of their agreement, so as to best suit their needs and to ensure the most efficient exploitation and dissemination of their work.

In the digital age, private regulations are supplanting public law.

4. ECONOMIC FRAMEWORK

To understand the problem with intellectual property and the Internet, we need some knowledge about the economic framework and what is happening in the market.

To work well, markets need respected and enforced property rights. Without property rights there would be nothing to trade in market settings, because trading fundamentally consists of exchanges of specified rights to things or; rights to use things in certain, highly prescribed, ways.

There are two reasons for property rights:

— They afford people a measure of power over things, and, therefore, a measure of freedom to do as they please.
— The development of the digital sector of the economy depends critically on respect for an enforcement of property rights to what is commonly referred to as «*Intellectual Property*».

Instead of that, Lawrence Lessig and Siva Vaidhyanothan have said that copyright was never meant to give property rights to copyright holders in the same sense that people have rights to, for example, real estate. Copyright holders were given a temporary «*monopoly*» over what they had created for a limited amount of time.

Copyright is a device that has been developed to provide economic incentives for creativity. However this incentive does not need to be unlimited.

We need to use certain rights as an incentive for people to be creative

4.1. Economics of Intellectual Property

In the context of a global marketplace of ideas, it appears as if political boundaries and the sovereignty of the nation-state are disappearing, making it increasingly difficult to closely scrutinize infringement in the many facets of intellectual property.

The demand curve for intellectual property products depends on whether original copies are perfect substitutes or imperfect substitutes.

The cost of copying influences the demand for originals. If the price of the original rises, there is an increase in the number of copies. Also, if the price of the original does not increase, but the cost and ease of copying is very little; there is also an increase in the number of copies.

Piracy makes economic sense when the costs of unauthorized duplication are significantly less than the monopoly pricing for those goods.

As improvements in digital technology and telecommunications lower copying costs, and monopolists resist concomitant price reductions in their products (their reproductions and distribution costs are also declining) copyright violations are likely to increase.

Digital goods[2] can be easily copied. Indeed, every copy that the owner of the digital good produces harbors the potential to be a master, which means that every buyer can become a seller. Moreover, each buyer can reproduce copies at little more, and perhaps less, cost than the owner of the original, and there is nothing stopping the buyers of the pirated copies from becoming pirates themselves.

Digital goods piracy often requires minimum skills and computer sophistication; but a sizable percentage of young people already have this required limited skill set, so they are potential, if not actual, pirates of digital goods.

Even when each pirate produces few copies, the number of copies produced by all pirates can escalate geometrically.

One way of attempting to control piracy is to make it more costly, by utilizing legal enforcement and penalties or through the use of a copy protection scheme that makes duplication more expensive.

The problem with that is that it makes the primary goods more expensive as well. In addition, these costs are a dead-weight loss to network product markets.

Strong or excessive intellectual property rights enforcement can also have serious economic implications for networks due to the question of liability for content distributed over networks.

If networks are involved with enforcement, either as being held liable for distribution of allegedly illegal copies or in terms of having to monitor or provide

[2] Digital asset or virtual asset is really a collection of ones and zeros. It is a digital image and its depiction in a computer graphical form is not «goods» as such.

information on suspected violators, this not only will impose added costs, but will add a considerable risk that can threaten the viability of networks.

Thus copyright enforcement can severely disrupt the efficient functioning of network markets, with little concomitant creation of social benefits.

It is important, however, to maintain some degree of enforceable intellectual property rights, to ensure that creators have the ability to benefit commercially from their work.

Intellectual property products in the form of informational content have become global commodities that challenge the existing legal framework for safeguarding them. National laws are lagging behind their treatment of intellectual property.

It is not longer possible to apply established legal concepts of copyright to computer communications as they have been applied to the print media.

The failure of countries to protect the Intellectual Property rights of other countries' citizens and corporations has to be rectified by an international organization, or several types of losses will be incurred by the originators and might serve as a disincentive to trade Intellectual Property embedded goods.

This involves loss of social welfare because new products will be available in smaller numbers in the future.

An effective copyright system is designed to provide an economic incentive to those who create copyrightable work as well to those who publish and distribute such works. Such a system should benefit the public simultaneously.

It is clear that this information economy generates a conflict of interest between those who exercise the right to know and those who subscribe to the right to protect intellectual property. There are economic costs and benefits related to both of these viewpoints.

It is very important to set up an intellectual property system which guarantees the property over digital goods. When the rights of any goods are not assigned and protected, there is a disincentive to produce them.

Granted, when rights are not protected, some people might buy the goods out of respect for the firm's right to what it produces. At the same time, if people can claim and consume units for goods that are produced without having to pay for the units, then we should expect some unknown number of consumers (at times, perhaps all) to do exactly what they can do, claim and use the good without paying for it.

The firm producing the goods will not be able to charge as much as it could, otherwise, the demand for the goods will be undercut by the number of people who use the goods without paying.

A lower price will mean that the firm could not justify producing as many units as it would produce if it could charge a higher price. This is because the marginal costs of producing units can be expected to rise.

The firm would be reducing its profits by producing and selling units on which the marginal costs is greater than the price, which is suppressed by the

lowered demand that, in turn, is suppressed by the absence of property rights enforcement.

The tactics the studies are using so far may not be the most effective in stopping the activities of online users and could, in fact, be counterproductive.

4.1.1. *Pricing for information goods*

As explained above, the Internet is precipitating a dramatic reduction in the marginal costs of production and distribution of digital information goods, while reducing the transaction costs for their commercial exchange.

These developments are creating the potential to use pricing strategies for information goods based on aggregation and disaggregation[3].

This is because of the ability to cost-effectively aggregate very large numbers of information goods, or, at the other end of the spectrum, offer small components for individual sale. These strategies have implications for information goods that are not common in the world of physical goods.

Aggregation can be a powerful strategy for providers of information goods. It can result in higher profits for sellers as well as socially desirable wider distribution of the goods, but it is less effective when the marginal production costs are high or when consumers are heterogeneous.

Aggregation strategies can take a variety of forms: bundling (aggregation across different goods), site licensing (aggregation across different users) and subscriptions (aggregation over time).

On the other hand, low distribution and transaction costs offered by ubiquitous networking and micro-payment technologies enable the use of disaggregation strategies such as per-use fees, rentals, and sale of small components. Disaggregation strategies enable sellers to maximize their profits by price discriminating when consumers are heterogeneous.

The optimal pricing strategies will often involve mixed aggregation, which is the simultaneous availability of information goods in aggregates of different sizes and compositions as well as individually.

4.2. Media Economy

The media economy is defined as the study of how media firms and industries function across different levels of activity[4] in tandem with other forces

[3] Aggregation and disaggregation of information goods: implications for bundling, site licensing and micro payment systems.

[4] Levels of activity used to describe where activity among media firms and industries actually take place. Example: national level, global level, individual level...

through the use of theories, concepts and principles drawn from macroeconomic and microeconomic perspectives.

The media economy includes: the cable television industry, the satellite industry, the telecommunications industry, the audiovisual industry...

One feature of the evolving media industries[5] is the changing nature of their markets and industries; companies now compete which one another across markets and in different industries in the media economy.

In the evolving media economy, the individual is in charge of his/her own media consumption (what you want, when you want it and how you wish to access it).

This change has disrupted the traditional business model and forced advertisers constantly to re-evaluate their strategies and marketing practices.

The intricacies of the media economy demand new definitions for markets and how we identify market structure. The reality is that media companies are transforming themselves into multi-platform media enterprises distributing content to different reception technologies available to consumers on a 24/7.

Changing audience behavior has faced media companies to distribute content across different platforms.

The objective of firms is to maximize profit; for profits to be maximized, the total cost of producing the selected output of the good must be minimized. Production must be economically efficient. Total costs depend on the number of each factor employed and the price per unit that the firm has to pay.

Online media is the result of cross pollination of communication technologies, offering users enhanced human communication channel functions. The versatility and interactivity of the Internet distinguishes it from other media.

As a communication medium, although the Internet constitutes one underlying communications infrastructure, it also combines within it more than one medium.

Revenue is generated in online media through three streams: service subscriptions, on-line advertising, and pay-per-content.

4.2.1. *Implications for media managers*

Managers should not expect to continue to do business as usual in single network product markets over the long run.

Digital telecommunications are removing market barriers and radically transforming cost structures.

---

[5] Media firms: individual companies or entities that are incorporated through their respective domestic country; and operate for a profit.

Consumer expectations are also changing, as they come to value flexibility and the ability to exert greater control over their consumption of information goods and services.

The mechanics of distribution are increasingly transparent to consumers, whose value is increasingly associated with content rather than format.

Network markets are evolving and the pace of change is likely to only get faster, and the changes more significant. The new market and cost structures will face convergence and competition among a range of network products, complements and substitutes.

Increased competition will also tend to reduce a firm's ability to engage in monopoly pricing and price discrimination.

4.3. The «*Invisible hand*» Does it work with new technology?

The economy is based on free trade, aversion to price controls, freedom of occupation, of domicile, of enterprise... in summary, our economy is based on Adam Smith's theory of the «*invisible hand*».

The question that J. Bradford DeLong and A.Michael Froomkin have raised is, if these implicit underlying assumptions are likely to fit the «*new economy*» of the future.

New technologies might be starting to undermine those basic features of property and exchange that make the «*invisible hand*» a powerful social mechanism for organizing production and distribution.

Bradford and Michael state that the case for the market system has always rested on three implicit pillars; three features of the way that property rights and exchange worked:

— *Excludability:* the ability of sellers to force consumers to become buyers, and thus to pay for whatever goods and services they use.
— *Rivalry:* a structure of costs in which two cannot partake as cheaply as one, in which producing enough for two million people to use will cost at least twice as many of society's resources as producing enough for one million to use.
— *Transparency:* the ability of individuals to see clearly what they need and what is for sale, so that they truly know just what they wish to buy.

All of these pillars suit much of today's economy pretty well, although they are less suited to the telecommunications and information processing industries.

How will they suit tomorrow's economy?

We can see the «*invisible hand*» of the competitive market beginning to work less well in an increasing number of areas.

- *Excludability:* in the information-based sectors, the owners of goods and services will find that they are no longer able to easily and cheaply exclude others from using or enjoying the goods and services.
  Without excludability, the relationship between producer and consumer becomes much more akin to a gift-exchange relationship than a purchase-and-sale one.
  The user sends money to the producer not because it is the only way to gain the power to use the product, but out of gratitude and for the sake of reciprocity.
- *Rivalry:* in the information-based sectors, the use or enjoyment of the information-based service will no longer necessarily involve rivalry. If goods are rivals charging the ultimate consumer the goods' cost of production or the free-market price provides the producer with an ample reward for its effort; but if not, if two can consume as cheaply as one, then charging a per-unit price to users artificially restricts distribution.
- *Transparency:* in many information-based sectors, the purchase of a good will no longer is transparent. The «invisible hand» theory assumes that purchasers know what they want and what they are buying so that they can effectively take advantage of competition and comparison-shop.
  If purchasers need first to figure out what they want and what they are buying, there is no good reason to assume that their willingness to pay corresponds to its true value to them.
  Transparency is at risk because much of the value added in the data-processing and data-communication industries today come from complicated and evolving systems of information provision.

5. TECHNOLOGICAL PROTECTION OF DIGITAL GOODS

It is true that the protection of digital goods is a duty related to intellectual property Laws, and how they work.

But instead of the protection of law, there are other means of digital goods protection, based on technology.

Since it is impossible to sue every copyright infringer because of the cost of such law suits, the dream of entertainment content owners is a device that can stop any possible infringement using a technology-based access or copy control mechanism.

Such a device will always remain a dream because permissible copying cannot possibly be determined by a machine; but copy and access controls can successfully stop some illegal copying and make other copying appear just shady enough so that most people will avoid doing it.

Technical devices against piracy are usually known as systems of identification of the work. Their task is to embed distinguishable digital marks in the work that are capable of identifying it. These marks also reveal the identity of the right holders, the use that is licensed...

One approach that copyright owners have tried is to control unauthorized access to information products through the use of trusted systems.

A trusted system, also known as a digital rights management system **(DRMS)** is a technological device (usually implemented through computer code) that controls access to or use of an accompanying information product.

Such systems prevent a person from making any use of an information product beyond that which the copyright owner has authorized.

DRM is the most promising solution to the problem of managing copyright on digital networks.

A trusted system acts as a self-enforcement mechanism, cutting off access to the information product if the user does something not allowed by the license.

The use of trusted systems provides a much finer degree of control than copyright law, and moves the legal basis of protection in the direction of contracts and licenses.

Without trusted systems, effective enforcement of copyright in the digital medium is nearly impossible.

However, the use of any such device has to be under light control in order for it not to be used to the detriment of the pubic; because using DRM will give private corporations a great deal of power.

Lawrence Lessig argues that «*what copyright seeks to do using the threat of law and the push of norms, trusted systems do through the code. Copyright orders others to respect the rights of the copyright holder before using his property. Trusted systems give access only if rights are respected in the first place*».

Such a system would not require a monolithic system of authority to oversee the production of every device; it would, like the Internet, depend only on shared or translatable protocols, so that a network of networks could function as a system and together ensure that the rules are comprehensive and inviolate.

Using trusted systems allows the author and the publisher to set terms and conditions for use of the work. Using a rights management language, the publisher specifies the time period over which the rights apply. He may assign different fees for different rights; he can determine, and specify each right.

Using a trusted system, these rights are associated with the digital work, either by bundling them together in an encrypted file or by assigning the work a unique digital identifier and by registering the work and its rights in an online database.

The alternative, based on copyright as used for most printed works, is to have a single fee for the purchase of each work, and then general legal standard about how works can be used.

Trusted systems offer the possibility of differential pricing and «*metered use*» in which the amount that someone pays to use software depends on how much they use it.

A set of terms and conditions in trusted systems is much like a contract or license agreement for using a digital work.

The problem of trusted systems is that like any other technology, they are susceptible to circumvention. A piece of computer code designed to prevent unauthorized access to information goods may be defeated by another piece of computer code.

This has led to a sort of technological arms race, in which trusted-system creators and hackers take turns outwitting one another.

One of these methods of copyright protections is the addition of a «*watermark*» the video signal which carries information about sender and receiver of the delivered video. Watermarking enables identification and tracing of different copies of video data.

The watermark is a digital code embedded in the video which typically indicates the copyright owner. If applied to individual copies of the video, it may also be used to indicate the identity of the receiver of each copy. If an illegal copy appears, the embedded watermark can be retrieved from the copy. This allows illegally reproduced copies to be traced back to the receiver from which they originated.

Digital video delivery networks need tools for copyright protection. One such tool is watermarking of video data, because it it makes it possible to identify and trace different copies of a video sequence.

5.1. DRM's effectiveness

It is far from proven that it is possible to build an unbreakable DRM technology and even less clear that it is possible for the various players in the content industries to agree on a standard path.

The fundamental dilemma faced by DRM proponents, is that DRM is designed to protect content, but the ultimate goal is to sell both locked content and players or viewers capable of unlocking it.

With only DRM schemes, a consumer will always end up with both, the problem and the solution in hand; so DRM will not be effective – its purpose is to control digital goods.

6. CHALLENGE FOR LEGISLATION

The examination of legal and regulatory issues indicates that the challenges raised by the Internet are unlikely to be resolved merely by adopting and extending existing legal concepts.

We need to re-think the legal principles and social institutions that enable the market and the information society to coexist and work together in constructive ways.

In the current digital and knowledge economy climate, the circulation, distribution and «*accumulation of knowledge*» have become determinant in the growth of the economy. This also justified the fundamental and catalyzing role of intellectual property rights in the current knowledge economy, since intellectual property laws can directly determine public access to various intellectual resources, the duration of that access and the price for using those resources.

If we ask ourselves why these activities present fundamentally new challenges to the law, we see that challenges arise out of two characteristics which are rarely, if ever, exhibited by traditional physical world activities.

The first one of those characteristics is the digital nature of all Internet activities, and the consequential ability for automated decisions to be made in respect of them. Because existing law and regulation has its basis in physical world activities, it assumes the presence of physical world objects and human decision-making.

In the world of the Internet, however, no physical objects are transferred between parties, and in many cases is it hard to identify a human decision-maker.

A further consequence of digitization and automation is that many Internet activities are widely distributed, both among actors and jurisdictions, thus making it difficult or impossible to apply existing laws to the Internet equivalent of physical world activities.

Second, the characteristic is that the majority of Internet transactions have a real, or potential, cross-border effect.

The cross-border nature of Internet transactions poses two types of challenge to the law:

— National law controls on dealings in information, such as information assets and personal data, become less meaningful and in particular hard to enforce.
— The multiplicity of overlapping applicable laws and jurisdictions can lead to situations where an activity is subject to multiple and contradictory regulation, or to no regulation at all.

To meet these challenges, the global system of laws has to develop new legal concepts and devise techniques for eliminating cross-border conflicts.

Most of the problems arising from global reach occur because: Applicable national laws differ from each other, they are often unenforceable in practice.

If those laws are substantially identical in effect, the most difficult legal problems under the applicable national law differing from each other disappear, leaving only the question of which state has jurisdiction in the particular circumstances.

In the longer term, the Internet and the commercial and non-commercial activities carried out by means of it will impose substantial pressure on national legislators to eradicate the differences between their own laws and those of other countries.

One of the preeminent challenges in the digital age is to address how the cultural bargain of copyright protection should be structured in our new communications environment.

At the same time that copyright law is reaching into new nooks and crannies of the information commons, a powerful force in the opposite direction is gaining momentum. Millions of individuals are learning that the market or copyright are not necessary to create valuable kinds of economic and social value.

Big content industries are not longer necessary, to find an audience for a song or a movie, or to engage in collaborative creativity.

In fact, it would be convenient and cost-efficient to bypass the traditional market gatekeepers entirely.

In the current digital environment, widespread copyright piracy has caused huge economic loss to copyright holders, especially producers of digital copyright products; it has reduced authors' incentives to create new works, but also reduced distributors' and publishers' incentives to make continuous investment in the compilation and distribution of copyright works.

In order to formulate a property copyright policy, it is important to identify major copyright problems. One of the most fundamental issues or problems is widespread copyright piracy; but underlying it, there are many sub-related issues:

— Social resistance problems: such as lack of public support for intellectual property rights enforcement.
— Legislative problems: lack of strong copyright legislation.
— Law enforcement problems: inadequate public / government / administrative support.
— Institutional problems: lack of transparency of court systems, local protectionism and inadequate well-trained legal personnel.
— Economic problems.
— Public interest problems: such as conflict between copyright protection and effective technology transfers, and conflict between strong copyright protection and the public right to access information.

7. CONCLUSIONS

The Internet has brought about very important changes in how cultural goods are distributed, because it has broken the barriers of the physical world.

As the entertainment and information markets have become more complex, intellectual property law has become longer, more specific and harder to understand.

1. First of all, about the *legal issue:*

   Historically, intellectual property law has benefited not the authors of cultural works but its distributors, the modern media industries are dominated by a select few corporations that have consolidated control over the culture market by asserting their intellectual property rights as a way to govern where work comes from and where it goes and to benefit financially from its circulation.

   But those companies are being challenged by a big change in the market, a change that is making them lose control.

   Some countries tried to maintain the «*statu quo*» of the market using intellectual property rights, but in an era of globalization of comunication and trade, any attempt to introduce national intellectual property solutions severely disregard the new reality and lose sight of the precise scope of the problems that are emerging. National solutions can serve only as stopgap solutions.

   Especially in the light of the Internet and other online services, the interests of the authors are necessarily their interests around the globe. However, enforcing intellectual property regulation globally, is extremely challenging because some countries are not willing either to commit resources or to take action to protect these rights.

   When dealing with international intellectual property conflicts and intellectual property rights enforcement problems, the collaborative and practical attitudes of governments in different countries are very important. The issue facing governments and the industry is how to promote a balance among creators, distributors, and users of intellectual property in the digital world.

   Part of the problem is where decisions are made as to which rules are built into technological systems, how they are built and to what ends. In addition, it is an important fact that copyright laws usually become obsolete when technology renders the assumption on which they were based outmoded.

   The author of this paper thinks that international cooperation is needed to set up a harmonized intellectual property system in as many countries

as possible to guarantee the protection of Intellectual Property rights and to eliminate part of the existing legal uncertainty.

2. About technological protection:

   As we have seen, one possible approach to copyright protection is Digital Rights Management (DRM), a scheme that uses technology to identify conditions of use of intellectual property.
   But those systems have to be strictly monitored, because as we have explained in chapter 4 of this paper, if they are not monitored, they will give huge power to the managers of the DRM system, and so the balance that intellectual property rights try to achieve, will not exist.

3. About the media industry's strategy:

   Some recent experiences such as Napster, or peer-to-peer networks; and the persistent unauthorized trade in other information products despite copyright owners' substantial efforts to banish it from the networks, lead us to two propositions:

   — That individuals, and in some cases businesses, are unlikely to conform their behavior to what the courts have declared voluntarily.
   — That efforts by copyright owners to vindicate their rights by taking legal action against infringers are unlikely to reduce unauthorized reproduction and distribution to a level that copyright owners consider acceptable.

   It may be that the best strategy for companies would be to concentrate on developing a business model that provides a satisfactory experience for their customers at a reasonable and fair price.
   Going after people who are engaged in illegal downloading activities seems counterproductive. Not only does it distract from the development of new technologies and services that satisfy the consumer, which should be the companies' foremost concern, but it creates bad publicity for the industry while alienating young people who are the industry´s best hope for future paying customers and who, once alienated, will simply turn to the newest technology that allows them to circumvent the industry's effort.
   This is the reality of a dynamic digital world.
   The industry will have to develop new commercial models that better exploit the changing technologies and ensure fair compensation for creators.
   In fact, nowadays, it seems as if some new business models are appearing in the market, completely changing the current behavior of

> consumers and authors. For example, Kit Dotcom, the creator of «Mega Upload», has recently announced that he is going to create an Internet platforms in which authors could upload their works and sell it, keeping 90% of the profit they make.
> We have to consider that in the market, there are other important players, who operate on the Internet, like Google, Microsoft, yahoo…
> These companies are also making efforts to help intellectual property protection on the Internet, for example, Google has recently announced it would alter its search algorithms to favor websites that offered legitimate copyrighted works.

Intellectual property law is not well suited to the Internet world, and the market is not working as it should. People now have access to works by quickly searching on the Internet, piracy is disseminated all around the world, and nobody can control it.

That's why the author of this paper thinks that the market has to change and new business models are needed.

It is obvious that intellectual property law has to change to suit the new environment, but the law will always lag behind reality, and the Internet reality is always changing, so it would be very difficult to have a law which fits well with reality.

Education is one of the best ways to minimize the impact of copyright violation and abuse of intellectual property.

Educating the public (consumers and copyright holders) to understand the significance of intellectual property rights protection is important to effectively prevent piracy.

8. BIBLIOGRAPHY

Books

— *The Oxford introductions to US Law. Intellectual Property.* Dan Hunter. Oxford University Press 2012.
— *Intellectual Property. Patents, trademarks and copyright in a nutshell.* Arthur R. Miller; Michael H. Davis. Thomson Reuters, West Group 2012.
— *Intellectual Property and the Internet.* Margaret Jane Raplin; John A. Rothchild; Gregory M. Silverman. Thomson (Foundation Press) 2004.
— *Intellectual Property Desk book for the Business Lawyer.* American Bar Association. Section of Business Law. Committee on Intellectual Property.
— *Intellectual Property for the Internet.* Lewis C. Lee; J. Scott Davidson. Wolters Kluver 2010-2.

— *Intellectual Property and information wealth. Issues and Practices in the Digital Age. Volume One Copyright and Related Rights.* Peter K. YU. Praeger Publishers.
— *Industria Audiovisual y mercados digitales.* Miguel Ángel BENZAL. ICADE/ Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y Empresariales núm. 78. Septiembre-Diciembre 2009.
— *The Media Economy.* Alan B. ALBARRÁN. Routledge.
— *Media Economics.* Colin HOSKINS; Stuart MCFADYEN; Adam FINN. Sage Publications.
— *Media Economics. Theory and Practice.* Alison ÁLEXANDER; James OWERS; Rod CARVETH; C. Ann HOLLIFIELD; Albert N. GRECO. Lawrence Erlbaum Associates Publishers.
— *Handbook of Media Management and Economics.* Alan B. ALBARRÁN; Sylvia M. CHAN-OLMSTED; Michael O. WITH. Lawrence Erlbaum Associates Publishers 2006.
— *The Economics of Intellectual Property in a world without frontiers. A study of Computer Software.* Meheroo JUSSWALE. Greenwood press 1992.
— *The Economics of Intellectual Property IV.* Ruth TOWSE; Rudi HOLZHAVER. The International Library of Critical Writings in Economics. An Elgar Reference Collection.
— *Copyright & Fair Use. The Great Image Debate.* Helene E. ROBERTS; Christine L. SUNDT. Gordon and Breach Publishers.
— *Copyright Protection in Video Delivery Networks by Watermarking of Pre-Compressed Video.* Frank HARTUNG; Bernd GIROD. Telecommunications Institute. University of Erlangen-Nuremberg.
— *Internet publishing and beyond. The Economics of Digital Information and Intellectual Property.* Brian KAHIN and Hal R. VARIAN. Harvard Information Infrastructure Project in collaboration with the School of Information Management and Systems at the University of California at Berkeley.
— *Digital Copyright.* Jessica LITMAN. Prometheus Books.
— *Legal Protection of Digital Information.* Lee A. HOLLER. The Bureau of National Affairs Inc.
— *A Practical Guide to Copyright Law in the Digital Age.* David MIRCHIN. Massachusetts Continuing Legal Education (MCLE 2002).
— *Research Handbook on the future of EU Copyright.* Estelle DERCLAYE. Edward Elgar Publishing Limited.
— *Intellectual Property Law and Interactive Media.* Edward LEE LAMOUREUX; Steven L. BARON; Calaire STEWART. Peter Long Publishing Inc.
— *Contracts and Intellectual Property in the information Age.* Ryu KOJIMA. LLM Paper Harvard Law Library.
— *EU Digital Copyright Law and the End-User.* Giuseppe MAZZIOTTI. Springer-Verlag 2008.

— *Internet Law.* Chris REED. Cambridge University Press.
— *The Law of Virtual Works and Internet Social Networks.* Andrew SPARROW. Gower.
— *Copyright and Multimedia Products. A Comparative Analysis.* Irini A. STAMATOUDI. Cambridge University Press.
— *The Intellectual Property Debate. Perspectives from Law, Economics and Political Economy.* Meir PEREZ PUGATCH. Edward Elgar Publishing Limited.
— *Media, Technology and Copyright. Integrating Law and Economics.* Michael A. Einharn.
— *Wired Shut. Copyright and the shape of digital culture.* Tarleton GILLESPIE. The MIT Press (Massachusetts Institute of Technology) 2007.
— *Re-thinking Intellectual Property. The political economy of copyright protection in the digital era*. Dr. YiJun TIAN. Routledge-Cavendish (Taylor&Francis Group).
— *Artists, Technology and the Ownership of creative content.* Norman Lear Center at the USC Annenberg School of Communication.
— *Copy fraud and other Abuses of Intellectual Property Law.* Jason MAZZONE. Standford Law Books.
— *Little Book of Movie Law.* Carol ROBERTSON. American Bar Association.

CASE LAW

— «*Supreme court of "Sony v. Universal*"».
— «*Grosker case*».
— «*Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp*».
— «*Chamberlain Group Inc. v. Skylink Techs Inc*.» (2006).
— «*Lasercom Am Inc. v Reynolds*».
— «*Folsom v. Marsh*».
— «*A&M Records Inc. v. Napster Inc.*».
— «*Kelly v. Arriba Soft Corporation*».
— «*Video Pipeline Inc. v. Buena Vista Home Entertainment Inc.*».
— «*Napster Inc. v. A&M Records Inc.*».

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY
DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT
INTERNATIONAL COOPERATION

The author of this paper thinks that international cooperation is needed to

RESUMEN

PROPIEDAD INTELECTUAL
GESTIÓN DERECHOS DIGITALES
COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El autor de ese estudio entiende que la cooperación internacional es necesaria

set up a harmonized intellectual property system in as many countries as possible to guarantee the protection of Intellectual Property rights and to eliminate part of the existing legal uncertainty. one possible approach to copyright protection is Digital Rights Management (DRM), a scheme that uses technology to identify conditions of use of intellectual property. But those systems have to be strictly monitored, because if they are not monitored, they will give huge power to the managers of the DRM system, and so the balance that intellectual property rights try to achieve, will not exist. That efforts by copyright owners to vindicate their rights by taking legal action against infringers are unlikely to reduce unauthorized reproduction and distribution to a level that copyright owners consider acceptable. It may be that the best strategy for companies would be to concentrate on developing a business model that provides a satisfactory experience for their customers at a reasonable and fair price.

para establecer un sistema armonizado de propiedad intelectual en el mayor número de países posible, para garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual y para eliminar parte de la actual inseguridad jurídica. Una posible solución para proteger los derechos de propiedad intelectual es el sistema de «Gestión de Derechos Digitales» (Digital Rights Management – DRM), que usa la tecnología para identificar las condiciones de uso de cada obra. Pero esos sistemas tienen que ser controlados estrictamente, porque si no están controlados, pueden dar un gran poder a los gestores del sistema DRM, y por lo tanto el equilibrio que los derechos de propiedad intelectual tratan de conseguir, no existiría. Los esfuerzos de los propietarios de derechos de propiedad intelectual, relativos a la reivindicación de sus derechos por la vía de las acciones legales contra los infractores, no están consiguiendo el objetivo de reducir la reproducción y distribución no autorizada hasta un nivel que consideren aceptable. Puede que la mejor estrategia para las compañías sea concentrarse en desarrollar un modelo de negocio que proporcione una experiencia satisfactoria para los consumidores a un precio justo y razonable.

(Trabajo recibido el 26-11-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)

DERECHO COMPARADO

Eficacia y oponibilidad de la cesión de créditos: nuevas normas y propuestas, nacionales e internacionales

por

M.ª EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA REFORMA DEL «MODELO» FRANCÉS:
   2.1. La tradicional regulación francesa.
   2.2. El proyecto de reforma del artículo 1690 del *Code*.
3. NORMAS INTERNACIONALES UNIFICADORAS:
   3.1. El anteproyecto de la Academia de Pavía.
   3.2. Los Principios de Derecho Contractual Europeo.
   3.3. El borrador de Marco Común de Referencia.
   3.4. La Convención de UNCITRAL sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.
   3.5. Los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.
4. DERECHO ESPAÑOL: NORMAS GENERALES Y ESPECIALES SOBRE CESIÓN DE CRÉDITOS. TENDENCIAS Y PROBLEMAS:
   4.1. La interpretación doctrinal de los artículos 1526 y 1527 del Código Civil y la reforma de los Códigos Civil y de Comercio.
   4.2. Cesión de créditos hipotecarios.
   4.3. Prenda de créditos.
   4.4. Cesión de créditos futuros y *factoring*.

1. INTRODUCCIÓN

Al tratar el tema de los efectos de la cesión de créditos, suele distinguirse entre la eficacia de la cesión entre las partes (cedente y cesionario) y la eficacia frente a terceros propiamente dicha (entre los que se incluye al deudor cedido). Y en el ámbito de los terceros es habitual aludir, además de al deudor cedido, como se ha dicho, a los cesionarios sucesivos y a los acreedores, bien del cedente, bien del cesionario (aunque no siempre se toma en consideración la posición de todos ellos). Ahora bien, después de trazarse esta distinción entre posibles afectados por el negocio de cesión, no siempre se extraen las debidas consecuencias de ella. Suele ocurrir que se separan los requisitos necesarios para que tenga lugar el efecto transmisivo entre las partes (cedente y cesionario) de los presupuestos precisos para que la transmisión pueda afectar a los terceros, incluyendo a todos los terceros en un mismo apartado, excepto al deudor cedido, respecto del que se hacen consideraciones particulares. Mas, si bien es cierto que todos son terceros en relación con el contrato de cesión, no pueden recibir el mismo tratamiento, no ya el deudor cedido, sino tampoco los terceros que son acreedores (ya del cedente, ya del cesionario) o los terceros que son subadquirentes del crédito. Así como para unos debe ser determinante la fecha de la cesión, para otros puede plantearse el juego de la publicidad registral. Y para todos ellos ha de tenerse en cuenta el sistema de transmisión de la propiedad, que habría de aplicarse tanto en las relaciones entre cedente y cesionario, como respecto de los terceros: una vez comprobado si las reglas generales para la producción del efecto traslativo se cumplen en la cesión de créditos y determinado cuándo se produce dicho efecto, cuestión diferente es como afecta la transmisión producida a los terceros.

Por otra parte, en orden a la oponibilidad de la cesión de créditos también es lugar común afirmar que hay tres sistemas: el del momento de la cesión, el de la notificación al deudor cedido, y el de la inscripción registral. Incluso se ha postulado que el criterio no debe ser único, sino que, diferenciando entre la eficacia *inter partes* y la eficacia frente a terceros, procede la aplicación de uno u otro o una combinación de varios. Frente a esta tesis, se analizará si cabe mantener un sistema único para la eficacia de la cesión entre las partes y frente a todos, de manera que, entendiendo producida la transmisión del crédito en determinado momento, el cambio de titularidad afecte a todos, sin perjuicio de que entre los terceros, y a efectos del otorgamiento de determinada protección, no deba confundirse el tratamiento del deudor cedido con el de los acreedores de cedente o cesionario, o el de estos con los cesionarios sucesivos.

Siendo una operación de extraordinaria importancia en el ámbito financiero, la cesión de créditos ha sido objeto de nueva regulación tanto en textos de carácter nacional (así, en las propuestas de reforma de los Códigos, españoles y francés, y en leyes especiales españolas), como en textos de ámbito internacional que pretenden armonizar la disciplina sobre el tema. Pero llama la atención que,

aunque algunos superan varios de los inconvenientes tradicionalmente puestos de manifiesto por la doctrina, otros originan nuevas controversias, dejando también algunos abiertas ciertas cuestiones u ofreciendo soluciones contradictorias, como se irá explicando a lo largo de este trabajo. Todas estas nuevas disciplinas persiguen varios objetivos, como son el de la celeridad y rapidez en la circulación de los créditos, junto con la seguridad de la operación y el no empeoramiento de la situación del deudor; cómo y en qué medida se consiguen estos propósitos es lo que se analizará en estas páginas, tomando como punto de partida ciertos principios ineludibles en aras de la coherencia de cada sistema. Esos principios básicos quedarán sometidos, sin embargo, a ciertas matizaciones cuando la finalidad de la operación de cesión de créditos lo requiera, pues el efecto traslativo pleno no se produce en ciertos casos (como el de la cesión en garantía), o cuando el crédito cedido tenga características particulares, como cuando se trata de un crédito hipotecario o un crédito futuro.

2. LA REFORMA DEL «MODELO» FRANCÉS

2.1. La tradicional regulación francesa

De todos es conocido que el artículo 1690 del Código Civil francés ha sido referente inexcusable en cualquier aproximación a la cesión de créditos[1]. La exigencia de notificación para la eficacia frente a terceros de la cesión, contenida en dicha norma, se ha considerado de tal importancia que la regulación francesa ha constituido un modelo que se ha contrapuesto al germánico, que prescinde de aquella exigencia[2]. La necesidad de notificación ha sido analizada desde

[1] Para una investigación histórica acerca de la formación de las normas del *Code*, Gavidia, «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, IV, págs. 1093-1188.

[2] Al modelo francés, seguido en Italia, se ha contrapuesto el modelo germánico, en el que el sistema alemán ha encontrado reflejo en el austriaco y en el suizo. Del detenido estudio de Gavidia, «Sistemas germánicos de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, I, págs. 53 y sigs.; en particular, págs. 101-113) sobre la regulación alemana anterior a la reforma de 2002, pero que se ha mantenido tras esta, podemos destacar las notas que aquí interesan en un esfuerzo de síntesis: la producción del efecto traslativo en la cesión de créditos depende del convenio de cesión, entendido como un acuerdo de voluntades abstracto que no requiere forma específica, sin que sean necesarios actos posteriores, como la entrega del crédito o la notificación de la cesión al deudor. Las obligaciones que se imponen al cedente, como entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito y expedir un documento que acredite la cesión, a requerimiento de aquel, no son condiciones de eficacia de la transmisión, sino tan solo un efecto del contrato, cuya finalidad es facilitar al cesionario la prueba de su adquisición para reclamar el pago al deudor y para enajenar el crédito. Que tampoco sea necesaria la notificación de la cesión al deudor para que se produzca la transmisión es la nota más conocida del sistema alemán codificado frente al francés; desde el primer momento se impuso el parecer de quienes excluyeron la notificación al deudor como requisito

dos perspectivas íntimamente relacionadas, como son la de la oponibilidad del cambio de titularidad del crédito y el sistema de transmisión de la propiedad, en relación con la *traditio*. Ahora, propuesta la reforma del *Code* en materia de cesión de créditos, conviene analizar los problemas originados por la regulación vigente, la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la misma, y, sobre todo, la normativa que se propone.

El Código Civil francés dispone en el artículo 1689 que la cesión del crédito se opera entre cedente y cesionario desde la entrega del título. Pero según el artículo 1690 el cesionario solo estará vinculado con los terceros mediante la notificación judicial de la transmisión hecha al deudor; a lo que añade el párrafo segundo que, no obstante, el cesionario podrá estar igualmente vinculado por la aceptación de la transmisión hecha por el deudor en escritura pública. Al deudor cedido se refiere el artículo 1691, estableciendo que si paga al cedente antes de que este o el cesionario le notifiquen judicialmente la transmisión, queda válidamente liberado [3].

---

de eficacia. No obstante, ello no significa que no tenga relevancia, pues, aunque no afecta al sistema traslativo, sí es uno de los medios de protección al deudor. Como el acto de cesión tiene eficacia traslativa sin necesidad de otro acto posterior (entrega o notificación), tras la cesión ya no es el cedente sino el cesionario el titular del crédito y, por tanto: es el cesionario quien puede exigir el pago al deudor o negociar sobre el crédito, son los acreedores del cesionario quienes pueden embargar el crédito y es el cesionario cuya cesión fue la primera eficaz según la fecha el que prevalece en casos de doble cesión. En fin, la abstracción del negocio de disposición y la eliminación de la entrega o la notificación como requisitos del efecto traslativo, favorecen claramente la circulación de los créditos, haciéndola lo más amplia, rápida y segura posible. No obstante, el sistema alemán, tan favorable a las exigencias del tráfico, no implica una total desconsideración del deudor, cuyo interés también se tiene en cuenta: no para regular la producción del efecto traslativo, pero sí para decidir cuándo le es oponible la cesión, estableciéndose un conjunto de reglas de protección del deudor.

En concreto, en el Código Civil alemán vigente se regula la cesión de créditos en los § 398 a 413. De este régimen nos interesa destacar, también resumidamente, las siguientes reglas: básicamente lo que se dispone es que el acreedor puede transmitir el crédito mediante un contrato y con la conclusión del mismo el nuevo acreedor se subroga en el lugar del acreedor precedente (§ 398). El nuevo acreedor debe aceptar la prestación que el deudor realice al acreedor precedente después de la cesión (así como los negocios entre estos sobre el crédito cedido posteriores a la cesión), a no ser que el deudor conociera la cesión en el momento de la prestación (o de la celebración del negocio) (§ 407). En caso de cesión múltiple, esto es, si el acreedor precedente cede de nuevo a un tercero el crédito ya cedido, se aplican por analogía las normas del § 407 en favor del deudor frente al adquirente anterior, si el deudor paga al tercero (o si entre estos se celebra un negocio jurídico) (§ 408). Y se termina disponiendo que el deudor solo está obligado a pagar al nuevo acreedor contra presentación del documento de la cesión expedido por el acreedor precedente (§ 410). Por tanto, a la regla de transmisión del crédito en virtud del contrato se añaden dos relativas al deudor: una, la de la liberación del deudor que paga al cedente mientras no conozca la cesión (que se aplica también en caso de cesiones sucesivas, por analogía), y otra, la de la vinculación del deudor con el cesionario solo contra la presentación del documento de cesión.

[3] Una comparación de las regulaciones alemana y francesa en cuanto a los efectos de la cesión respecto de terceros diferentes del deudor cedido, ofrece Cashin-Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et comerciales franco-allemandes*, París, 2001, págs. 459-533.

A propósito de estas normas señalaba Pantaleón que para la generalidad de los autores franceses la entrega del título no es requisito necesario para que se entienda producida la transmisión del crédito entre cedente y cesionario, lo que sucede por efecto del mero consentimiento. Sin embargo, el artículo 1690 hace depender la titularidad del crédito por parte del cesionario, tanto en relación con el deudor como con los terceros, de la notificación mediante agente judicial al deudor cedido o de la aceptación por este en acto auténtico. Ante esta norma, los juristas franceses, explica el autor citado, sostenían que el contrato de cesión tiene eficacia traslativa inmediata de acuerdo con las reglas generales entre cedente y cesionario, pero frente al deudor cedido y otros terceros la cesión solo es eficaz desde el momento de la notificación judicial o de la aceptación por el deudor en acto auténtico[4]. Y como resulta sumamente incongruente, explica Pantaleón, afirmar la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario y, a la vez, negar tal eficacia respecto del deudor cedido, a la vista del artículo 1690 habría que concluir que, salvo anterior aceptación de la cesión por parte del deudor cedido, el momento traslativo del crédito es el de la notificación de la cesión al deudor; por tanto, habría que atribuir a dicha notificación el papel de requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, solución esta rechazable incluso para la doctrina francesa. Ahora bien, independientemente de dicha conclusión y ante lo inconsecuente de la postura descrita, termina el autor citado, también algunos autores franceses postularon la eficacia inmediata de la cesión de créditos frente al deudor, respecto del cual las formalidades del artículo 1690 no serían otra

[4] Gavidia, «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993, págs. 1395-1434, señala que el sistema del Código Civil italiano de 1865 era fiel reflejo del francés y, por tanto, también para él se realizaba la distinción entre transmisión *inter partes* y en relación a terceros, resultando poco acorde con el principio consensualista (regla general establecida en el art. 1376) de la adquisición del crédito por el cesionario con la perfección del título de cesión, pues era decisiva la notificación al cedido o la aceptación de este. Dicha distinción sufre, sin embargo, alteraciones en el Código italiano de 1942, pues la relación cedente-cesionario queda básicamente como antes (adquisición del crédito con la perfección del título), pero en cuanto a los terceros habría que diferenciar, explica el autor citado. En cuanto al deudor, del artículo 1264. 2 se deduce una clara aproximación a las consecuencias propias del principio consensualista, al reconocer relevancia al conocimiento que de la cesión no notificada ni aceptada tuviera el deudor (no se libera si el cesionario prueba que conocía la cesión, aun no notificada ni aceptada de acuerdo con el apartado 1 del art. 1264, cuando pagó al cedente), con lo que el sistema italiano se separa del francés y se acerca al germánico. Esto, que favorece al cesionario y a la más rápida circulación de los créditos, parece altamente censurable a Gavidia, en cuanto supone desprotección del deudor. Y en cuanto a otros terceros, como acreedores del cedente y otros cesionarios, el artículo 1265 mantiene el criterio francés porque la prevalencia se decide por la notificación o aceptación con fecha cierta, lo que, sigue el autor mencionado, refuerza la seguridad de los acreedores (no les perjudica una cesión no notificada ni aceptada), pero hace insegura la adquisición del primer cesionario (pues no la consolida si otra cesión se notifica o acepta antes).

cosa que medios para que la cesión llegue a su conocimiento con el fin de que no pueda ya alegar que pagó de buena fe al cedente[5].

GAVIDIA mantenía que el sistema de cesión de créditos no debe coincidir necesariamente con el sistema de transmisión de derechos reales[6]. Así, decía, en el Code no coinciden: el de derechos reales es consensualista, mientras que el de créditos sigue requiriendo, como ya sucediera antes del Code, la notificación o la aceptación de la cesión por el deudor, conforme al artículo 1690[7]. No obstante, el significado de esta exigencia de notificación originó diversas interpretaciones doctrinales que, según GAVIDIA, no eran incompatibles entre sí y que tenían mucho de acertadas, si bien se diferenciaban porque unas insistían en unos puntos más que en otros; así, la necesidad de notificación o aceptación se explicó como *traditio* o modo, como requisito de publicidad de la cesión, o como medida de protección del deudor[8]. Este mismo replanteamiento del sistema transmisivo habrá de reproducirse para el ordenamiento español, si bien en sentido inverso, puesto que a partir de la teoría del título y el modo como sistema general para la transmisión del dominio, habrá que analizar si se mantiene también para los cambios de titularidad del crédito.

Hoy puede leerse también en la doctrina francesa que la transmisión del crédito se produce por el mero consentimiento: se trata de un sistema transmisivo consensual[9]. Ahora bien, este efecto traslativo inmediato se limita por algunos

---

[5] PANTALEÓN, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, IV, págs. 1060-1063.

[6] GAVIDIA, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993, pág. 206.

[7] ANDERSON, «La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1257-1258, explica que la interpretación del artículo 1690 venía marcada por una doble tensión: por un lado, esta norma era reflejo de la teoría del título y el modo, en la que se asentaba el Derecho francés anterior, y de la atribución del valor de *traditio* a la notificación; por otro, la recién estrenada regla del sistema traslativo francés (transmisión *solo consensu*), que exigía una explicación coherente con la misma. La doctrina francesa decimonónica salvó esta dificultad mediante la distinción entre eficacia entre las partes (el cesionario adquiere la titularidad del crédito frente al cedente por el solo consentimiento) y eficacia frente a terceros, incluido el deudor (la adquisición de la titularidad por el cesionario no se produce hasta la notificación de la cesión al deudor o hasta que este haya aceptado en documento auténtico). No obstante, señala también ANDERSON en nota a pie como se refleja en las explicaciones de los comentaristas del Código francés lo paradójico de distinguir diferentes momentos de transmisión del crédito, según a quien se oponga la cesión.

Añade la autora que no todos los comentaristas franceses decimonónicos abandonaron del todo las concepciones del *ancien droit*, requiriendo una toma de posesión por parte del adquirente, no bastando el mero consentimiento para la transmisión de bienes muebles, lo que se traducía en materia de cesión de créditos en equiparar la notificación a la toma de posesión.

[8] GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, II, págs. 485-552.

[9] CASHIN-RITAINE, *ob. cit.,* pág. 311; FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, París, 2004, pág. 240; GHESTIN - BILLIAU - LOI-

autores a las partes, cedente y cesionario, pues la vinculación cedido-cesionario (a efectos del pago del primero o de la reclamación por el segundo), así como la salida del cedente de la relación obligatoria (esto es, la pérdida de su condición de titular del crédito, tanto en relación con sus acreedores, como respecto de cesionarios sucesivos), se sigue aplazando al cumplimiento de la exigencia de notificación o aceptación del deudor[10]. Esto conduciría a mantener en la actualidad las dudas sobre el sistema traslativo francés de cesión de créditos, a pesar de adoptarse el sistema *solo consensu* como premisa.

No obstante, las formalidades previstas en el artículo 1690, notificación o aceptación, se interpretan por algunos como requisitos de publicidad, en orden a la oponibilidad de la cesión a los terceros[11]. Ahora bien, esta interpretación no

---

seau, *Traité de Droit Civil. Le régime des créances et des dettes*, París, 2005, págs. 349-350; Terré - Simler - Lequette, *Droit civil. Les obligations*, París, 2009, pág. 957; Bénavent, *Droit civil. Les obligations*, París, 2010, pág. 520; Malaurie - Aynés - Stoffel - Munck, *Les obligations*, París, 2011, págs. 763 y 764.

[10] Según Flour - Aubert - Flour - Savaux, *ob. cit*., págs. 240-241, 244-245, con anterioridad a la notificación, la cesión produce efecto entre cedente y cesionario, pero no frente al cedido. Este sigue siendo deudor del cedente y no tiene ninguna obligación con el cesionario, que solo se convertirá en acreedor por la notificación o aceptación de la cesión. La jurisprudencia extrae las consecuencias normales del artículo 1690: admite que con anterioridad al cumplimiento de los requisitos de publicidad del artículo 1690 el deudor no puede negar el pago al cedente. No obstante, también hay sentencias contradictorias, que admiten el pago al cesionario y las reclamaciones de este, lo que es denunciado por la doctrina. Sin embargo, esta jurisprudencia presenta menos inconvenientes de lo que parece: el pago del cedido al cesionario podría ser considerado como una aceptación tácita y las reclamaciones del cesionario como un equivalente de la notificación.

La cesión es inoponible a los acreedores del cedente, siguen los autores mencionados, hasta el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1690. Si el embargo ha sido practicado por los acreedores del cedente antes de dicho cumplimiento, la atribución del crédito al acreedor embargante es plenamente oponible al cesionario, que no será pagado sino sobre el sobrante, si es el caso. Si la cesión se hubiera hecho pública con anterioridad al embargo, es oponible al acreedor embargante, no estando el crédito disponible para el deudor-cedente.

Bénavent, *ob. cit.*, págs. 521-522, explica: antes de la notificación judicial, el deudor continúa vinculado únicamente con su acreedor inicial, al que puede y debe pagar (sin embargo, esta regla resulta atemperada por la idea de fraude: si el deudor conoce la cesión, participaría en un fraude si paga al acreedor inicial). Respecto al cesionario, en cuanto no ha sido investido oficialmente del crédito todavía, no podría reclamar el pago al deudor (también esta regla resulta atemperada por la jurisprudencia: el cesionario no solo puede adoptar medidas conservativas de su derecho, sino también demandar el pago al deudor si ello no perjudica a terceros. Después de la notificación judicial es cuando el cedente sale de la relación obligatoria y ya no podrá reclamar el pago ni tendrá ningún derecho.

En cuanto a los terceros, termina el autor citado, hay que distinguir dos categorías: *a)* para los terceros interesados en que el cedente sea todavía acreedor, la notificación es una medida decisiva: mientras no haya sido efectuada, pueden considerar titular del crédito al cedente (así, los acreedores del cedente, que podrán embargar el crédito, o el segundo cesionario, que adquirirá si notifica antes que el primero); *b)* para los acreedores del cesionario, la notificación no tiene la misma importancia: podrán embargar el crédito antes de la notificación porque no puede el cesionario poner al abrigo el crédito que ha adquirido absteniéndose de notificar.

[11] Flour - Aubert - Flour - Savaux, *ob. cit*., págs. 232, 239.

clarifica nada desde el momento en que se consideran necesarios los requisitos de publicidad del artículo 1690, no ya en relación con los efectos liberatorios del pago por el cedido de buena fe, admitiendo la eficacia de la cesión frente al mismo conforme al principio consensualista, sino, como se sigue haciendo, para entender que el cesionario no es acreedor del cedido hasta que se produzcan la notificación o la aceptación[12]. Destaca, por eso, la explicación de AYNÉS sobre el significado de la notificación al deudor cedido, por cuanto presupone que la cesión es eficaz frente a este, puesto que puede hacerla valer si la conoce y le interesa, aunque también pueda alegar su protección por desconocimiento si es esto lo que le conviene; así, sostiene AYNÉS: las formalidades del artículo 1690 son formalidades de publicidad destinadas a solucionar un conflicto entre los causahabientes del cedente, respecto de los cuales son sustanciales. Pero en relación con el deudor cedido su papel es diferente. La Corte de Casación ha definido los terceros que pueden prevalerse de la falta de cumplimiento de dichas formalidades: «los que, no habiendo sido parte en el acto de cesión, tienen interés en que el cedente sea todavía acreedor». Este interés no es igual para el deudor cedido que para los otros terceros, señala el autor citado. Al deudor cedido puede interesar que el cedente sea acreedor todavía cuando esa situación produce su liberación: pagó al cedente, o devino acreedor del cedente y puede oponerle la compensación, o el cedente perdonó o disminuyó la deuda; en esos casos interesa al deudor ignorar la cesión realizada. En los demás casos poco le importa que haya cambiado la identidad de su acreedor, e incluso la cesión puede resultarle ventajosa, por ejemplo si deviene acreedor del cesionario: debería poder invocar una cesión de la que tiene conocimiento, incluso si las formalidades del artículo 1690 no se han cumplido. Al cedido interesa conocer la identidad de su acreedor si quiere realizar respecto del mismo un acto que implique su liberación. Por tanto, el principio es que puede legítimamente considerar al cedente como su acreedor en tanto que no haya sido advertido por el cesionario del cambio de acreedor. El simple conocimiento de la cesión, adquirido de forma distinta a la advertencia del cesionario, no debería bastar para hacerle oponible el cambio de acreedor[13].

La doctrina francesa también critica las severas formalidades requeridas por el Código, por cuanto conducen a hacer de la cesión de créditos un mecanismo pesado[14]. La jurisprudencia, por su parte, ha atenuado el formalismo del artículo 1690, admitiendo equivalentes de la notificación y de la aceptación en

---

[12] TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, *ob. cit.*, págs. 950, 953-955.

[13] AYNÉS, «Cession de contract, cession de créanse: rôle de la signification au débiteur cedé», en *Recueil Dalloz,* 2009, núm. 12, pág. 844.

[14] Sobre el significado de la notificación, la aceptación, el conocimiento y la entrega en el artículo 1690, y su correspondiente juego en relación con el deudor y otros terceros, GHESTIN - BILLIAU - LOISEAU, *ob. cit*., págs. 347-362.

documento público[15]. Se ha señalado que estas decisiones son aparentemente contrarias a otra línea jurisprudencial según la cual hasta el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 1690, el deudor cedido no puede hacer valer la cesión, ni es oponible frente a él. Pero esta aparente contradicción se soluciona por algunos autores mediante una tesis que, como la de AYNÉS anteriormente descrita, no descarta la eficacia inmediata de la cesión también frente al cedido, sin olvidar las reglas de protección del mismo. Todo se explica, dicen, por las dos cualidades que puede tener el deudor cedido: cuando se trata de saber si queda liberado por el pago al cedente o al cesionario, solo cuenta su buena fe, es decir, el conocimiento que pueda tener de la cesión, incluso si las formalidades del artículo 1690 no han sido cumplidas. Basta con aplicar las normas sobre los efectos liberatorios del pago hecho de buena fe. Así se entiende que el cesionario pueda reclamar el pago, haciendo conocer su cualidad de esta manera. Cuando, por el contrario, el interés del deudor es que el cedente siga siendo su acreedor, porque, mientras, él mismo adquirió un crédito compensable contra el cedente, debe ser tratado como un verdadero tercero al que es inoponible la cesión. Todo ello, naturalmente, con la salvedad de que el deudor hubiera conocido la cesión cuando trató con el cedente, del cual podía sospechar la ausencia de la cualidad de acreedor[16].

2.2. EL PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 1690 DEL CODE

La reforma del Código Civil francés de 1804 perseguía la confrontación del mismo con los Principios europeos de Derecho de los contratos elaborados por la Comisión Lando, con la finalidad de modernizarlo, renovándolo sin destruirlo. Pero CABANILLAS ha señalado que el resultado no coincide con dichos Principios, con los que existen más divergencias que convergencias, así como tampoco con otros textos unificadores, como la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT, el proyecto de la Academia de iusprivatistas de Pavía, etc., puesto que ha prevalecido la tradición nacional, si bien incorporando soluciones doctrinales y jurisprudenciales[17].

Por lo que a la cesión de créditos se refiere, el anteproyecto de reforma del Código francés contiene una regulación bastante más compleja. Para empezar, el artículo 1253 prescribe la forma escrita de la cesión, con sanción de nulidad, sin perjuicio de los casos en que la forma auténtica es exigida. Y a continuación

---

[15] CASHIN-RITAINE, *ob. cit*., pág. 408; FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX, *ob. cit*., pág. 233.

[16] MALAURIE - AYNÉS - STOFFEL - MUNCK, *ob. cit*., págs. 764-766.

[17] CABANILLAS, «El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, II, págs. 621-627, 631-633.

distingue el artículo 1254, estableciendo normas separadas, la oponibilidad de la cesión de créditos a los terceros y a los cesionarios sucesivos, por un lado, y la oponibilidad de la transmisión al deudor, por otro. Comienza, así, el artículo 1254 disponiendo que el establecimiento del acto transmisivo (venta, donación u otro título particular, según el art. 1251) basta, por sí mismo, para operar la transmisión del crédito, y desde ese momento esta se considera hecha respecto de terceros y les es oponible sin formalidad; si los terceros discuten la fecha de la cesión, la prueba de su exactitud incumbe al cesionario, que puede llevarla a cabo por todos los medios (apartado inicial); finalmente, el conflicto entre cesionarios sucesivos de un mismo crédito se resuelve a favor del primero en la fecha, cuya prueba se lleva a cabo por todos los medios (apartado tercero). Sin embargo, la cesión de créditos solo es oponible al deudor por la notificación hecha, en papel o en forma electrónica, por el cedente o por el cesionario (apartado segundo).

Por tanto, así como el Código vigente supedita a la notificación de la cesión tanto la eficacia de esta respecto de terceros como la liberación del deudor cedido, el anteproyecto de reforma prescinde de tal notificación con relación a los terceros, para los que solo es relevante la fecha de la transmisión por venta o donación (igual que para los cesionarios sucesivos), aunque mantiene la exigencia de notificación respecto del deudor cedido. Con ello, se ha dicho, se trata de asegurar los derechos del primer cesionario, mientras que se mantiene una protección eficaz del deudor cedido.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto, SYNVET explica que en un Código Civil renovado debe existir un lugar para organizar de manera más homogénea el comercio jurídico de los créditos, aludiendo al régimen de las cuatro operaciones reguladas en el Código (subrogación, novación, delegación y cesión de créditos), de carácter obsoleto o marcado por su imprecisión. La circulación de los créditos constituye una parte no insignificante de la economía moderna, sigue, y los profesionales del dinero y del crédito tienen una necesidad imperativa de eficacia, seguridad y rapidez. Desde esta perspectiva, los textos del Código Civil presentan preocupantes insuficiencias y, afirma SYNVET, si se desea que el Código Civil no se convierta en un repertorio antiguo, sino que constituya la base legal del comercio jurídico en materia de créditos, es preciso proponer una renovación profunda de las soluciones. Eso es lo que se ha hecho en el proyecto. Una de las novedades es el abandono del «célebre artículo 1690» (así lo califica SYNVET): la exigencia de notificación constituye una formalidad pesada y, a menudo, desalentadora; el sistema propuesto es profundamente diferente. Así, reposa sobre una norma de forma y una distinción. Tanto en las relaciones entre partes como respecto de terceros, la transmisión del crédito se considera realizada desde la conclusión del acto (art. 1254); las formalidades a fin de oponibilidad desaparecen y una norma probatoria, relativa a la fecha del acto (art. 1254. 2), permite conjurar el riesgo de antifecha. En cambio, tratándose

de la oponibilidad de la cesión al deudor cedido, una notificación escrita (pero sin intervención necesaria de un oficial público) es exigida: es preciso que el deudor sepa, sin ambigüedad, a quien debe pagar[18].

Algunos autores franceses han visto en esta regulación una nueva disociación en la transmisión de la propiedad del crédito, puesto que el sistema sería distinto en función de a quién se quiera hacer oponible: las partes del contrato y los terceros distintos del deudor (acreedores del cedente y cesionarios sucesivos), por un lado, y el deudor cedido, por otro. Y esta nueva disociación se ha explicado por la protección que permite dispensar al primer cesionario y al deudor cedido. Así, se considera protegido al primer cesionario contra derechos concurrentes desde el acto de la cesión, en la medida en que es este acto el que hace oponible a los terceros la transmisión del crédito. Y en cuanto al deudor, sus intereses quedan salvaguardados porque solo la notificación le hace oponible la cesión[19].

A pesar de la aproximación al sistema germánico que supone, y a pesar también de que se halla en la línea de la doctrina y de la jurisprudencia que flexibilizan las exigencias del artículo 1690, el anteproyecto de reforma de este artículo no ha estado exento de críticas, que se centran en el periodo intermedio entre la cesión y la notificación.

PETIT analiza si con la regulación del anteproyecto se logra en la cesión de créditos la seguridad que se fijaba como uno de los objetivos de la reforma. Y concluye que dicha seguridad es difícilmente compatible con la regla *prior tempore potior iure* que se establece para solucionar los conflictos entre sucesivos cesionarios de un mismo crédito; el sistema de oponibilidad inmediata de la cesión origina un riesgo de aumento de los conflictos en caso doble cesión del crédito, que podría salvarse organizando un sistema de publicidad de la cesión que impusiera al deudor cedido una obligación de información de las cesiones de las que tuviera conocimiento. Por otra parte, no aborda el anteproyecto, dice, la cuestión de los medios del primer cesionario que no puede reclamar el pago al cedido porque este ya pagó de buena fe a un segundo cesionario, acreedor aparente. Y, finalmente, respecto del deudor cedido, si la cesión le es oponible solo desde la notificación, no tendría que respetar esta durante el periodo que media entre la cesión misma y su notificación; por tanto, resulta que una novación, una remisión de la deuda, una prórroga del plazo, etc, acordada con el cedente con posterioridad a la cesión pero antes de la notificación, constituirían excepciones oponibles al cesionario. La regla sobre inoponibilidad de la cesión al cedido hasta la notificación se justifica para la protección del mismo, ya que ha de poder liberarse pagando al cedente mientras ignore la cesión; pero refuerza considerablemente la posición del cedido y crea grandes riesgos para el

---

[18] CABANILLAS, *ob. cit.*, págs. 710-712.

[19] EMY, «A propos de l'opposabilité d'une cessión de créance. Reflexions sur l'avant projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2008, III, pág. 2890.

cesionario, que puede ver desaparecer el crédito cedido por las maniobras de un deudor cedido deshonesto. La solución, que debe conseguir el equilibrio entre los intereses del cedente y del cedido, termina PETIT, pasa por cierta reforma del anteproyecto: mantener la regla sobre oponibilidad inmediata de la cesión a los terceros, incluido el deudor cedido, que debe respetarla, quedando fijada la extensión del crédito desde el establecimiento del escrito de cesión; pero admitir el pago liberatorio por el deudor a aquel que piensa que es su acreedor, en tanto no haya sido advertido de la cesión[20].

A juicio de EMY, la disociación de campos de oponibilidad derivada de la regulación propuesta conlleva automáticamente considerables dificultades de orden teórico y práctico, que podrían justificar el mantenimiento de la solución actual: una fecha de oponibilidad de la cesión común a los terceros y al deudor cedido[21]. La elección del anteproyecto, explica el autor citado, consagra un nuevo punto de equilibrio en la cesión de crédito, operación corriente que precisa una mejor protección del cesionario. Sin embargo, sigue, esta cuestión debe ser analizada no solo en términos de política jurídica, sino también en términos de técnica jurídica. Y desde este punto de vista el sistema propuesto no es verdaderamente eficiente, por dos razones. El periodo clave entre la cesión y la notificación está caracterizado por una disociación de la propiedad del crédito entre el cedente y el cesionario. Y, según EMY, la transmisión de la propiedad de un bien, cualquiera que sea, no puede diferenciarse según las personas a quien se quiere oponer. Aplicado a la cesión de créditos, la idea de dos campos de oponibilidad distintos en el periodo mencionado se traduce en dos afirmaciones para EMY: la primera, el crédito existiría a la vez en el patrimonio del cedente, desde la perspectiva del cedido, y en el patrimonio del cesionario, desde la perspectiva de los terceros; se trataría, por tanto, de un bien dotado del don de la ubicuidad. La segunda, aquel que es titular del crédito *erga omnes* no lo es desde la perspectiva del cedido y, por tanto, no puede obtener la ejecución de su derecho hasta la notificación, lo que el cedente podría hacer aunque se supone que no es el titular del derecho; se trataría, por consiguiente, de un crédito cuyo titular no es el acreedor. Así pues, la disociación en la transferencia de la propiedad implica un régimen jurídico potencialmente perjudicial para todos los implicados. La consecuencia necesaria de la norma sobre oponibilidad a los terceros desde el momento de la cesión es que la objetividad y fiabilidad derivadas actualmente de la notificación judicial van a desaparecer y dejar paso a la incertidumbre de la fecha de la cesión. Y aunque, consciente de las posibilidades de fraude, el anteproyecto instaura un sistema probatorio específico, no será suficiente, según EMY, para reprimir la inseguridad jurídica.

---

[20] PETIT, «Réflexions sur la securité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2006, núm. 41. págs. 2819-2824.

[21] EMY, *ob. cit*., págs. 2886-2893.

Según EMY, la idea de disociación en la trasmisión de la propiedad (desde el establecimiento del acto entre las partes y respecto de terceros, y desde la notificación para el deudor cedido) revela una contradicción fundamental desde el punto de vista teórico. Así, resultaría que dos derechos de propiedad van a coexistir en un mismo lapso de tiempo; pero según la lógica del sistema jurídico, aplicable a todos los bienes, no se puede dividir la propiedad de un bien en dos campos de oponibilidad distintos. Por otra parte, la disociacion entre la transmisión *inter partes* y la trasmisión respecto de terceros no figura en el Código, a pesar de la redacción imprecisa del artículo 1690, que no hace referencia a una transmisión *inter partes*. Aunque sobre la cuestión hubo en la doctrina dos tesis contrapuestas, y también decisiones contradictorias en la Corte de Casación, la mejor doctrina ha concluido, explica EMY, que en relación con la cesión de créditos, no existe la transmisión de propiedad *solo consensu*. En el mismo sentido, no es de recibo la tesis que, contraria a la rigidez de la actual notificación judicial, postula que el simple conocimiento por el cedido puede bastar para hacer oponible la cesión frente a él: bien, porque conduciría a sacrificar al cedido, que podría pagar dos veces (si otro cesionario notifica su cesión), bien porque haría de ese conocimiento el pivote de la oponibilidad *erga omnes* de la cesión.

Continúa EMY preguntándose por la utilidad de un derecho de propiedad sobre un crédito oponible a todos, salvo al cedido. El acreedor cesionario podría hacer todo con ese crédito, excepto ejercitar su contenido; por el contrario, sería el cedente quien podría obtener todas las utilidades, incluso ceder a un tercero su derecho oponible exclusivamente al deudor cedido. Por otra parte, el anteproyecto establece que el conflicto entre cesionarios sucesivos se resuelve a favor del primero en la fecha, pero no precisa cómo debe actuar el cedido que recibe varias notificaciones antes de haber pagado (¿le corresponde la carga de la prueba de las fechas de los actos de cesión?), ni determina la solución en estos casos de doble cesión (¿debe prevalecer la oponibilidad del derecho del primer cesionario en virtud del art. 1254 o la oponibilidad del derecho del segundo cesionario que ha notificado el primero al amparo del art. 1254.2?). Estas hipótesis reposan sobre el postulado que EMY rechaza, la posibilidad de disociar la transmisión de la propiedad, y se evitarían incluyendo en el anteproyecto una fecha de oponibilidad (de transmisión de propiedad *erga omnes*) común a todos.

Finalmente, destaca EMY los problemas de prueba para determinar la fecha de la cesión, de manera que el sistema actual cuenta con la ventaja de regular eficazmente la cuestión de las fechas de oponibilidad, a partir de las notificaciones judiciales. Y termina señalando la

posible frustración del objetivo de protección del primer cesionario, quien, por el contrario, tendrá sumo interés en notificar rápidamente para asegurar totalmente su posición; mientras no lo haga, el cedente, todavía acreedor frente al cedido, puede realizar un buen número de operaciones que puede perjudicar los intereses del cesionario.

Como conclusión rechaza el autor citado la oponibilidad *erga omnes* (también respecto del cedido) de la transmisión de la propiedad desde la fecha del acto de cesión, porque esta opción, si bien no tropieza con ningún obstáculo teórico, es peligrosa en la práctica, ya que desplaza al cedido la casi totalidad de los inconvenientes de la operación, incluso sin haber sido parte en ella. Por eso, los redactores del anteproyecto no se equivocaron al tener en cuenta la necesaria protección del cedido. Espera EMY que la reforma de la cesión de créditos sea menos revolucionaria y conserve las bases del sistema actual, del cual constituye la piedra angular la información entregada al cedido. Bastaría con sustituir la notificación judicial por una simple notificación para poner fin a la pesadez del sistema actual. Incumbiría al cesionario diligente realizar esta formalidad para consolidar plenamente su derecho. Esta notificación continuaría asegurando la oponibilidad *erga omnes* de la transmisión de la propiedad, lo que evitaría una disociación en la transmisión de la propiedad, así como un nuevo conflicto en relación con la fecha de la transmisión, y aseguraría de manera equitativa la protección de intereses diferentes. La notificación podría ser indispensable para asegurar la efectividad (e incluso la oponibilidad a terceros) del derecho del primer cesionario.

Los problemas planteados por los autores franceses citados ya habían sido analizados, y algunos superados, por la doctrina española ante la necesidad de clarificar el sistema español de cesión de créditos. Descansando la regulación española en una regla de eficacia de la cesión frente a los terceros (el art. 1526, que también se refiere a la fecha del acto), junto con una norma de protección del deudor cedido (el art. 1527, que no exige la notificación, pero si regula la trascendencia del conocimiento de la cesión por el mismo), también se hizo necesario aclarar cuando se produce la transmisión del crédito, tanto entre las partes como frente a terceros, incluido el deudor, todo ello en relación con el sistema de transmisión de la propiedad. Por eso, algunas respuestas a las cuestiones expuestas por la doctrina francesa se encuentran sin dificultad en las tesis que ya tuvo ocasión de mantener la doctrina española. Asimismo, algunos de los temas planteados para la regulación francesa que ahora se propone encuentran reflejo en los que, a su vez, suscitaron las propuestas unificadoras de la cesión de créditos en el ámbito internacional. Y, de otro lado, ¿se ha seguido, como se pretendía, en la propuesta de reforma francesa lo dispuesto en los PECL para la cesión de créditos?

3. NORMAS INTERNACIONALES UNIFICADORAS

En los textos unificadores redactados para el ámbito europeo se adoptan normas sustantivas, como es lógico si se presentan como alternativa al Derecho Internacional Privado, pese al riesgo de confrontación con el Derecho interno de cada Estado, peligro este que sí ha supuesto un obstáculo para la unificación en materia de sistema de transmisión de la propiedad en general. Esto se destaca por cuanto pone de manifiesto que, como queda demostrado en este trabajo, no ha de ser igual el sistema traslativo de la propiedad y los derechos reales que el sistema de transmisión de los créditos. No obstante, el señalado es un riesgo con tendencia a disminuir si se tiene en cuenta la inclinación de los Derechos nacionales a la admisión del sistema de adquisición del crédito por el mero acuerdo entre cedente y cesionario, bien por la reforma del Derecho positivo, bien por una interpretación doctrinal del mismo, bien porque fuera ya el sistema tradicionalmente admitido.

Comenzando por los textos normativos que pretenden unificar el Derecho privado en Europa, han de mencionarse el Anteproyecto de Pavía, los Principios Lando y el borrador de Marco Común de Referencia. Los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando eran la referencia a considerar para la reforma del Código Civil francés, como ya vimos, y también han sido uno de los referentes para las propuestas de reforma de los Códigos civil y de comercio elaboradas por la Comisión General de Codificación en España, por lo que resulta obligada la referencia a ellos, así como a los textos que los precedieron y a los posteriores que los han superado, y, en particular, al borrador del Marco Común de Referencia.

3.1. El anteproyecto de la Academia de Pavía

El Anteproyecto de Código europeo de contratos, elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos con sede en Pavía, recogió en el artículo 122 (apartados 1 a 3) para la cesión de créditos tanto la tradición alemana como la tradición francesa[22]; así, la cesión, que no requería forma alguna ni el consentimiento del deudor, se podía realizar de dos maneras: una, mediante un primer contrato causal por el que el cedente se obliga a ceder el crédito al cesionario, teniendo lugar la cesión por un segundo contrato abstracto (tradición alemana); otra, por efecto del simple consentimiento, prevaleciendo este segundo modo en caso de duda (tradición francesa). La combinación de modelos, francés y germánico,

[22] Martínez Vázquez de Castro, «Cesión de créditos», en Carlos Vattier *et al.* (dir.), *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Tomo II, Madrid, 2003, pág. 490.

se observa también en los siguientes apartados del artículo 122; así, continúa el apartado 4 regulando los efectos frente al deudor cedido, que se producen cuando le es notificada la cesión o cuando la acepta, salvo que el cesionario pruebe que conocía la cesión (todavía no notificada ni aceptada) cuando pagó al cedente, en cuyo caso no queda liberado. Y termina el apartado 6 del artículo 122 con la oponibilidad de la cesión a terceros, que se produce por el hecho de que el contrato, la comunicación o la aceptación sucesiva resulten de documentos que tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que los terceros tenían conocimiento de la cesión misma; y si el mismo crédito hubiera sido objeto de muchas cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero ha sido comunicada al deudor o que haya sido aceptada en documento fehaciente.

La relevancia del conocimiento de la cesión por el deudor cedido o por los otros terceros supone una aproximación al modelo alemán, mientras que la importancia de la notificación al deudor (o la aceptación por este en documento fehaciente) para la eficacia de la cesión frente al mismo y en los casos de cesiones sucesivas recuerda al modelo francés (tanto anterior como posterior a la reforma del Code). Esta combinación de notificación y conocimiento de la cesión es similar a la que después se estableció en los Principios Lando, por lo que nos remitimos a lo que para ellos se dirá. Por lo demás, la norma establecida para el caso de cesiones sucesivas supone inseguridad para el cesionario, que debe ser rápido en notificar para impedir que prevalezca la adquisición de un segundo cesionario que notifica antes, y no resulta coherente con un sistema consensual de transmisión de los créditos que se quiere adoptar como punto de partida, de acuerdo con el cual el cesionario que adquiere el crédito es el primero en celebrar el contrato (que tenga fecha cierta). No obstante, también a propósito de los PECL habremos de volver sobre una norma similar.

3.2. Los principios de Derecho Contractual europeo

Los Principios de Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando ya advertían, en la introducción a la Parte III, de la diversificación que debía hacerse entre las transmisiones de créditos y las transmisiones de la propiedad de muebles o inmuebles, de manera que el capítulo dedicado a la cesión de créditos no cubría estas últimas, ya que el concepto de crédito, entendido como derecho a exigir el cumplimiento de una obligación, no comprendía la propiedad de los bienes o la propiedad intelectual. En el análisis general del capítulo 11, tras destacar la importancia de la cesión de créditos en el ámbito de los negocios y de las finanzas en todos los países europeos, se dice que los Principios tratan de encontrar un equilibrio entre varios puntos de vista: las necesidades del comercio, que inclinan a prescindir del consentimiento del deudor, y el peligro que ello supone para este, junto con los riesgos a que queda

sometido el cesionario. El objeto de la regulación, se dice al comentar su ámbito de aplicación, es facilitar la cesión de créditos, asegurando al mismo tiempo que los derechos del deudor no resulten perjudicados por la cesión. ¿Con qué normas trata de conseguirse ese equilibrio?[23]

El artículo 11: 201 dispone que la cesión de un crédito transmite al cesionario todos los derechos que tuviera el cedente en torno al cumplimiento del crédito cedido. Y el artículo 11: 202 establece que la cesión surte efecto en el momento en que se celebra el acuerdo de cesión, o el momento posterior que convengan cedente y cesionario.

> En el comentario al artículo 11: 201 se especifica que solo afecta a las relaciones cedente-cesionario, porque la cesión no obliga por sí misma al deudor a cumplir a favor del cesionario; esta obligación solo nace en los casos en que se cumplan las condiciones del artículo 11: 303. Nada se aclara sobre el ámbito del artículo 11: 202.

De acuerdo con estas normas, pues, si la transmisión del crédito en virtud del acuerdo se ciñe a las relaciones cedente-cesionario, excluyéndose al deudor cedido, respecto del que es precisa la notificación, según vamos a ver inmediatamente, ¿ello implica una disociación, de nuevo, del sistema transmisivo en función de quien vaya a resultar afectado por el mismo? Así, en relación con el deudor, es necesaria la notificación para que resulte obligado frente al cesionario, requisito que se extiende al caso de cesiones sucesivas para elegir al cesionario que puede recibir el pago, según el apartado 1 del artículo 11: 401, que inmediatamente veremos. Mas el cesionario es el nuevo titular del crédito desde que se convino la cesión, en virtud del artículo 11: 202, lo que se aplica en el conflicto del mismo con los acreedores del cedente, tal y como establece el apartado 2 del artículo 11: 401, lo que se confirma en los apartados 3 y 4, como enseguida se verá.

Pues bien, si el cesionario puede ejercitar contra los acreedores del cedente una tercería de dominio o un derecho de separación en el concurso, en los casos de embargo del crédito por aquellos o en los supuestos de insolvencia del cedente, ambas cosas desde que se convino la cesión, ¿cómo se puede afirmar, a la vez, que no puede exigir el cumplimiento al deudor? Si el cesionario es titular del crédito desde la celebración del contrato con el cedente, no tiene sentido que lo sea frente a los acreedores ante la eventualidad del embargo o concurso, o que también lo sea para sus propios acreedores y subadquirentes, y, en cambio, no lo sea para la reclamación del pago al deudor; autorizadas voces han señalado lo absurdo que resulta que el derecho de crédito no se

---

[23] Represa, *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto de terceros,* Madrid, 2011*,* págs. 58-60.

pueda ejercitar frente al deudor. Esta incongruencia solo se salva admitiendo que el cesionario es titular del crédito *erga omnes,* pudiendo incluso reclamar el cumplimiento al cedido, sin perjuicio de que este pueda exigir que se acredite la cesión (un documento sobre la cesión suscrito por el cedente) y de que el desconocimiento por el mismo de la cesión sea determinante en orden a los efectos liberatorios del pago al cedente.

Los efectos en relación con el deudor se contemplan en el artículo 11: 303, del que destacan varias reglas: el deudor solo está obligado a cumplir a favor del cesionario cuando reciba la notificación escrita de cedente o cesionario; si conoce la cesión por vías distintas, el deudor puede optar por suspender el pago o cumplir a favor del cesionario; si el deudor paga al cedente, solo queda liberado si lo hizo ignorando la cesión.

> Y se añade en el comentario a este artículo que al deudor no se le puede exigir que pague al cesionario, salvo que se le notifique la cesión; si conoce la cesión (comunicación no escrita u otras vías) es libre de actuar, pero lo que no puede hacer es pagar al cedente, pues desde que tiene noticia de la cesión ya no está legitimado para pagar al cedente (sería de mala fe) y, si lo hace, se arriesga a tener que pagar una segunda vez al cesionario. La mayoría de los ordenamientos, aclaran las notas a este artículo, protegen al deudor estableciendo que, salvo que reciba una notificación escrita o acepte la cesión, no resulta obligado a pagar al cesionario, si bien puede quedar liberado si paga al cesionario cuando tiene noticia de la cesión; se exceptúa el Derecho español, en el que, se dice en las notas, el conocimiento del deudor se considera equivalente a la comunicación a todos los efectos, por lo que si un deudor tiene noticia de la cesión deberá pagar al cesionario aun cuando no haya habido comunicación; y en el Derecho francés (se dice para el anterior a la reforma) se exige que el deudor pague al cedente, incluso cuando el deudor sea consciente de la cesión, si no ha recibido comunicación o no ha aceptado la cesión.

También estas reglas merecen ser comentadas: si el cesionario es el nuevo acreedor y, por tanto, como tal, puede reclamar el cumplimiento, ha de considerarse obligado al deudor a cumplir frente a él. Prueba de la incongruencia que encierran las normas expuestas es que si la vinculación del cedido con el cesionario dependiera de la notificación, no debería admitirse la liberación del deudor por pago a un acreedor (el cesionario) respecto del que no está obligado hasta dicha notificación, y debería admitirse el pago al cedente, con el que mantiene su vinculación hasta la notificación; sin embargo, si conoce la cesión, se dice, no queda liberado por el pago al cedente y es eficaz el pago al cesionario. Habrá que reconocer, entonces, que si, una vez que conoce la cesión,

el cedido queda liberado pagando al cesionario, es porque está vinculado con él, sin perjuicio de que se proteja su buena fe al pagar a un acreedor aparente cuando paga al cedente ignorando la cesión. Y, afirmado que el cedido está obligado a pagar al cesionario, otra cosa es que la cautela aconseje no hacerlo mientras no se le notifique la cesión por el cedente o por el cesionario, aunque en este último caso acompañando un documento sobre la cesión expedido o suscrito por el cedente. Por tanto, lo que complica las cosas es el establecimiento de una notificación al deudor como requisito de su vinculación con el cesionario[24], obviando que la obligación del deudor frente al cesionario existe desde el acuerdo de cesión cedente-cesionario.

Lo que más dudas suscita es el tratamiento que debe recibir el conocimiento de la cesión por el deudor sin que se le haya notificado. Partiendo de que queda liberado el deudor que paga al cedente sin conocer la cesión, y si algún sentido ha de tener esta norma, habría de concluirse que no se libera el cedido que paga al cedente conociendo la cesión. ¿Qué ha de hacer entonces el deudor cuando conoce la cesión por vías distintas a la notificación? En el comentario al artículo 11: 303 se dice que en Derecho español el conocimiento equivale a la comunicación, de manera que el cedido ha de pagar al cesionario. Los autores que más detenidamente han estudiado la cuestión, PANTALEÓN y GAVIDIA, coinciden en fijar en el de la notificación (por el cedente o por el cesionario que, además, acompañe un documento relativo a la cesión suscrito por el cedente) el momento a partir del cual si el cedido paga al cesionario, lo hace sin riesgo, lo que se comparte en la doctrina del Tribunal Supremo[25]; y respecto del mero conocimiento de la cesión, sin notificación, ambos autores se inclinan por el pago al acreedor originario[26]. Y en la jurisprudencia pueden

---

[24] Así también las SSTS 19-2-2004 (Ar. 1427) y 13-7-2004 (Ar. 4671). Sin embargo, la STS 1-10-2001 (Ar. 7138) afirmó que sea cual fuere la fecha en que se hizo la cesión, el deudor estará siempre obligado frente a quien ostente legalmente la titularidad del crédito; frente al deudor cedido tan solo ha de probarse la cesión por el que reclama el pago.

[25] SSTS 15-3-2002 (Ar. 1891), 12-12-2002 (Ar. 305), 20-10-2003 (Ar. 7759) y 11-3-2008 (Ar. 4044).

[26] Según PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., págs. 1067-1068, 1070-1078, salvo algunos casos (al deudor le resulta sencillo contactar con el acreedor originario o son convincentes las alegaciones del presunto cesionario que entrega una notificación), en los demás hará bien el deudor en pagar al acreedor originario; si luego resulta que el presunto cesionario es el verdadero cesionario, él habrá quedado liberado *ex* artículo 1527 del Código Civil: ni la mera notificación de un sedicente cesionario puede considerarse conocimiento de la cesión, ni podría considerarse de mala fe al deudor que paga al originario acreedor pese a dudar o estar convencido de la existencia de una cesión verdadera y válida del crédito. Si el deudor paga sin más al presunto cesionario, por más que su honestidad y alegaciones resulten convincentes, lo hará a riesgo de tener que volver a pagar al acreedor originario si este tenía razón. El deudor no corría riesgo no pagando al sedicente cesionario: el deudor no puede ser condenado a pagar a quien le reclame como cesionario sin el respaldo, bien de una notificación escrita de la cesión por parte del originario acreedor, bien de un documento otorgado por este en el que conste el contrato de cesión. En modo alguno puede considerarse conocimiento de

encontrarse resoluciones partidarias de la consignación o del pago al acreedor originario[27].

Por último, el orden de prelación se establece en el artículo 11: 401, del que se extraen los siguientes principios: en caso de cesiones sucesivas, según el apartado 1 tiene preferencia el cesionario que antes haya comunicado la cesión al deudor si en el momento de la última cesión el último cesionario ignoraba o no tenía obligación de conocer las cesiones anteriores; pero en virtud del apartado 2, sin perjuicio de lo anterior, la preferencia se determinará conforme al orden en que aquellas hubieran tenido lugar. El sistema se completa con lo que previamente dispone el artículo 11: 204, que establece, entre las obligaciones del cedente, que este se compromete a que tendrá derecho a ceder el crédito, y a que el crédito no se haya cedido previamente, ni sometido a garantía, carga o gravamen alguno a favor de otra parte; lo primero significa que el cedente debe ser titular del crédito, y lo segundo supone que si el cedente ha cedido anteriormente el mismo crédito a otro cesionario, su obligación se considerará

---

la cesión las noticias de la misma. A lo más que podría llegar, y con muchas dudas, es a defender la oportunidad de una consignación judicial, caso de resultar sensiblemente gravosa la localización del presunto cesionario para el deudor y tener las informaciones de los terceros un extraordinario poder de convicción.

GAVIDIA, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993, págs. 282- 314, sienta las siguientes premisas: no cualquier noticia de una cesión es tener conocimiento de ella, por lo que el deudor puede prescindir de esa insuficiente noticia y seguir tratando al supuesto cedente como acreedor. No corresponde al deudor indagar sobre la titularidad del crédito. Ha de tratarse de un conocimiento efectivo, no siendo admisibles las presunciones de que este existió. A ello añade que la facultad de consignar no es la solución, sino un remedio para evitar la mora del deudor, si no somos capaces de ofrecerle un cuadro de actuaciones seguras, sin riesgo de tener que pagar otra vez.

Según el autor citado, conocimiento de la cesión será solo aquel que excluya la buena fe del deudor, es decir, que haya de tenerla en cuenta porque ha puesto fin a la apariencia de titularidad del cedente. La destrucción de esta apariencia deberá desprenderse de alguna actuación del cedente o a él imputable. El conocimiento excluyente de la buena fe y, por tanto, de la protección, ha de ser cierto, no bastando con haber tenido noticia de una posible cesión. De esta destrucción de la apariencia de titularidad del cedente no hay por qué deducir que el deudor no pueda negar el pago al cesionario. Obligado a pagarle lo está desde que se produjo la cesión, lo que sucede es que si no tenía conocimiento de ella las consecuencias de su error no las sufrirá él sino el cesionario, quedando a este su recurso contra el cedente. Pero es que, además, si el deudor conoce la cesión puede, a pesar de esto, negarse a pagar al cesionario en tanto no tenga un medio de prueba por escrito con el que pueda demostrar a los efectos del artículo 1164 del Código Civil, que se dirigió al que aparentemente estaba legitimado para realizar el crédito. Este medio de prueba será el documento sobre la cesión expedido por el cedente o en el que este le notificó la cesión.

Finalmente, si se trata de un crédito hipotecario, GAVIDIA mantiene que la publicidad registral de la cesión proporcionará la apariencia que permitirá al deudor actuar con seguridad si se dirige al titular registral.

También sobre la cuestión, REPRESA, *ob. cit.,* págs. 32-42.

[27] SSTS 28-5-2004 (Ar. 3553), y 4-11-2008 (Ar. 6928).

incumplida, incluso en el caso de que la última cesión tuviera preferencia conforme a las normas de prelación del artículo 11: 401.

> En el apartado 1 se adopta el enfoque de aquellos ordenamientos que no tratan la cuestión en términos de validez, sino de preferencia, expone el comentario, de manera que se prefiere la segunda cesión que se notifica (ya por el cesionario, ya por el cedente) antes que la primera, si el cesionario no sabía ni tenía por qué conocer la cesión anterior. Este enfoque refleja dos ideas, sigue el comentario: la primera es que el hecho de notificar la cesión equivale a adquirir la posesión (medio conocido de adquirir la preferencia en caso de bienes muebles); la segunda es que el cesionario podía haber preguntado al deudor si ha recibido notificación de cesión y extraer alguna conclusión al respecto, salvo que el segundo cesionario conozca la cesión previa por otros medios o hubiera debido conocerla por encontrarse inscrita en un registro, por ejemplo. Otro enfoque posible, según el comentario, es el de los sistemas que aplican la regla *nemo dat quod non habet* y, por tanto, consideran ineficaz la segunda cesión porque el acreedor ya no tenía nada que ceder. Así, añade la nota, el Derecho alemán concede preferencia al primer cesionario, como corolario del principio que rige en su legislación, que considera que la segunda cesión no produce efectos legales.

Pues bien, se ha señalado que existe una contradicción entre los apartados 1 y 2, salvo que se entienda que el segundo solo entra en juego cuando no puede hacerlo el primero por falta de notificación[28]. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en el comentario a los Principios la eficacia traslativa inmediata del acuerdo de cesión se circunscribe a las partes, matizándose que respecto del deudor cedido es preciso que se den las circunstancias del artículo 11: 303, y ateniéndonos también a lo que se explica en relación con la posesión en el comentario a estos artículos, podría salvarse la contradicción de otro modo, como ha quedado señalado más arriba: el apartado 1 se refiere solo a la doble cesión del mismo crédito y dispone una regla de protección del adquirente de buena fe que primero notifica, por entenderse que es primero en adquirir la posesión, de la misma manera que se adquiere el crédito frente al deudor al notificársele la cesión. Para ambos tipos de terceros, el deudor cedido y los cesionarios sucesivos, se volvería a un sistema traslativo que no se agota en el mero acuerdo cedente-cesionario. Esta posible interpretación salva la incongruencia con el

[28] Orti, «Cesión de créditos futuros y *factoring*», en *InDret,* núm. 4/2010, pág. 24, considera que los apartados 1 y 2 son criticables, por contradictorios, a no ser que el apartado 2 entre en juego en la hipótesis de falta de notificación, en cuyo caso el criterio de la prioridad temporal resultaría meramente subordinado al primero.

siguiente apartado del artículo, como vamos a ver, pero la referencia a la posesión como medio de adquirir la preferencia en la adquisición no se halla muy en consonancia con el sistema consensualista de transmisión de la titularidad del crédito, ni con la idea, que se expone también en el comentario al artículo 11: 401, de que si ninguna de las partes notifica la cesión se aplica la regla de la prioridad temporal (sin perjuicio de que la preferencia del primer cesionario sea provisional, perdiéndola si el segundo cesionario notifica)[29].

El apartado 2, en cambio, vendría a disponer la preferencia de la primera cesión entre las partes y frente a los acreedores de las mismas, lo que queda corroborado en los apartados 3 y 4, en los que resulta preferido el cesionario frente a los acreedores del cedente en los casos de embargo del crédito o de concurso del cedente. De modo que las reglas generales de transmisión consensual del crédito regirían entre las partes y frente a los acreedores de estas, pero no para el ulterior cesionario, que adquiere si notifica y es de buena fe, desplazando al primer cesionario. Los legisladores nacionales también consagran supuestos de protección de los terceros adquirentes de buena fe por entender que la tutela de su interés, dándose determinadas circunstancias, admite el sacrificio de las reglas generales[30]. Ahora bien, si se establece una garantía del cedente por la titularidad del crédito, como se establece en el artículo 11: 204, el conflicto se podría resolver con una indemnización al segundo cesionario, manteniendo la adquisición del primero conforme a la transmisión consensual del crédito y prescindiendo de la notificación del segundo.

Al conflicto entre el cesionario y un acreedor del cedente que embarga el crédito se refiere el apartado 3, en el que se prefiere al cesionario una vez que la cesión haya surtido efecto conforme al artículo 11: 202. Así pues, se dice expresamente en el comentario a la norma, la cesión, una vez surte efecto, tiene preferencia sobre cualquier crédito posterior. Esta última afirmación ha de matizarse por cuanto desconoce que, eficaz la cesión, el derecho del cesionario ha de ser preferido al de cualquier acreedor del cedente, sea anterior o poste-

---

[29] Gavidia, *La cesión de créditos*, cit., pág. 215, sostiene, a propósito del artículo 1526.2 (aunque señala que lo mismo vale para el art. 1526.1), que impide acudir al artículo 1473 del Código Civil, de modo que en el conflicto entre cesionarios del mismo crédito prevalecerá, si ninguna de las cesiones ha sido inscrita o si el que ha inscrito era de mala fe, la fecha del título. La razón es muy sencilla, aclara: para evitar que la entrega o la entrada en posesión puedan ser utilizadas para decidir el conflicto entre diversos cesionarios de un mismo crédito, como es lo más adecuado para un sistema consensualista de cesión.

[30] No obstante, en relación con la consulta previa de un registro a la que se refiere el comentario al apartado 1, deben tenerse en cuenta las palabras de Gavidia, *La cesión de créditos*, cit., pág. 283: no corresponde al deudor indagar sobre la titularidad del crédito; muestra de ello es que en la cesión de créditos hipotecarios se permite al deudor liberarse pagando al cedente, aunque la cesión ya esté inscrita, con lo que se pone de manifiesto que no tiene obligación alguna de consultar el Registro y que la información ya publicada no le afecta si, desconociendo la cesión, pagó al cedente, a menos que hubiese renunciado a la notificación.

rior: al del acreedor posterior desde luego, porque cuando el cedente contrajo la deuda ya no existía el crédito en su patrimonio, sino en el del cesionario; pero también es preferente frente a los acreedores anteriores a la cesión, ya que los acreedores no pueden imponer que el patrimonio del deudor permanezca invariable, ni pueden perseguir el crédito que el cedente-deudor cede como si hubieran constituido una garantía real sobre el mismo. A salvo las normas sobre fraude de acreedores, no pueden estos impedir que el deudor ceda sus derechos o venda sus bienes. De manera que la preferencia frente a acreedores anteriores solo puede tener la salvedad de que se demuestre que la fecha del embargo o de la declaración de concurso es anterior a la fecha de la cesión[31].

Por último, también se prefiere al cesionario en caso de concurso del cedente frente a sus acreedores, pero dentro del respeto de las leyes que resulten aplicables al concurso (y que se refieran a la publicidad como condición para la prelación, al orden de preferencia de créditos o a la ineficacia de los negocios en el procedimiento concursal)[32].

> Como se dice en el comentario a la norma, la preferencia del cesionario significa que si se trata de una cesión plena los créditos cedidos no formarán parte de la masa del concurso, mientras que si es una cesión con finalidad de garantía el interés de la masa del concurso se limitará al exceso que quedara después de que se haya liberado el objeto garantizado. Y esta prioridad queda sometida a lo que disponga la legislación concursal estatal correspondiente acerca de la prelación de créditos, la nulidad de negocios en el procedimiento concursal o la necesidad de inscripción registral de la cesión. En relación con este último requisito, se añade en el comentario que la falta de inscripción «hará nula la cesión» contra los acreedores del cedente y el cesionario solo tendrá un crédito personal contra la masa del cedente, equiparado en rango a los créditos generales.

Semejante afirmación ha de criticarse: la resistencia del cesionario al concurso del cedente implica que este puede ejercitar un derecho de separación a fin de que no se integre en la masa del concurso el crédito cedido (art. 80 de la Ley Concursal), y esta posibilidad al alcance del cesionario no puede quedar supeditada a que el mismo haya inscrito en un Registro la cesión, pues su titularidad ha de ser oponible a los acreedores sin necesidad de publicidad registral, siendo suficiente con la certeza de la fecha del contrato por el que se efectúa la cesión.

---

[31] Vid. SSTS 4-11-2002 (Ar. 10005) y 12-5-2003 (Ar. 3900) en relación con cesiones simuladas en fraude de acreedores.

[32] ORTI, *ob. cit.,* pág. 33, indica que esta norma, aunque sanciona la eficacia de la cesión frente al concurso, carece de virtualidad, al quedar subordinada a la normativa concursal aplicable, la del tribunal del foro donde se ventile el concurso.

Como ha sido en Uncitral donde más se ha insistido en el tema de la oponibilidad mediante inscripción registral, nos remitimos a lo que explicamos en el apartado dedicado a la Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional.

3.3. El borrador de marco común de referencia

El DCFR ofrece una regulación más prolija y detallada de la cesión de créditos, que mantiene algunas de las normas de los PECL y añade otras que, o bien completan aquella regulación, o bien aclaran o insisten precisamente en las cuestiones más controvertidas de la cesión de créditos en diferentes países europeos, como es precisamente la del momento o los efectos traslativos[33]. En primer lugar, al establecer los requisitos para la cesión, aclara que no se requiere ni notificación al deudor ni consentimiento del mismo [art. 5: 104 (4)]. Respecto del cedente, dispone el DCFR que garantiza que el derecho no ha sido objeto de una cesión anterior a otro cesionario, así como que no ha sido cedido en garantía a favor de otra persona ni es objeto de cualquier otro gravamen [art. 5: 112 (2) (E)]; y, además, se compromete a no ceder el mismo derecho a otra persona que pudiera tener prioridad sobre el cesionario, así como a ceder al cesionario todo derecho destinado a asegurar el cumplimiento o tomar las medidas necesarias para ello [art. 5: 112 (5) y (6)]. Con relación a los efectos de la cesión, se producen tan pronto como la cesión se lleva a cabo: el cedente deja de ser el acreedor y el cesionario se convierte en acreedor en el momento en que los requisitos básicos se cumplen (arts. 5: 113 y 5: 114). Aunque bastantes normas se dedican en el DCFR a la protección del deudor, la básica es que el deudor se libera con el cumplimiento al cedente si no ha recibido una notificación de la cesión, ya sea del cedente ya sea del cesionario, y no conoce que el cedente ya no puede recibir el pago (art. 5: 119)[34]. Y, finalmente, con varias reglas trata

[33] Hay que tener en cuenta otros documentos posteriores al DCFR, aunque no se refieran a la cesión de créditos. Así, en virtud de la decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010, se crea un Grupo de expertos que debe prestar asistencia a la Comisión para la preparación de una propuesta de marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluido el Derecho en materia de contratos mercantiles y de consumo. En concreto, partiendo del proyecto de marco común de referencia y de otros trabajos de investigación en este campo, así como del acervo de la Unión, el Grupo asistirá a la Comisión para seleccionar las partes del proyecto de marco común de referencia que sean pertinentes para el Derecho contractual y para reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados. En esta línea, debe citarse el documento *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried aut by the Expert Group on Europan contract law for stakeholders «and legal practitioners» feedback*. Y después, el 11 de octubre de 2011, se ha publicado por la Comisión europea *Proposal for a regulation of the european Parliament an of the Council on a Common European Sales Law* (COM(2011) 635 final).

[34] El deudor puede solicitar la notificación o la confirmación de la cesión, pruebas o información suficientes de la misma (art. 5: 120); ahora bien, cuando el deudor se libera

de solucionarse el problema de la prioridad entre cesionarios sucesivos, basadas en la notificación: el cesionario cuya cesión se notifique antes al deudor tiene prioridad sobre cualquier cesionario anterior, si en el momento de esa posterior cesión ese cesionario no sabía ni podía razonablemente esperarse que conociera la cesión anterior; por su parte, el deudor se libera pagando al primero en notificar, aunque consciente de la competencia entre cesionarios[35].

¿Qué valoración merecen estas normas? Es loable sin duda el esfuerzo de claridad y coherencia que suponen la afirmación expresa de la no necesidad de notificación al deudor para la cesión, la admisión de la transmisión por el mero consentimiento o acuerdo cedente-cesionario, el establecimiento de una responsabilidad contractual del cedente por la titularidad del crédito y la fijación del momento en que el cedente deja de ser acreedor y pasa a serlo el cesionario en el de la celebración del contrato. Ahora bien, la norma que resuelve el conflicto entre cesionarios sucesivos no resulta muy adecuada para un sistema de transmisión consensual de la titularidad del crédito y conduce a una adquisición *a non domino* que favorece al segundo cesionario que es el primero en notificar, siempre y cuando fuera de buena fe al contratar, en detrimento del primer cesionario que, según las reglas generales, era ya el nuevo acreedor desde que celebró el contrato. Como en los PECL, se ha optado por establecer una regla de preferencia y no de validez, cosa que también ocurre en los Derechos nacionales en ciertos supuestos en los que, con ciertas condiciones, se consagran determinadas adquisiciones *a non domino.* Lo que ocurre es que en este caso no es muy coherente con un sistema que establece una responsabilidad contractual del cedente por la titularidad del crédito, como también dijimos para los PECL. Pero es más, la buena fe del cesionario posterior cuya adquisición se mantiene solo se considera necesaria en el momento en que celebró el contrato de cesión con el cedente, y poco importa que conozca (o sea razonable esperar que conozca) la primera cesión en el momento de notificar, lo que es significativo cuando es a esta notificación a lo que la norma asocia la preferencia en la adquisición; ahora bien, parece razonable la norma que exige la ignorancia de la primera cesión solo en el momento de contratarse la segunda (y no en el de la notificación de esta) porque lo que pretende es que no pueda ser preferente el segundo cesionario que se apresura en notificar conociendo ya la primera cesión al contratar, a la vez que permite que pueda ser preferido el segundo cesionario que no conocía la primera cesión cuando contrató sin que le perjudique el conocimiento sobrevenido de la cesión.

---

pagando al cedente, el derecho del cesionario frente al cedente es preferente tiene prioridad sobre el derecho de otros reclamantes, siempre y cuando lo pagado se pudiera distinguir del resto del activo del cedente (art. 5: 122).

[35] REPRESA, *ob. cit.,* págs. 60-63.

Por lo demás, si no es exigible al deudor que averigüe o realice indagaciones acerca de la titularidad del crédito, parece razonable que quede liberado si paga al primer cesionario en notificar, como dispone el DCFR para el caso de doble o múltiple cesión. Lo que suscita más dudas, sin embargo, es que esa liberación se produzca aunque sea consciente del conflicto entre los diversos cesionarios sucesivos, pues ello supone privar de efecto alguno al conocimiento de alguna de las cesiones por el deudor, lo que no se halla muy en la línea de la regla que establece la liberación del deudor por pago al cedente si no ha recibido notificación de la cesión y no conoce que el cedente ya no puede recibir el pago. No obstante, también los textos internacionales a los que nos referimos a continuación prescinden del conocimiento de la cesión por el cedido (si bien a todos los efectos). Y es que, como se ha visto en relación con los PECL, el tratamiento que ha de recibir el cedido que conoce la cesión sin que se le haya notificado es cuestión complicada.

3.4. La Convención de UNCITRAL sobre la cesión de créditos en el comercio internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) adoptó la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, aprobada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001, con la finalidad de promover la disponibilidad transfronteriza de capital y crédito financiero a tipos de interés más asequibles, facilitando así el tráfico transfronterizo de bienes y servicios.

En el artículo 2 se considera «cesión» la «transferencia consensual» del derecho de crédito. También habría que tener en cuenta el artículo 13, en virtud del cual, y salvo pacto en contrario, cedente o cesionario, o ambos, podrán notificar la cesión al deudor, cuyos derechos y obligaciones no quedan afectados por la cesión (art. 15), y, sobre todo, los artículos 14, que establece que la cesión es eficaz entre el cedente y el cesionario independientemente de si se ha notificado al deudor, y 17, que prevé la liberación del deudor que paga de conformidad con el contrato originario hasta que reciba la notificación (debiendo pagar solo al cesionario después de la misma)[36] y otros supuestos

[36] Lojendio, «Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 1261, comentando los artículos 15 y 16 del Proyecto de Convención sobre cesión de créditos al que se dedicaba un Grupo de trabajo de la UNCITRAL, señalaba que el momento relevante a partir del cual el deudor solo se libera pagando al cesionario es el de la notificación de la cesión (regulándose en el art. 15 los requisitos del aviso). Mientras no sea notificado, añade, el deudor puede liberarse pagando al cedente (art. 16, párrafo 1): «no se trata de que la cesión no fuera eficaz, también frente al deudor, desde que se produjo,

de pago liberatorio del cedido, así como la facultad de este de exigir prueba suficiente de la cesión[37].

> La Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención aclaraba que, efectuada mediante un contrato válido, la cesión será válida entre cedente y cesionario a raíz de su acuerdo (arts. 2 y 11); no se requiere notificación para que la cesión surta efecto (art. 14). Según dicha Nota, se niega toda relevancia al hecho de si el deudor tuvo o debió haber tenido conocimiento de una cesión anterior de la cual no fue notificado; la Convención adopta este criterio, explica, para dar una certeza jurídica razonable al pago liberatorio del deudor, lo que constituye un factor importante que el cesionario tendrá en cuenta al fijar el precio de una operación. Este enfoque, sigue, no incentiva ni la mala fe ni el fraude. Siempre resulta difícil probar lo que el deudor sabía o debió haber sabido, y, en cualquier caso, la Convención no invalida en nada la normativa relativa al fraude del Derecho interno aplicable.

El artículo 22 dispone que la Ley del Estado donde esté situado el cedente regirá la prelación del derecho de un cesionario sobre el crédito cedido frente al derecho de otra parte reclamante[38]. No obstante, en un Anexo regula diferentes sistemas de prelación (el de inscripción registral, el de la fecha del contrato de cesión y el de notificación al deudor) y en el artículo 42 prevé que en cualquier momento un Estado declare que queda vinculado por uno de los sistemas contemplados[39]. La regla del artículo 22 es una norma de Derecho internacional privado que se adoptó, explica Lojendio OSBORNE, ante el fracaso del intento de lograr un acuerdo sobre una regla sustantiva uniforme, dadas las diferencias

---

sino de proteger al deudor que paga a quien ya no es su acreedor». Si ha recibido la notificación, termina este autor, solo se libera pagando al cesionario o siguiendo las instrucciones de este (art. 16, párrafo 2).

[37] REPRESA, *ob. cit.,* pág. 56.

[38] La normativa sobre la cuestión se completa con las aclaraciones del artículo 5: la del apartado m) acerca de la expresión «otra parte reclamante»: incluiría otro cesionario del mismo crédito del mismo cedente, un acreedor del cedente o el administrador de la insolvencia; y apartado *g)* en relación con el término «prelación»: se entiende como la preferencia de que goza el derecho de una persona sobre el derecho de otra, añadiéndose que la determinación de esa preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real, de si constituye o no un derecho de garantía de una deuda u otra obligación y de si se han cumplido los requisitos necesarios para dar eficacia a ese derecho frente al de otra parte reclamante.

[39] Vid. los artículos 1 y 2 de la Sección I del Anexo de la Convención (relativa al régimen de prelación basado en la inscripción), los artículos 6 y 7 de la Sección III del propio Anexo (reguladora del régimen de prelación basado en la fecha del contrato de cesión) y los artículos 9 y 10 de la Sección IV (acerca del régimen de prelación basado en la fecha de notificación del contrato de cesión).

entre los sistemas imperantes; los esfuerzos más intensos, explica, pretendían la implantación de un sistema de registro (imperante en países como Estados Unidos o Canadá), pero ante la fuerte oposición de países de Derecho continental, prevaleció la norma del artículo 22, que permite mantener los tradicionales regímenes jurídicos que regulan la eficacia de la cesión. Los países en los que regía un sistema de registro, países preferentemente financiadores, insistieron durante la elaboración del proyecto en la mayor facilidad para conceder crédito si el financiador-cesionario se sintiera más seguro contando con el sistema de registro para regir la prelación; y precisamente que se fuera implantado dicho sistema era la finalidad del Anexo y del artículo 42, a juicio del autor citado. La importancia del sistema de registro, termina, queda demostrada también en la Convención de Ciudad del Cabo sobre garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, elaborada por UNIDROIT y aprobada el 16 de noviembre de 2001, en la que los conflictos de prelación entre cesionarios se resuelven en función del orden temporal de inscripción en un registro[40].

Esta inclinación hacia una prelación basada en la inscripción registral se manifiesta en los trabajos posteriores de la UNCITRAL y, en el seno de la misma, del Grupo de Trabajo VI, dedicado a las garantías reales. La Comisión encomendó a dicho Grupo la preparación de un texto relativo a la inscripción registral de las garantías reales sobre bienes muebles y, con el fin de ayudarle en sus deliberaciones, la Secretaría elaboró una nota, que, por su trascendencia para el tema que nos ocupa, no podemos dejar de exponer, aunque muy sucintamente. Esto es lo que se explicaba en esa Nota de la Secretaría, de la que se ha extraído lo más significativo en relación con la cesión de créditos:

> El reconocimiento de las garantías reales sin desplazamiento plantea problemas de información para los terceros. Es importante que los compradores o los acreedores garantizados potenciales estén seguros de que los bienes en posesión de una persona no estén gravados por una garantía real anterior. Es igualmente importante que los acreedores no garantizados y el representante de la insolvencia del otorgante puedan determinar los bienes del otorgante que ya están gravados y, por tanto, potencialmente no disponibles para atender sus reclamaciones. El establecimiento de un registro de garantías reales permite resolver el problema del secreto que plantean las garantías reales sin

[40] LOJENDIO, «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, 2005, págs. 794, 797-799.

LOJENDIO, «Proyecto de convención…», cit. págs. 1252, 1262-1263, en relación con el Proyecto de Convención, explicaba que la cuestión de la eficacia de la cesión frente a terceros, de su oponibilidad por parte del cesionario, es el principal tema de la Convención proyectada, el de mayor interés y el que encierra mayor dificultad.

> desplazamiento de una forma que protege los derechos tanto de los acreedores garantizados (que se aseguran de que, si registran a tiempo, sus garantías reales serán oponibles frente a reclamantes concurrentes posteriores) como de los terceros (quienes se protegen consultando el registro antes de negociar con los bienes del otorgante). El régimen jurídico del registro debería incorporar las siguientes reglas básicas: *a)* la inscripción registral es una condición previa de oponibilidad a terceros de una garantía real sin desplazamiento; *b)* la prelación entre garantías reales sin desplazamiento registradas sobre el mismo bien se determina por el orden temporal de su inscripción.
>
> Una cesión pura y simple de un crédito crea el mismo problema de insuficiencia de información para los terceros que una garantía real sin desplazamiento. El acreedor asegurado o cesionario potencial no cuenta con medios eficientes de verificar si los créditos ya han sido cedidos. Aunque podría indagarse acerca de los deudores, no sería viable en la práctica si la operación abarca créditos presentes y futuros en general. Para atender esta preocupación, deben hacer extensivos a las ventas puras y simples de créditos los requisitos para la inscripción registral aplicables a las garantías reales sin desplazamiento.
>
> Los terceros pueden poner plena confianza en el sistema de registro para determinar si les afectan otras garantías reales que el otorgante pueda haber dado sobre sus bienes (aunque las conocieran). El acuerdo de garantía ajeno al registro es el que pone de manifiesto la existencia de la garantía real. La inscripción registral es un mero requisito para que la garantía real se pueda hacer oponible a terceros.

En el 19.º periodo de sesiones, que tuvo lugar en Nueva York del 11 al 15 de abril de 2011, el Grupo de Trabajo VI avanzó en la materia elaborando un Proyecto de reglamento modelo y un Proyecto de guía para un registro de las garantías reales sobre bienes muebles. En este último se repitieron las ideas de la Nota de la Secretaría expuestas y, además, se añadió lo siguiente:

> El someter la cesión pura y simple de créditos al requisito de la inscripción no significa que esas cesiones vayan a ser catalogadas como operaciones de garantía. Solo se pretende que la oponibilidad del derecho de todo destinatario de una cesión pura y simple de créditos esté sujeta a las mismas reglas en materia de creación, oponibilidad y prelación de su derecho que las aplicables a una garantía real sobre esos mismos créditos.

Tras el 20.º periodo de sesiones, celebrado en Viena los días 12 a 16 de diciembre de 2011, el Proyecto de guía para un registro de garantías reales, en el

que viene trabajando el Grupo VI, sobre la base de las consideraciones anteriores e insistiendo en el problema de la falta de información de los acreedores, añadió:

> Para remediar esta falta de información, el régimen de las operaciones garantizadas hace extensiva a la cesión pura y simple, a título de garantía, de créditos la obligación de inscripción registral exigible al titular de toda garantía real, reconociéndose la prelación de toda cesión en garantía previamente inscrita sobre la garantía de todo cesionario de esos mismos créditos, ulteriormente inscrita. Otras cesiones puras y simples, como la venta ordinaria, no están sujetas a inscripción por no cumplir la función de garantía asignable a la cesión de créditos.

Pues bien, es llamativo que la insistencia en un sistema de oponibilidad basado en la inscripción registral se mantenga para la cesión de créditos sin una distinción clara entre los terceros a quienes afectaría[41]. Así, si bien la publicidad registral afectaría a los terceros adquirentes, que podrían atenerse a la inscripción de la cesión a favor de determinado cesionario, no alcanzaría, en cambio, a los acreedores, pues estos no pueden embargar más que lo que en cada momento se halle en el patrimonio del deudor, ni pueden impedir que el deudor ceda sus créditos. De modo que, frente a los acreedores del cedente, el cesionario podría ejercitar, bien una tercería de dominio para levantar el embargo trabado sobre el crédito cedido, bien un derecho de separación en el concurso del cedente, y ambas cosas probando que el crédito en cuestión ya no se halla en el patrimonio del cedente-deudor, sino en el suyo por haberlo adquirido con anterioridad a dichos embargo o concurso. El cesionario podrá oponer a los acreedores la titularidad del crédito que ya le correspondía antes de iniciarse el procedimiento ejecutivo, individual o colectivo, contra los bienes del deudor por los acreedores, resultado indiferente que con anterioridad el crédito estuviese inscrito a nombre del cedente, pues, como se ha dicho, no tienen los acreedores un derecho a que el patrimonio del deudor no disminuya tras contraer la deuda. Distinto del caso de los acreedores es el de los adquirentes del crédito y el de los constituyentes de garantías, quienes sí pueden confiar en lo que derive del Registro, teniendo en cuenta que el de estos dos tipos de terceros ha sido el ámbito propio de la publicidad registral. Estas ideas se basan en las que brillantemente ha expuesto Miquel González a propósito del pacto de reserva de dominio y su eficacia en relación con los terceros[42]. Por lo demás, nos remitimos a lo que posterior-

---

[41] Y ello a pesar de que el apartado *g)* del artículo 5 dispone que la determinación de la preferencia dependerá, en su caso, de si se trata de un derecho personal o real.

[42] Miquel, «La reserva de dominio», en Salustiano de Dios *et al*. (coords.) *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Madrid, 2007, págs. 528, 556, 569-572, 580-581, 585-588. Explica este autor, en relación con el pacto de reserva de dominio y la supuesta publicidad de la posesión, que la propiedad mobiliaria no requiere ningún tipo de publicidad para ser eficaz

mente se dirá a propósito de la necesidad de inscripción registral en la cesión de créditos en garantía.

3.5. Los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales

El artículo 9. 1. 1 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales de 2010[43] dispone que la cesión de créditos es la transferencia mediante un acuerdo entre el cedente y el cesionario. Y el artículo 9.1.7 añade que un crédito es cedido por el mero convenio entre cedente y cesionario, sin notificación al deudor. Hasta la notificación de la cesión, el deudor se libera pagando al cedente, pero después de la notificación solo se libera pagando al

---

erga omnes; la idea contraria es un tópico muy difundido que no distingue la diferencia entre acreedores y terceros adquirentes y que confunde la función de la posesión en el campo de la prueba (que sí existe), con la pretendida función de publicidad positiva a favor de terceros (que no existe). La necesidad de publicidad de las garantías en interés de los acreedores del comprador es un tópico infundado. Ningún acreedor podría invocar su confianza en que el bien que ha embargado pertenecía a su deudor por la posesión en que este se encontraba cuando le concedió crédito. Proteger a los acreedores por la publicidad de la posesión de su deudor es inconsecuente ya que nada impide al deudor enajenar sus bienes después de haber contraído una deuda. Los acreedores no tienen derecho a una composición determinada del patrimonio del deudor en un momento dado por la supuesta publicidad posesoria. Si un tercero acredita que lo poseído por el deudor le pertenece a él, nadie dudará de que pueda levantar el embargo.

Según Miquel, el principio básico de nuestro sistema es que la propiedad es eficaz *erga omnes,* salvo los casos establecidos por la ley. La norma general es que los acreedores no pueden cobrar a costa de bienes ajenos a su deudor y que la propiedad es eficaz *erga omnes*, sin perjuicio de las normas protectoras de terceros.

Rechaza el autor citado que el artículo 15 LVPBM se refiera a todo tercero (acreedores y terceros adquirentes). Esa interpretación, dice, impondría una publicidad a la propiedad mobiliaria que no se impone a la inmobiliaria. Los compradores de inmuebles en documento privado que han adquirido la propiedad por tradición levantan embargos a favor de acreedores del titular registral; se admite la prueba de la propiedad de adquirentes en documento privado en contra de la publicidad registral. Se reconoce, por tanto, sigue Miquel, que la falta de inscripción no les perjudica y que los acreedores del titular registral no son terceros protegidos, aunque anoten el embargo. El artículo 15 LVPBM no debe interpretarse en el sentido de que lo no inscrito es inoponible a los acreedores del comprador porque estos no son propiamente terceros protegidos por la apariencia o publicidad de la posesión respecto de la composición del patrimonio de su deudor. Así pues, la reserva de dominio no inscrita debe ser oponible a los acreedores y a los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito; y es inoponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. El concepto de tercero del artículo 15 LVPBM merece una interpretación estricta, porque el principio es que el propietario prevalece sobre acreedores que embargan lo suyo y que los adquirentes de mala fe o a título gratuito no merecen ser mantenidos en una adquisición *a non domino*, concluye Miquel.

[43] En su 90.ª sesión, el Consejo de Administración de UNIDROIT adoptó la tercera edición de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales («Principios de UNIDROIT 2010»). No obstante, no se introdujeron cambios en el capítulo 9, sección 1, relativa a la cesión de créditos, cuya redacción, es, por tanto, igual que en la edición de 2004.

cesionario; el orden en que las notificaciones hayan sido recibidas determina la liberación del deudor en caso de sucesiones sucesivas; no obstante, la notificación no surte efectos si no se suministra prueba adecuada de la cesión, que el deudor puede solicitar al cesionario (arts. 9.1.10, 9.1.11 y 9.1.12). Finalmente, el cedente garantiza al cesionario, salvo pacto en contrario, que el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero (art. 9.1.15)[44].

Con estas normas queda diseñado un sistema de transmisión consensual del crédito que traslada a los efectos del contrato el desplazamiento patrimonial (prescindiendo de la notificación al deudor) y la responsabilidad del cedente por la falta de titularidad del crédito, puesto que si ha sido cedido con anterioridad a otro cesionario, este lo habrá adquirido desde la celebración del contrato y no quedará más que una indemnización al segundo cesionario al que se cedió un crédito ajeno. De esta manera quedan resueltas indirectamente las cuestiones de preferencia entre cesionario y acreedores del cedente o entre cesionarios sucesivos. La notificación al deudor es lo que determina cuándo se produce un pago liberatorio del mismo, omitiéndose cualquier referencia a su conocimiento de la cesión, como en la Convención de UNCITRAL; por tanto, los Principios establecen una regla de protección al deudor en atención a su buena fe (que viene marcada por la ausencia de notificación) que en nada prejuzga que el cesionario pueda reclamarle la prestación si prueba la cesión.

4. DERECHO ESPAÑOL: NORMAS GENERALES Y ESPECIALES SOBRE CESIÓN DE CRÉDITOS. TENDENCIAS Y PROBLEMAS

4.1. La interpretación doctrinal de los artículos 1526 y 1527 del Código Civil y la reforma de los Códigos Civil y de Comercio

Conviene comenzar recordando que el artículo 1526 del Código Civil no dispone el sistema transmisivo respecto de los derechos de crédito, sino que se limita a establecer cuando la cesión produce efecto frente a tercero, que no es sino desde la certeza de la fecha, de conformidad con los artículos 1218 y 1227 del Código Civil si se hubiera consignado en documento público o privado. Por tanto, que la oponibilidad del efecto transmisivo a los terceros dependa de la certeza de la fecha no significa que dicho efecto no se haya producido ya, no solo entre las partes, sino también frente a terceros, aunque no les perjudique sino con determinadas condiciones, ni tampoco puede implicar trasladar estas condiciones al ámbito del sistema de transmisión de la titularidad del crédito,

[44] Represa, *ob. cit.,* pág. 57.

para considerarlas presupuesto de la misma[45]. Además, entre esos requisitos no podría hallarse ni la entrega ni la notificación al deudor, no solo porque así se desprende del tenor literal del artículo 1526, que no se refiere a ellos, sino también porque tampoco se contienen en el artículo 1527 del Código Civil, que respecto de un tercero que se considera especial, el deudor cedido, se refiere al conocimiento de la cesión por él mismo para que la transmisión del crédito, ya producida de acuerdo con el sistema oportuno, le alcance y ya no pueda liberarse pagando al cedente. Debe plantearse en Derecho español si la transmisión de la titularidad del crédito queda sujeta a la teoría del título y el modo o no, y, una vez descartado esto, no hay razón para considerar *traditio* a una notificación que nuestro Derecho no exige, y mucho menos deducir la necesidad del modo del conocimiento de la cesión por el deudor al que alude el artículo 1527, cuando precisamente la referencia al conocimiento como requisito de oponibilidad de la cesión al deudor cedido supone una aproximación al modelo alemán, en el que, como sabemos, el crédito se transmite por el consentimiento de cedente y cesionario y la referencia al conocimiento del deudor cedido obedece al principio de protección del mismo, para quien una cesión no consentida no puede suponer perjuicio.

Debe destacarse como en un tema tan difícil y controvertido, como el de los efectos de la cesión de créditos entre las partes y frente a terceros, la doctrina, con algunas variaciones o divergencias, ha llegado a una coincidencia en lo fundamental. Así, con apoyo en los sólidos argumentos de autores como Pantaleón o Gavidia, doctrina y jurisprudencia posterior han mantenido el sistema de transmisión consensual en materia de cesión de créditos, de manera que los efectos traslativos se producen entre cedente y cesionario al celebrarse el contrato de cesión, sin necesidad de *traditio* ni de notificación al deudor cedido, sin perjuicio de la relevancia de esta última en otro orden de efectos[46].

---

[45] SSTS 27-6-2003 (Ar. 4313) y 4-11-2008 (Ar. 6928).

[46] Vid. García-Cruces, «El contrato de *factoring* como cesión global de créditos futuros», en *Anuario de Derecho Civil*, 1989, II, págs. 383, 387-389, 407-408; García Cantero, «Comentario a los artículos 1526 a 1530», en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, págs. 695, 698 y 705; Gaya Sicilia, «La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pág. 391; Aranda, *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, págs. 162-168; Recalde, «Contrato de *factoring* y cesión de créditos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de mayo de 1997)», en *Revista General de Derecho*, núm. 643, 1998, pág. 3993, y «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid, 2005, pág. 4336; Martínez Vázquez de Castro, *ob. cit.,* pág. 489; García Vicente, «Comentario a la STS de 27 de junio de 2003 *(RJ* 2003/4313)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, 2004, pág. 586; Lojendio, *Cesión de créditos...,* cit*.,* págs. 799 y 812; Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed., Madrid, 2008,

Así, en relación con dicha notificación se ha discutido si es necesaria para la eficacia de la cesión frente al deudor, para que este quede vinculado con el cesionario, o si, dando un paso más, debe partirse de la eficacia de la cesión incluso frente al deudor, de modo que la notificación sea determinante solo en materia de protección al deudor cedido y del pago liberatorio de este.

Pues bien, importantes razones llevan a considerar más acertada la segunda tesis y a considerar que, siendo el deudor un tercero, los efectos traslativos también se producen frente al mismo desde la celebración del contrato por cedente y cesionario, aunque no resulte perjudicado si no conocía la cesión, de modo que el artículo 1527 vendría a matizar el artículo 1526 en cuanto al deudor cedido. En materia de cesión de créditos se deben combinar dos planos: el jurídico-real, por lo que se refiere a la transmisión de la titularidad del crédito, y el obligacional, en cuanto lo cedido no es la propiedad o un derecho real, sino el lado activo de una relación obligatoria en la que la parte pasiva queda al margen de la cesión. Desde el primer punto de vista, y teniendo en cuenta, además, que los derechos de crédito se pueden asimilar a los bienes muebles en este ámbito[47], habría que afirmar que la titularidad de los mismos es oponible *erga omnes* y no puede quedar reducida a una relación *inter partes* cedente-cesionario[48]; como señala MIQUEL GONZÁLEZ, la propiedad debe ser oponible a los acreedores del cedente, pero también, pensamos, en el caso de la cesión de créditos, al cedido, como tercero que es. Ahora bien, la condición de parte en la relación obligatoria que experimenta una modificación subjetiva por cambio de acreedor impone una consideración especial del cedido, partiendo del principio de que una cesión no consentida, y ni siquiera conocida, no debe suponer un empeoramiento en su situación.

De otro lado, como dice PANTALEÓN, son cosas completamente distintas, que se han venido confundiendo, que la notificación al deudor o el conocimiento por este de la cesión sean requisito de la transmisión del crédito al cesionario o requisito de eficacia respecto del deudor cedido, por un lado, y que el deudor se

---

págs. 971 y 982; PEÑA, «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008/6928)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, pág. 899; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Comentario a los artículos 1526-1530», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. IV, Pamplona, 2011, pág. 307; REPRESA, *ob. cit.*, págs. 25-27, 111-116. STS 3-11-2009 (Ar. 5826).

No obstante, en el mismo año que el trabajo de PANTALEÓN se publica también la monografía de NAVARRO, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988, págs. 104, 145-153, quien sostiene la tesis cabalmente contraria: la aplicación de la teoría del título y el modo a la cesión de créditos, de manera que este no se puede entender transmitido por la mera perfección del contrato, siendo necesaria la entrega.

[47] DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 976, afirma que los créditos siguen en punto a su transmisión el régimen jurídico de los bienes muebles (salvo que se trate de créditos garantizados con hipoteca, que deben ser considerados como inmuebles).

[48] Idea tomada de las que mantiene MIQUEL GONZÁLEZ, a propósito de la reserva de dominio. Vid. nota 42.

libere si paga al cedente antes de conocer la cesión («pese a ser ya el cesionario su único y verdadero acreedor») o que el deudor pueda denegar la prestación al cesionario legítimamente mientras el cedente no le notifique la cesión o el cesionario le ofrezca un documento de cesión del crédito otorgado por el cedente, por otro lado. En la doctrina española, PANTALEÓN, en un estudio que es referente obligado en la materia, defiende que la cesión de créditos (la compraventa, donación, cesión en/para pago, etc.) es un contrato típicamente traslativo. Y lo es, a su juicio, no solo en los sistemas de transmisión consensual del dominio (caso francés o italiano), sino también en los supuestos en que rige la teoría del título y el modo para la transmisión de la propiedad (caso español): dicha teoría y, por tanto, los artículos 609 y 1096 del Código Civil español no son aplicables a la cesión de créditos, ni puede considerarse «modo» la notificación de la cesión al deudor cedido. En nuestro ordenamiento, sigue, no existe norma que exija notificación de la cesión al deudor cedido (ni en el Código Civil ni en la Ley Hipotecaria), de modo que no puede sostenerse que dicha notificación sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es posible mantener la teoría del título y el modo para la transmisión de créditos. PANTALEÓN insiste en la grave incongruencia que supone afirmar la eficacia traslativa inmediata de la cesión entre cedente y cesionario (desde la celebración del contrato de cesión) y retrasar, en cambio, la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento de la notificación o al conocimiento de la misma (siendo deudor del cedente hasta entonces): «una titularidad de un crédito que sea inoponible al deudor es un absurdo lógico». Así pues, sostiene, la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido, sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio; y si, según el artículo 1527 del Código Civil, se libera pagando al cedente, no se libera porque pague a quien sigue siendo acreedor para él, sino porque paga a un acreedor aparente (que tampoco es ya acreedor respecto de él)[49].

---

[49] PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., págs. 1060, 1063- 1070, 1078, 1084-1086, 1099-1101). Es absurdo, dice, imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no. El artículo 1527 no es dato normativo favorable a la tesis de la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido mientras no le sea notificada o mientras no tenga conocimiento de ella, sino que es una «medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1526 del Código Civil, la cesión de créditos puede ser plenamente eficaz *erga omnes* sin notificación de la misma al deudor, ni conocimiento de ella por este».

Considera este autor aplicable su tesis también a los créditos mercantiles (págs. 1078-1080), a pesar de que el artículo 347 del Código de Comercio dispone que para la transmisión basta con ponerla en conocimiento del deudor cedido, quedando obligado este con el nuevo acreedor en virtud de la notificación. Carece de sentido, dice, aplicar otro régimen jurídico a la cesión de los demás créditos, especialmente si se trata de defender un régimen más formalista para los créditos mercantiles. El Código Civil es ley posterior al Código de Comercio, además de que la regulación en aquel de la cesión de créditos es más completa en lo fundamental. En

De consulta obligada en esta materia son también los estudios de GAVIDIA SÁNCHEZ[50], de los que resulta igualmente imprescindible partir para afrontar el análisis de las propuestas de reforma de los Códigos Civil y de Comercio[51]. Según GAVIDIA, al efecto traslativo se refiere el artículo 1526 del Código Civil, y lo único que hace es excluir su oponibilidad en contra de terceros si no consta en documento de fecha cierta o si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad, según los casos, pero sin excluir la eficacia traslativa *inter partes*. Con la cesión válida el cedente deja de ser titular del crédito, pero solo desde que la

---

consecuencia, concluye, en la cesión de créditos mercantiles, al igual que en la de los civiles, la notificación de la cesión al deudor o el conocimiento de la misma por este ni es requisito constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, ni es requisito de eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.

Acerca del artículo 347 del Código de Comercio, y en la línea de PANTALEÓN, la STS 23-7-2007 (Ar. 4698). Partidaria de la notificación como presupuesto de la vinculación del cedido con el cesionario, en cambio, la STS 11-7-2005 (Ar. 5009).

[50] GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., págs. 177, 198-216, 250-251. Añade este autor que cuando en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria se emplea el término cesión, no se está pensando en el efecto cesión resultado de una entrega traslativa *ex* artículo 609 del Código Civil, sino en el título de cesión que la produce, pero que, conforme al artículo 1526 del Código Civil, no surte efecto contra tercero si no consta la certeza de su fecha o si no se ha inscrito en el Registro, de manera que, *a contrario*, está claro que, aún sin fecha cierta o sin inscripción en el Registro, la cesión del crédito sí surte efecto traslativo (inoponible a tercero) y que si consta la certeza de la fecha o si está inscrita en el Registro, la transmisión es oponible *erga omnes.* Además, la vigente regulación de la cesión de créditos es la del proyecto de 1851 y este, a su vez, procede del Código del cantón suizo de Vaud, resultando que en ninguno de los dos era necesaria la entrega para la producción del efecto traslativo; por tanto, cuando en el anteproyecto de Código Civil se volvió al sistema de título y modo para la transmisión de los derechos reales, se mantuvo el sistema de cesión del proyecto isabelino y la entrega del crédito siguió sin ser requerida para la adquisición del crédito por el cesionario; y cuando se aprueba la Ley de bases, la base número 20 cobra todo su sentido, sancionándose la separación de los sistemas de transmisión derivativa *inter vivos* de los derechos: sistema de título y modo para la propiedad y los demás derechos reales, por un lado, y cesión sin necesidad de entrega para los créditos, derechos y acciones, por otro.

[51] También cabe mencionar la tesis de ANDERSON, *La cesión de créditos hipotecarios (Requisitos para la transmisión-adquisición)*, Barcelona, 1999, págs. 44, 90-108, y *La notificación...,* cit., págs. 1259-1264, para quien los artículos 1526 y 1527 responden a un sistema traslativo puramente consensualista, de manera que la transmisión del crédito tendría lugar por el mero acuerdo de voluntades: el artículo 1526 solo recoge una condición de oponibilidad a terceros de la cesión ya producida, y el artículo 1527 contempla un supuesto de protección de la buena fe del deudor ante la negligencia de cedente y cesionario, que no le pusieron en conocimiento de la misma. Y esta autora justifica tal innovación con la admiración que sentía GARCÍA GOYENA por el sistema traslativo *solo consensu*, de modo que, suprimida toda referencia a la notificación en el Proyecto de 1851, se disipaba cualquier duda acerca de la naturaleza inmediatamente traslativa del acuerdo de cesión. Ahora bien, expuestas por la autora las limitaciones a que queda sometida dicha eficacia inmediata, concluye que nuestro sistema de cesión de créditos se sitúa a medio camino entre el alemán y el francés, agravando la distinción francesa entre diferentes frentes de eficacia, presentando hasta tres, según se trate de hacer valer la transmisión entre cedente y cesionario, o frente al deudor o frente a los demás terceros.

fecha de la cesión deba tenerse por cierta o desde su inscripción en el Registro esa transmisión perjudica a terceros no interesados en ella: los acreedores del cedente, otro cesionario en caso de doble o múltiple cesión, el deudor que pagó al cedente o negoció con él. No obstante, los terceros interesados en la cesión podrán hacerla valer frente al cedente o al cesionario, pudiendo probar la fecha del documento por cualquier medio de prueba y no solo por lo previsto en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil: así, los acreedores del cesionario, un subadquirente del cesionario, el deudor que se niega a pagar al cedente o a negociar con él. Respecto del artículo 1527 del Código Civil, sigue GAVIDIA, su ratio se halla en relación con el artículo 1164 del Código Civil y con el mismo se consigue referir el principio de no empeoramiento de la situación del deudor no solo a la situación en que se encontraba antes de la cesión, sino hasta que tuvo conocimiento de ella; aunque el deudor es un tercero, con lo dispuesto en el artículo 1527 se le otorga un tratamiento más favorable que el que reciben los demás terceros en el artículo 1526; en suma, la cesión no conocida por el deudor no es ineficaz, ni siquiera ineficaz para él, sino que le es inoponible, no le perjudica, sin perjuicio de que pueda probar que sí es eficaz y hacerla valer si es eso lo que le interesa. A favor de la no necesidad de la entrega del crédito para la eficacia traslativa de la cesión se encuentra, entre otros argumentos, añade GAVIDIA, que el artículo 609 no es aplicable a la transmisión y adquisición de créditos, sino a la propiedad y a los demás derechos reales, puesto que ha de interpretarse a la luz de lo que se establecía en la Ley de bases, de la que se deduce su aplicación solo a la traslación del dominio o derecho a él semejante.

Pues bien, podemos señalar algunos indicios de que para nuestro Derecho positivo se va acogiendo la doctrina favorable a la transmisión consensual de los derechos de crédito y que este es también el previsible camino que seguirán nuestros Códigos, tanto el civil como el de comercio[52]. Las propuestas de la Comisión General de Codificación, tanto la de la sección de Derecho Civil como la de la sección de Derecho Mercantil, pretendían una revisión y puesta al día de los respectivos Códigos en consonancia con la evolución de los diferentes ordenamientos europeos y en la línea de algunos textos unificadores internacionales, entre los que se citaban expresamente los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios de Derecho europeo de los contratos elaborados por la Comisión Lando.

No obstante, conviene citar también, como muestra de la tendencia señalada, la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de

[52] El artículo 31 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, e incorpora la Directiva 2008/48/CE, simplemente dispone que se informará al consumidor de la cesión de los derechos del prestamista a un tercero, excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor.

las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (modificada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aunque no en lo que aquí interesa), que se refiere a las cesiones de los créditos empresariales por parte de un empresario a favor de una entidad de crédito, estableciendo que tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión, siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1218 y 1227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Por tanto, así como el artículo 1526 se refiere a la certeza de la fecha de la cesión para regular la oponibilidad a terceros, la disposición citada menciona ya la certeza de la fecha del contrato de cesión para fijar el momento en que la cesión afecta a los terceros.

La propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, elaborada por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se ocupó de la cesión de créditos mercantiles en el marco del «absolutamente indispensable» (como se le denomina en la Exposición de Motivos) proceso de modernización de la legislación mercantil española[53]. La regulación que se propone, explica la Comisión, trata de facilitar la circulación de los créditos mercantiles con la necesaria seguridad para los interesados. Se aplicaría a las cesiones de créditos mercantiles a título oneroso, salvo a las sometidas a un régimen especial, y se completaría con las normas del Código Civil en lo no previsto (art. 74). Al efecto transmisivo se refiere el artículo 75, cuando dispone que los créditos mercantiles (existentes o futuros) se podrán transmitir por el acreedor cedente mediante acuerdo con el cesionario sin necesidad de consentimiento del deudor, y «se entenderán transferidos, salvo pacto en contrario, en el momento de celebrarse el acuerdo de cesión». La seguridad del deudor cedido se garantiza de la siguiente manera: según el artículo 75.4, la cesión no afecta a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que este lo consienta; y el artículo 78 regula la notificación: tanto el cedente como el cesionario pueden notificar la cesión al cedido, salvo pacto en contrario (aunque si la notifica el cesionario, el deudor puede pedirle que presente prueba suficiente de ella), y, realizada la notificación, solo el cesionario puede dar instrucciones para el pago; en virtud de la notificación de la cesión, el deudor queda obligado con el nuevo acreedor y desde ese momento solo se reputa legítimo el pago que le hiciere a él o siguiendo sus instrucciones.

Esta regulación suscita un comentario: la meridiana claridad de las normas que circunscriben el efecto traslativo al acuerdo de cesión y que descartan la necesidad de consentimiento del deudor se enturbia con la previsión de que sea precisa la notificación de la cesión para que el deudor quede obligado con el

[53] Propuesta publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia el 1 de febrero de 2006.

cesionario y que solo desde la notificación el cesionario puede dar instrucciones para el pago. ¿Es que la notificación al deudor supone nuevamente distinguir dos tipos de terceros (acreedores del cedente y ulteriores cesionarios, por un lado, y deudor, por otro) para disociar el sistema transmisivo del crédito, pareciendo, otra vez, que este no se ha transmitido frente al cedido hasta la notificación, asemejándose esta al modo? Si esto no es así, y creemos haber demostrado que no debe ser así, bastaría con el inciso final de la norma, disponiendo que desde la notificación solo es legítimo el pago hecho al nuevo acreedor; esto significaría que la cesión afecta al deudor desde el acuerdo de cedente y cesionario, y, por tanto, el cedente dejó de ser el acreedor, si bien se protege al deudor hasta la notificación de la cesión, tras la cual ya no queda liberado por el pago al cedente. Por lo demás, la regulación de la notificación y la omisión de toda referencia al conocimiento de la cesión por el cedido aproximan el sistema al de la Convención de UNCITRAL y a los Principios de UNIDROIT. Y, finalmente, y también como en estos últimos, la ausencia de normas sobre los posibles conflictos entre el cesionario y los acreedores del cedente o entre cesionarios sucesivos hace suponer que han de resolverse de acuerdo con la regla de transmisión del crédito al cesionario por el mero consentimiento. Únicamente se prevé, igual que en los Principios de UNIDROIT y también en los PECL (aunque estos establecen también diversos criterios de prelación, como vimos), y ello concuerda con lo que se acaba de afirmar, que el cedente responde frente al cesionario de los perjuicios que le ocasione la falta de titularidad (art. 77.1); y a esta disposición puede extenderse lo que a continuación decimos sobre la que también contiene la propuesta civil.

La propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, también se ocupó de la cesión de créditos (existentes o futuros) en el marco de la conveniente reforma del Derecho general de obligaciones y contratos[54]. Según el artículo 1215, la transmisión del crédito se produce por el consentimiento de cedente y cesionario y sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor. Solo a petición del cesionario, dispone el artículo 1217. 2, el cedente está obligado a formalizar la cesión en escritura pública; pero el cedente, establece previamente el artículo 1217. 1, debe facilitar al cesionario el documento de donde resulte el crédito y los demás elementos probatorios del mismo de que disponga, así como colaborar de buena fe con el cesionario en la realización del crédito cedido. Por último, junto con las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario, el artículo 1220 dispone que el deudor puede hacer valer frente al cesionario el pago hecho al cedente antes de tener aquel conocimiento de la cesión. Así pues, sistema de transmisión consensual

[54] *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

del crédito y principio de protección del deudor hasta el conocimiento de la cesión (no la notificación, con lo que el sistema se aproxima al de los PECL). A ello se suma lo que dispone el artículo 1218, según el cual el cedente a título oneroso responde de la existencia, titularidad y transmisibilidad del crédito, a no ser que lo haya cedido como dudoso.

La norma que establece una garantía del cedente por la titularidad del crédito supone una responsabilidad contractual frente al cesionario al que se ha cedido un crédito ajeno o un crédito que ya había sido objeto de una cesión anterior, responsabilidad adecuada para un sistema en que prevalece la adquisición del crédito por el primero en celebrar el contrato (como ocurriría de acuerdo con los Principios de UNIDROIT, pero no conforme a los PECL). Esta responsabilidad presupone la validez del contrato que la origina y todo ello implica que en el sistema así diseñado, aunque el contrato produce efectos reales (y no es únicamente título, como en el terreno de la transmisión de la propiedad y los derechos reales), la titularidad del transmitente no es requisito constitutivo del contrato (lo que podría suponer la nulidad del mismo si faltara), sino que se traslada al ámbito de las obligaciones derivadas del contrato: si el cedente responde por la titularidad del crédito, no lo hará si tras la celebración del contrato, que no es nulo pese a no ser titular del crédito cedido, deviene titular. En fin, en caso de cesiones sucesivas del mismo crédito, no es posible que se produzcan adquisiciones *a non domino* del crédito (como podría ocurrir si, tras afirmarse la transmisión en virtud del convenio cedente-cesionario, se estableciese que el primero en notificar resultaría preferido, pese a haber celebrado el contrato después) y el conflicto se resolverá con la correspondiente indemnización al segundo cesionario, que ve frustrada su adquisición al mantenerse la del primero.

4.2. Cesión de créditos hipotecarios

Es pacífico en la doctrina que, partiendo de que el artículo 1528 del Código Civil es una norma dispositiva, el crédito puede transmitirse sin la garantía hipotecaria que lo asegura, en cuyo caso esta se extinguiría[55]. Ahora bien, para los casos en que se cedan ambos, crédito e hipoteca, se ha discutido cuál es el momento en que se produce la transmisión. Se refieren a ello los artículos 1526.2 del Código Civil y 149 de la LH; de acuerdo con el primero, si la cesión del crédito se refiere a inmuebles, surte efecto frente a terceros desde la inscripción

[55] Jordano, «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999, pág. 1279: solo el cesionario, nuevo titular del crédito garantizado con la hipoteca, dice, puede ser titular de la hipoteca accesoria al crédito cedido, pero no necesariamente, ni simultáneamente (pág. 1280). Blanco, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009, pág. 66; Represa, *ob. cit.*, pág. 22.

registral; en virtud del segundo, el crédito garantizado puede transmitirse de conformidad con el artículo 1526 del Código Civil y la cesión de la titularidad de la hipoteca deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pero esta es la redacción del artículo 149 LH tras la reforma que introdujo en el mismo la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, ya que con anterioridad a la misma no se distinguía entre la transmisión del crédito garantizado y la de la hipoteca, sino que se establecía que el crédito hipotecario, como un todo, podía cederse siempre que se hiciese en escritura pública, se diese conocimiento al deudor de la misma y se procediese a la inscripción registral.

El tenor literal del artículo 149 LH anterior a la reforma suscitó la discusión doctrinal acerca del efecto transmisivo en la cesión de créditos hipotecarios, teniendo en cuenta que dicha norma requería tanto la notificación al deudor como la inscripción registral. Algunos autores se centraron en la exigencia de notificación al cedido, comparando el sistema con el de la cesión de créditos no garantizados, en el debate acerca de la vigencia o no en nuestro sistema de la teoría del título y el modo, mientras que otros lo hicieron en la necesidad de inscripción registral y en la controversia acerca de su carácter constitutivo o declarativo.

Entre los primeros destaca PANTALEÓN PRIETO, que mantiene su posición también para los créditos hipotecarios: la notificación de la cesión al deudor cedido no es elemento del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario; el artículo 149 LH debe ser leído conjuntamente con los artículos 151 LH y 243 RH, que demuestran que la cesión es válida y transfiere el crédito al cesionario, aunque no se haya puesto en conocimiento del deudor[56]. GAVIDIA opinaba que la consecuencia de la no notificación no es la no cesión, ni la ineficacia de esta, sino su inoponibilidad al deudor[57]. La supresión de la referencia al conocimiento del deudor en la reforma de 2007 viene a apoyar esta posición[58]; y, aunque se mantenga en el Reglamento Hipotecario, cuyos artículos sobre la cuestión no han sido modificados[59], habrá que entender que

---

[56] PANTALEÓN, *Cesión de créditos,* cit., págs. 1063-1064. Añade que lo dispuesto en el artículo 176 RH no es sino consecuencia de lo que prescribe el artículo 1527 del Código Civil.

También BLANCO, *ob. cit.*, págs. 127-135.

[57] GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pág. 283.

[58] Para BLANCO, *ob. cit.*, págs. 127-128, la supresión, con la reforma introducida en 2007, de la exigencia de notificación al deudor, no significa que los efectos de la cesión frente al mismo, como frente a los demás terceros, se producen también con la inscripción registral de la cesión, sino que las cosas siguen como antes, de manera que la oponibilidad de la cesión al deudor cedido depende de la notificación al mismo.

[59] Al conocimiento por el deudor de la cesión del crédito hipotecario se siguen refiriendo los artículos 176 y 242 RH, y a la notificación al mismo el artículo 243 RH.

Respecto del régimen anterior a la reforma de 2007, GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., págs. 268-275; ANDERSON, *La cesión*…, cit., págs. 123-145, y *La notificación…,* cit.,

ello es consecuencia de la regla del artículo 1527 del Código Civil; no obstante, la doctrina ha destacado la importancia de la notificación, en cuanto el pago liberatorio del cedido al cedente supondrá la extinción de la hipoteca.

Descartada la necesidad de dar conocimiento de la cesión al deudor en la nueva redacción del artículo 149 LH, son precisas, no obstante, igual que antes, la escritura pública y la inscripción registral. Respecto de la escritura, es sabido que la doctrina en general afirma la regla de libertad de forma para la cesión de créditos, incluidos los hipotecarios: en cuanto a estos, solo cabría considerar que la escritura es necesaria en cuanto presupuesto de la inscripción, de manera que su carácter declarativo o constitutivo dependería del carácter de la inscripción misma[60]. Tras la reforma del artículo 149 LH en 2007, lo que sigue bajo el principio de libertad de forma claramente es la cesión del crédito garantizado, que se regula por el artículo 1526 del Código Civil, pero no la transmisión de la hipoteca, que queda sometida a la exigencia de escritura pública[61]; no obstante, ahora, igual que antes, el valor de la escritura puede depender del valor de la inscripción, en cuanto que, si esta es constitutiva, aquella es el único medio de acceso al Registro de la cesión de la titularidad de la hipoteca.

Y esta precisamente, la del valor de la inscripción registral en la transmisión del crédito hipotecario, ha sido la cuestión más debatida en la doctrina. Inicialmente algunos autores se inclinaron por el carácter declarativo de la inscripción registral de la cesión del crédito garantizado, cesión que ya habría tenido lugar entre cedente y cesionario extrarregistralmente, de manera que la constancia en el Registro solo era oportuna a efectos de su oponibilidad *erga omnes*[62]. Sin embargo, autorizadas voces han postulado posteriormente el carácter constitutivo de la inscripción registral, de modo que no hay efecto traslativo, ni siquiera inter partes, hasta que dicha inscripción se practique, y esta es la opción que se ha elegido también en algunas normas.

Así, para empezar, de las palabras de Navarro Pérez se puede deducir una distinción entre la transmisión del crédito y la transmisión de la hipoteca que lo garantiza, pues afirmaba que el incumplimiento del requisito de la inscripción que establecía el artículo 149 LH no afectaba a la validez ni a la eficacia de la cesión del crédito principal, que depende únicamente del cumplimiento

---

págs. 1265-1286; Jiménez, «Sobre la cesión de los créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, 2006, págs. 467-481. Para el conocimiento y la notificación de la cesión tras la reforma, Blanco, *ob. cit.*, págs. 159-173; Represa, *ob. cit.,* págs. 42-47.

[60] Pantaleón, *Cesión de créditos,* cit., pág. 1099. Asimismo, según Jordano, *ob. cit.,* págs. 1288-1291, la escritura no es requisito de validez del contrato de cesión, ni en cuanto a la transmisión de la hipoteca, ni en cuanto a la del crédito; con relación a la hipoteca es solo un requisito mediato o indirecto, en cuanto que condiciona la inscripción registral. También Jiménez, *ob. cit.,* pág. 466.

[61] Blanco, *ob. cit.*, págs. 78-79, 108.

[62] STS 4-6-2007 (Ar. 3426).

de las formalidades previstas en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil. «La eficacia de la inscripción, todo lo más, trasciende a la transmisión de la hipoteca, es decir, del derecho accesorio, pero no afecta a la transferencia del derecho principal»[63].

JORDANO FRAGA parte de que cada uno de los derechos, el de crédito y el real de garantía, quedan sometidos a su propia ley de circulación, y de que la transmisión de ambos no es simultánea, sino que se produce una separación temporal/provisional. Así, la transmisión del crédito se produce por el simple acuerdo entre cedente y cesionario, pero la transmisión de la hipoteca requiere inscripción (constitutiva) en el Registro de la Propiedad, de manera que el cesionario no es titular de la garantía hipotecaria, tampoco frente al cedente, mientras la inscripción registral no se practique: la ley asigna el mismo valor a la inscripción registral a efectos del nacimiento de la hipoteca que a efectos de transmisión de la misma, de modo que lo que legalmente vale para la primera adquisición del derecho vale para las adquisiciones sucesivas; y ante el silencio del artículo 149 LH, el valor de la inscripción registral ha de extraerse de los artículos 1875 del Código Civil y 145 LH. Por tanto, si el primer cesionario no inscribe la cesión del crédito hipotecario a su favor, y el cedente vuelve a ceder el crédito garantizado con hipoteca a un segundo cesionario que reúne los requisitos del artículo 34 LH, será el segundo cesionario quien adquiera el crédito con la hipoteca *(ex* arts. 1526 CC y 34 LH), perdiendo el primer cesionario no inscrito su derecho de crédito previamente adquirido y viendo frustrada la posibilidad de consumar la adquisición de la hipoteca, sin perjuicio de la responsabilidad del doble cedente[64].

Por su parte, ANDERSON explica que una cosa es que la hipoteca sea funcionalmente accesoria al crédito y otra muy distinta que la transmisión del derecho real, a consecuencia de dicha accesoriedad, deba regirse por las normas dictadas para la cesión del derecho personal que garantiza. Se puede afirmar, dice, que la hipoteca es accesoria del crédito, sin dejar de reconocer que el cambio de titularidad de la hipoteca requiere el cumplimiento de ciertas formalidades que

---

[63] NAVARRO, *ob. cit.*, págs. 59-60. No obstante, observamos una contradicción en la explicación de este autor, por cuanto, tras afirmar que la inscripción mira solo a la oponibilidad a los terceros del traspaso de la hipoteca, mantiene también que mientras no se realiza la inscripción, el cedente es considerado titular de la hipoteca. Si esto último es cierto, será porque la inscripción es constitutiva, de modo que mientras no se practica no hay transmisión, ni siquiera entre cedente y cesionario, y no es solo un requisito de oponibilidad a terceros de la cesión del crédito hipotecario.

[64] JORDANO, *ob. cit.,* págs. 1275 y sigs. Lo explicado para la hipoteca se aplica también a la prenda, añade este autor: la garantía no se transmite al cesionario sin la pertinente *traditio/* modo, sin perjuicio de que la adquisición del crédito cedido ya se haya producido antes a favor del cesionario por el solo contrato de cesión; por tanto, lo normal es que primero se transmita el crédito y, sucesivamente, la prenda, originándose una transmisión temporalmente separada de crédito y garantía accesoria, producto de la aplicación de distintas leyes de tráfico.

se justifican por la naturaleza real y registral del derecho de garantía. No otorga, sin embargo, esta autora carácter constitutivo a la inscripción, aunque señala que es imprescindible practicarla, como deriva de la regulación positiva del ejercicio del derecho de hipoteca, que depende directamente de la legitimación que otorga el Registro. La inscripción de la cesión, sostiene, es más que una inscripción declarativa: el cesionario no inscrito no puede ejercitar la acción de devastación, ni negociar con el rango de la hipoteca, ni consentir la cancelación de la hipoteca, así como tampoco ejecutar la hipoteca a través del procedimiento judicial sumario o del procedimiento ejecutivo extrajudicial. Pero es menos que una inscripción constitutiva: en caso de doble cesión del crédito hipotecario por el mismo cedente, será preferido el que primero inscriba (siendo, además, de buena fe y habiendo adquirido a título oneroso, arts. 1473 CC y 34 LH), lo que supone una adquisición *a non domino* coherente con el carácter declarativo de la inscripción que es la regla general de nuestro sistema inmobiliario y con la idea de que es posible la adquisición del crédito fuera del Registro, pero no con una inscripción realmente constitutiva, que supondría que el único titular del crédito es el que consta en el Registro y no caben las adquisiciones *a non domino*[65].

En relación con la explicación de esta autora, efectivamente, parece que preferir al que primero inscriba supondría una adquisición *a non domino* del segundo cesionario si se mantuviera que la inscripción es declarativa y, por tanto, hubiera que admitir que el primer cesionario ya habría adquirido el crédito en virtud del convenio de cesión. Pero si se mantiene que la inscripción es constitutiva y que, por tanto, no hay adquisición, ni siquiera *inter partes,* por el primer cesionario que todavía no ha inscrito, no hay tal adquisición *a non domino*, sino una única adquisición, la del segundo cesionario que inscribe. Lo que ocurre es que si ha de separarse el sistema de circulación del crédito de las reglas de circulación de la hipoteca que lo asegura, esta disociación conduce a distintos efectos y, por tanto, a afirmar a la vez: de un lado, la adquisición *a non domino* del crédito por quien primero inscribe, pues adquiere el crédito a pesar de que ya lo habría adquirido el primero en contratar (de acuerdo con las reglas propias de transmisión de los créditos), y, de otro lado, la transmisión de la garantía hipotecaria del titular registral (el cedente garantizado). De manera que es posible que el crédito se ceda sin la hipoteca, pero, si esta no se excluye mediante pacto, se transmite a quien contrata con su titular según el Registro, arrastrando la adquisición del crédito por el mismo y provocando la frustración de la posibilidad de que el primer cesionario inscriba y sea preferido. En suma, la regla de protección del segundo cesionario produce la adquisición *a non domino* por este del crédito garantizado[66].

---

[65] Anderson, *La cesión*…, cit., págs. 163-188.

[66] Gavidia, *La cesión de créditos*, cit., pág. 217, al tratar la cesión de crédito ajeno, mantiene que son excepcionales los casos de adquisición *a non domino* de crédito cuya cesión

Finalmente, AMORÓS GUARDIOLA parte de los siguientes interrogantes: «¿cómo exigir la inscripción para reconocer la existencia del acreedor hipotecario primitivo, y no exigirla en cambio en la persona del cesionario acreedor garantizado posterior?»; «¿cómo es posible que, siendo constitutiva la inscripción de la hipoteca en su nacimiento originario, no lo sea en su adquisición derivativa por vía de cesión?». Las razones técnicas de esa exigencia legal parecen ser las mismas (la falta de posesión y la necesidad de publicidad), señala. AMORÓS GUARDIOLA parte de que es en los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria de 1946 donde se contienen los requisitos de la cesión de créditos, y no, por tanto, en el artículo 1526.2 del Código Civil, norma esta con un significado distinto. Los artículos 149 a 152 de la mencionada Ley coinciden con los artículos 150 a 152 de la Ley Hipotecaria de 1909; y, en concreto, el artículo 150 (que contenía los requisitos de escritura, inscripción y notificación al deudor), aunque no había sido modificado en 1909 (manteniéndose la redacción de la Ley Hipotecaria de 1861), debía ser situado y comprendido dentro de un sistema legal nuevo que imponía la inscripción constitutiva de la hipoteca: el sistema del Código Civil (art. 1875 CC). La cesión de créditos debía comprenderse dentro del nuevo marco legal, de manera que la inscripción es necesaria para la eficacia de la cesión frente a terceros (como antes del Código Civil), pero también «para la propia existencia del acto de cesión (inscripción constitutiva), de manera que el cesionario no será titular del crédito hipotecario mientras no haya inscrito la cesión, ni siquiera frente al cedente por virtud del contrato. Este solo sirve para la cesión del crédito ordinario sin garantía (que subyace a todo crédito hipotecario) o escriturario, pero no para la existencia de la cesión del crédito hipotecario, que exige la inscripción con carácter necesario, es decir, como requisito de validez y no de eficacia». Lo que regula el artículo 1526 es la prueba frente a terceros de los actos de cesión de créditos, remitiendo a la fecha fehaciente, de manera que, siendo su finalidad la probatoria, no puede considerarse una excepción de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. La remisión que realiza el artículo 1537 del Código Civil a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria excluye cualquier contradicción y determina la aplicación preferente de la Ley especial. Finalmente, en materia de derecho de hipoteca el principio inspirador es el de la inscripción constitutiva, y no debe acudirse al principio general de inscripción declarativa que informa nuestro sistema hipotecario, pues, no existiendo laguna legal y estando la cuestión perfectamente regulada en el artículo 149 LH, este debe integrarse con los artículos del Código Civil relativos a la misma materia[67].

---

fue contratada por quien no era su verdadero titular; podrán resultar de la inoponibilidad de una cesión anterior no inscrita frente al cesionario posterior de buena fe que haya inscrito su derecho (arts. 1526. 2 CC y 32 LH).

[67] AMORÓS, «La cesión de los créditos hipotecarios», en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003, págs. 3453, 3455-3471.

Pues bien, la actual redacción del artículo 149 distingue en incisos separados la cesión del crédito garantizado y la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza el crédito, estableciendo que esta última debe inscribirse y sin aclarar nada. El carácter de la inscripción registral sí quedaba claro en la redacción que el Antreproyecto de la Ley 41/2007 proponía: «el crédito garantizado con hipoteca podrá enajenarse o cederse con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. La transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice el cumplimiento de una obligación exigirá los mismos requisitos que para su constitución». Y aunque en el Proyecto de Ley ya se introdujo la redacción hoy vigente, parece que esta debe interpretarse en el sentido de la del Anteproyecto.

Sin embargo, tras la reforma, no todos los autores están de acuerdo en la interpretación del régimen legal. Así, para Manrique Plaza la reforma no implica disgregar el régimen del crédito garantizado y la cesión de la titularidad de la hipoteca, de manera que se cederían separadamente, y tampoco ha sido una auténtica modificación del régimen jurídico, sino tan solo una mejora técnica, unas pequeñas diferencias terminológicas que en nada afectan a lo esencial; así, con relación a la cesión de la titularidad de la hipoteca, escritura e inscripción no son requisitos de validez de la cesión sino condicionantes de su eficacia frente a terceros[68]. Sin embargo, Blanco distingue entre la transmisión del crédito al cesionario, que se produce desde el momento de la perfección del contrato (aunque frente a terceros no surte efectos sino desde la fecha de la inscripción en el Registro en virtud del art. 1526. 2 CC), y la transmisión del derecho real de hipoteca de cedente a cesionario, que es consecuencia de la inscripción y no del contrato de cesión (como deriva de la redacción actual del art. 149 LH)[69].

En consonancia con lo que ahora dispone el artículo 149 LH, la propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio elaborada por la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación disponía en el artículo 76 que la cesión de un crédito mercantil comprende sus garantías reales, sin necesidad de nuevo acuerdo. Pero añadía: «Si con arreglo al régimen propio del derecho de garantía fuera necesario un acto especial de cesión, el cedente estará obligado a realizarlo». Esta exigencia no aparece, en cambio, en la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código Civil de la sección civil, cuyo artículo 1216 se limita a establecer que la cesión de un crédito comprende la de la hipoteca, salvo pacto en contrario.

También se limitan a disponer la transmisión de los accesorios y garantías, junto con el crédito que se cede, el artículo 9. 1. 14 de los Principios de UNIDROIT y el artículo 5: 115 del DCFR. Más detallada, en cambio, es la

---

[68] Manrique, «La hipoteca: constitución y cesión», en Valerio Pérez de Madrid Carreras (coord.), *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 162-163.

[69] Blanco, *ob. cit.*, págs. 80, 107, 111.

regulación del artículo 10 de la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de UNCITRAL: dispone en su apartado 1 que la garantía personal o real del pago de un crédito quedará transferida al cesionario sin necesidad de que haya un nuevo acto de transmisión; pero si, sigue la norma, con arreglo a la ley, la garantía únicamente es transferible mediante un nuevo acto de transmisión, el cedente estará obligado a transferirla al cesionario junto con el producto de ella; y ello se entiende sin perjuicio, añade el apartado 6, de cualquier requisito impuesto por otra norma de derecho que no sea la presente Convención respecto de la forma o de la inscripción en un registro de la transferencia de toda garantía del pago de un crédito cedido.

Por su parte, el artículo 11: 201 de los PECL dispone que la cesión de un crédito transmite al cesionario todos los derechos accesorios de garantía. Así, se dice en el comentario, la cesión «puede» transmitir los derechos accesorios que aseguren el cumplimiento del deudor, como las garantías reales; entendemos que el verbo entrecomillado quiere aludir a la posibilidad de pacto en contrario, posible en ordenamientos como el español, pues a continuación se añade que en muchos ordenamientos la transmisión de los derechos accesorios se considera inherente a la cesión, hasta el punto de que no puede excluirse por convenio, lo que supondría dejar al cesionario sin derechos respecto a la garantía, con el resultado de que ni el cedente ni el cesionario podrían ejecutarla. Y, por otra parte, los derechos accesorios se transmiten de manera automática al cesionario y no exigen una cesión separada (se aclara expresamente en el comentario al artículo 11: 204); sólo si se trata de derechos no accesorios (como garantías a primera demanda) no se transmiten de manera automática con la cesión y se han de transmitir de manera específica al cesionario. Pues bien, sin perjuicio de que no sea necesario un nuevo, y separado, acuerdo de cesión, esto se ha de entender en consonancia con la necesidad de inscripción registral que pueda establecer el Derecho estatal, lo que ha de extenderse a la regulación del DCFR o de los Principios de UNIDROIT.

4.3. Prenda de créditos

En el Derecho español, autorizadas voces han asimilado cesión de créditos en garantía y prenda de créditos, descartando, puesto que nuestro sistema es causalista, que se transmita la titularidad plena al acreedor pignoraticio, que solo sería cotitular del crédito pignorado[70]. No obstante, otros autores identi-

[70] Pantaleón, «Cesión de créditos», *cit.,* págs. 1042-1048, y «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley*, Tomo 6, 1997, D-316, págs. 1461-1462, afirma que la cesión de créditos en garantía viene a ser una prenda de créditos, y explica que en un sistema de transmisiones patrimoniales causalista como el

fican la cesión en garantía con una cesión *pro solvendo,* afirmando el efecto traslativo[71].

En los textos internacionales que se vienen examinando cesión plena y cesión en garantía suelen quedar sometidas a las mismas normas. Pero en algunos se incluyen determinadas aclaraciones que indican la diferencia entre ambas, en el sentido de que cuando se trata de constituir una garantía sobre el crédito, la cesión no implica transmisión plena[72]. Así, el artículo 9.1.1 de los Principios de UNIDROIT dispone que la cesión de créditos incluye una transferencia a modo de garantía. También el artículo 2 de la Convención de UNCITRAL dispone que se considerará transferencia la creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación; pero en la Nota explicativa de la Secretaría se aclaraba que la definición de cesión abarcaba tanto la constitución de una garantía real sobre los créditos cedidos, como la transferencia de la *plena* titularidad de los mismos, no especificándose lo que constituye cesión pura y simple o cesión con fines de garantía, por estimar preferible que dicha cuestión sea resuelta por el derecho aplicable a la cesión al margen de la Convención.

El artículo 11: 101 de los PECL, apartados 4 y 5, establece que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la regulación tanto la cesión a título de garantía (lo que se considera inadmisible por algunos autores)[73], como el

---

nuestro, las prendas de crédito no pueden producir el efecto de transmitir al cesionario la íntegra titularidad del crédito: en el Derecho español las cesiones de crédito con finalidad de garantía no pueden ser plenas, sino que sólo caben cesiones realmente limitadas, que generan una especial situación de cotitularidad del crédito entre cedente y cesionario congruente con la causa de garantía.

También para ARANDA, *La prenda de créditos,* cit., págs. 63-149, la prenda de créditos es una cesión de créditos con causa de garantía, de manera que no se transmite al acreedor pignoraticio o cesionario la titularidad plena, sino una serie de facultades del derecho de crédito, originándose una situación de titularidad concurrente sobre el mismo.

En el mismo sentido, afirmando que la cesión de créditos en garantía equivale a una prenda de créditos, RECALDE, *La separación concursal…,* cit., pág. 4336.

Vid. STS 5-3-2004 (Ar. 1808).

[71] Sobre la cuestión, PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *cit.,* págs. 1051-1052; GARCÍA VICENTE, «Comentario a las SSTS de 5 de marzo de 2004 *(RJ* 2004/1808 y 1811)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, pág. 1204, y *La prenda de créditos*, Navarra, 2006, págs. 233-238; ORTI*, ob. cit.,* págs. 10-11, 15.

[72] Sobre los sistemas alemán y francés, CASHIN-RITAINE, *ob. cit.,* págs. 359-402.

[73] ORTI*, ob. cit.,* págs. 9-10, considera que la norma puede contentar a los países en los que impera un sistema abstracto en las transmisiones patrimoniales *inter vivos*, pero es inadmisible donde rija un sistema causalista, como en España. La función de la causa de la cesión (la transferencia del crédito) no opera este efecto si no va acompañada de una específica finalidad; si la cesión, añade, sirve para cumplir una función distinta de la genuina transmisión del crédito, la cesión no produce el efecto que le es propio, sin perjuicio de que pueda producir otro. Por tanto, concluye el autor citado, no son cesiones plenas y no producen la transferencia del crédito la cesión con finalidad de cobro y la cesión en garantía; y sí lo son, produciéndose el efecto transmisivo, la cesión en pago, tanto en su modalidad *pro soluto* como *pro solvendo*.

otorgamiento convencional de un derecho de garantía del crédito por un mecanismo distinto a la cesión. En el comentario a estas normas se explica que con esta fórmula general se evita la referencia a formas específicas de garantía de cada ordenamiento «que no implican transmisión, como el supuesto de la prenda o pignoración»; con las debidas adaptaciones, de modo que las referencias a la cesión deben entenderse hechas también a la entrega del crédito a título de garantía, se aplicará el capítulo dedicado a la cesión de créditos a los supuestos de constitución de garantías sin transmisión de derechos. Sin embargo, el artículo 5: 102 (2) del DCFR define la cesión como el contrato o acto jurídico dirigido a transmitir el derecho, a lo que añade el artículo 5: 103 que para las cesiones con finalidad de garantía se aplican las normas del libro IX, que tienen prioridad sobre las normas relativas a la cesión de créditos.

Partiendo de la tesis de la concurrencia de titularidades, en cualquier caso, la finalidad de garantía no impide la aplicación de los artículos 1526 y 1527 del Código Civil a esta cesión de créditos, en relación con la oponibilidad de la misma a terceros. Lo que ocurre es que, siendo ahora el cesionario un acreedor pignoraticio, no puede reproducirse cuanto se lleva dicho. En la cesión de créditos plena el cesionario es el adquirente del crédito y nuevo acreedor, pudiendo hacer valer su titularidad tanto frente a acreedores del cedente como frente a cesionarios sucesivos (además del deudor). En la prenda de créditos la eficacia de la cesión puede plantearse asimismo en relación con ulteriores cesionarios (tanto cesionarios plenos, como en garantía) (además del deudor), y frente a los acreedores del cedente, pero ahora para valorar si el cesionario puede, como acreedor garantizado que es, no ya ejercitar una tercería de dominio ante el embargo o un derecho de separación en el concurso, pues no es titular pleno del crédito, sino ejercitar una tercería de mejor derecho o gozar de privilegio.

Planteada en estos términos la cuestión de la eficacia de la cesión de créditos en garantía, hay que partir de las palabras de PANTALEÓN[74]: a la prenda de créditos se aplican por analogía los artículos 1526.1 y 1527 del Código Civil, de manera que su eficacia frente a terceros no requiere necesariamente instrumento público, ni es requisito constitutivo de la prenda la notificación de la cesión al deudor del crédito pignorado[75]; en cuanto verdadero cotitular del crédito pignorado, la posición del cesionario-acreedor pignoraticio es privilegiada frente a los restantes acreedores del cedente-constituyente de la prenda

[74] PANTALEÓN, «Prenda de créditos», *cit.,* págs. 1461-1462.

[75] Sobre la función de la notificación de la prenda al deudor cedido, ARANDA, *La prenda de créditos,* cit., págs. 157-174, y «La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías mobiliarias,* MIQUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013, págs. 55-59; GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 61-73; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La prenda de créditos: análisis de la realidad actual de una institución», en CAÑIZARES LASO (coord.), *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías,* Navarra, 2013, págs. 152-156.

(debiendo decidir si ese privilegio se funda en una interpretación extensiva del art. 1922.2.º CC o en su aplicación analógica)[76]. De manera que el éxito de la tercería de mejor derecho que ejercitase el cesionario-acreedor pignoraticio ante el procedimiento de ejecución singular promovido por los acreedores del cedente-deudor pignoraticio, dependerá de la certeza de la fecha de la cesión, de acuerdo con el artículo 1526.1 del Código Civil, sin que sean precisos el documento público o la inscripción registral de la cesión.

A la eficacia de la cesión de créditos en garantía en el concurso del cedente-deudor pignoraticio se refiere el artículo 90.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que regula los créditos con privilegio especial. Según el apartado 6.º, son créditos con privilegio especial los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, pero si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados[77]. PANTALEÓN criticó la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, en la que no existía esta referencia especial a la prenda de créditos, proponiendo una norma según la que, para que gozara de privilegio el crédito, el contrato de cesión en garantía de créditos o derechos debería constar en documento de fecha cierta anterior a la fecha de la declaración judicial de concurso[78]. Así pues, el acreedor garantizado (cesionario) podrá hacer valer en el concurso el privilegio que deriva de una cesión anterior a la declaración de concurso del cedente, si consta en documento con fecha fehaciente.

También se refirió a las formalidades de la pignoración de créditos, en el ámbito de las garantías financieras que regula, el Real Decreto-ley 5/2005, de

---

[76] Según ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., págs. 199-231, y «La prenda de créditos en el Derecho español», *cit.,* págs. 48-55, para la eficacia de la prenda de créditos frente a terceros (acreedores del cedente o cesionarios sucesivos) se aplica la normativa de la prenda y, por tanto, ha de estarse a la fecha cierta del contrato (art. 1865 CC). Frente a los acreedores del cedente, la posición del cesionario garantizado es similar a la de un acreedor pignoraticio ordinario: goza del privilegio del artículo 1922.2.º del Código Civil y, en caso de concurso del cedente-pignorante tiene un derecho de abstención y de ejecución separada como titular de una garantía; si se embarga el crédito pignorado, el cesionario garantizado puede ejercitar una tercería de mejor derecho para satisfacerse con preferencia frente al acreedor embargante (debiendo atenderse a las fechas de constitución de la prenda y del embargo). Si fuera el cesionario el insolvente, el cedente o sus acreedores podrían ejercitar una acción de separación *ex iure dominii*. Y finalmente, el conflicto entre el acreedor pignoraticio y los cesionarios sucesivos se resuelve atendiendo al criterio de la certeza de la fecha dispuesto en los artículos 1526 y 1865 del Código Civil.

También acerca del privilegio del acreedor pignoraticio, GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 123-137.

[77] GARCÍA VICENTE, «La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario SJM 2, Barcelona 30-9-2008)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, 2009, págs. 405, 412-415, insiste en lo que dispone el artículo 90.1.6.º LC para considerar inaceptable la tesis del valor constitutivo de la notificación al deudor del crédito pignorado.

[78] PANTALEÓN, «Prenda de créditos», *cit.,* pág. 1462.

11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorpora la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera[79]. De acuerdo con el artículo 8, el acuerdo de garantía financiera deberá constar por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba. No obstante, sigue el apartado segundo, además del acuerdo anterior, la constitución de la garantía requerirá la aportación del activo objeto de la garantía y constancia de ello por escrito o forma jurídicamente equivalente. A estas previsiones ha venido a añadir la Ley 7/2011, de 11 de abril, de reforma del Real Decreto-ley mencionado, que para los derechos de crédito, su inclusión en una lista de créditos presentada al beneficiario de la garantía por escrito o de forma jurídicamente equivalente bastará para identificar el derecho de crédito y para demostrar la aportación de este crédito como garantía financiera entre las partes y contra el deudor o los terceros. Sin embargo, añade la norma, el deudor que pague antes de ser notificado de la aportación del derecho de crédito en garantía, quedará liberado. En suma, la cuestión de la oponibilidad del acuerdo de garantía a terceros, incluido el deudor (salvo una regla específica de protección del mismo), se soluciona con la constancia del mismo por escrito.

Llegamos, así, a la regulación del tema que resulta más discutible. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, introdujo en su disposición final tercera, apartado tercero, una modificación del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, que pasó a disponer que los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento y «para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles»[80]. Ya antes autores como García Vicente denunciaban el problema de las «garantías ocultas» o de la existencia de garantías sin publicidad alguna, si bien terminaba considerando excesiva la inscripción registral y planteando el tema como una cuestión de información dinámica de la situación de solvencia de los deudores[81]. Pérez de Madrid explica que el *leit motiv* de la reforma que la Ley 41/2007 introduce en la LHMPSD era poner fin a las garantías ocultas mediante la inclusión obligatoria de las prendas de créditos en el Registro de Bienes Muebles. Ahora bien, esto no se ha conseguido porque,

---

[79] Sánchez Hernández, *ob. cit.,* págs. 146-148, y Garcimartín Alférez, «Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* Miquel González (dir.), Madrid, 2013, págs. 69-92.

[80] Sánchez Hernández, *ob. cit.,* págs. 148-152.

[81] García Vicente, *La prenda de créditos*, cit., págs. 239-246. Admite este autor que es posible discutir si la publicidad registral informa sobre el grado de solvencia de un deudor o si tiene una función limitada a advertir a los sucesivos subadquirentes de las cargas o gravámenes que soportan los bienes que adquieren.

dice, como se deduce del artículo 56 LHMPSD, la inscripción de la prenda de créditos no asegura que no haya prendas anteriores preferentes, ni exactitud, ni legitimación, ni oponibilidad de lo no inscrito, ni fe pública ni reipersecutoriedad. Y es que, añade, la publicidad no tiene el monopolio de la oponibilidad, porque caben derechos reales oponibles a tercero por la constancia en documento público, como demuestran los artículos 1865, para la prenda, o el 1218, en general[82].

En efecto, partiendo, con MIQUEL GONZÁLEZ, de que la publicidad registral no es un mecanismo de protección de los acreedores, sino de los adquirentes, nada supondrá para aquellos que la prenda de créditos se haya inscrito en el Registro de Bienes Muebles[83]. La preferencia de la prenda debe derivar de su prioridad según su fecha, pero no de una inscripción, que puede que no exista cuando se consulta el Registro, constando, sin embargo, inmediatamente después. Así como el problema de las prendas ocultas podría presentarse a los terceros adquirentes (respecto de los cuales puede plantearse si habrían de soportar el gravamen no inscrito), no ocurre lo mismo con los acreedores, que, como dice el autor citado, no tienen derecho a una determinada composición del patrimonio del deudor, y, por tanto, resultarán afectados por los actos de su deudor anteriores al embargo, consten o no registralmente[84]. La reforma que introdujo la Ley 41/2007 no tuvo en cuenta que, como disponen los artículos 1865 del Código Civil y 56 LHMPSD, la prenda ha de ser oponible a los acreedores si consta en documento de fecha auténtica anterior, sin necesidad de inscripción registral.

Desde esta perspectiva se entenderá, pues, el juicio desfavorable que también merece la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal de 2003, que establece un inciso más en el artículo 90.1.6.º LC (apartado 61 del artículo único), según el cual la prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso[85]. La necesidad de constancia registral de la prenda anterior a la declaración de

---

[82] PÉREZ DE MADRID, «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión (LHMPSD)», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.), *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Madrid, 2008, págs. 346, 349-350, 355-357.

[83] MIQUEL, «La reserva de dominio», *cit.*, págs. 528, 556, 569-572, 580-581, 585-588, e «Introducción», *cit.*, págs. 17-21.

[84] Como señalan MIQUEL - GARCIMARTÍN, «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40, pág. 28, ningún acreedor ordinario consulta el Registro antes de dar crédito, y hacen bien, porque nada impide que al día siguiente su deudor venda o grave los bienes.

[85] Sin embargo, el Proyecto de Ley, de 23 de marzo de 2011, disponía únicamente que la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso.

concurso, para que el acreedor garantizado goce de privilegio especial cuando el crédito nazca después de la declaración de concurso, implica supeditar la condición de los acreedores a la publicidad registral y someter el privilegio derivado de la garantía a una inscripción de la prenda, siendo así que ésta, por el contrario, debería ser oponible a los acreedores en función de su fecha. Obviando esto, la inscripción registral de la prenda sin desplazamiento de créditos se establece porque «la publicidad busca la oponibilidad del privilegio frente a terceros», ha declarado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de mayo de 2012 *(JUR* 2012/210678), «sobre los problemas organizativos que plantea la inscripción en "un Registro Público" a que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal». El registro público al que se refiere el artículo 90.1.6.º LC, aclara la Instrucción, es el Registro de Bienes Muebles donde hubiere de inscribirse la prenda sin desplazamiento de créditos, y dentro de él la inscripción se practicará en la sección cuarta, «otras garantías reales»; de otro lado, el criterio para determinar la oficina registral competente para la inscripción es la regla de competencia residual del artículo 70.4.ª LHMPSD: inscripción en el registro correspondiente al domicilio del pignorante (Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero). Finalmente, sigue la Instrucción, la prenda sin desplazamiento podrá constituirse en escritura pública o en póliza intervenida por notario y cada escritura o póliza se inscribirá en un solo asiento, cualesquiera que sean los créditos dados en garantía; una vez practicada la inscripción, el registrador extenderá las correspondientes referencias previstas en el artículo 8 RHMPSD en el índice de acreedores y en el índice de pignorantes; y la publicidad formal que se dé en Internet a través del Fichero Localizador de Bienes Muebles Inscribibles en el portal del Colegio de registradores deberá permitir búsquedas de las prendas de crédito inscritas en cualquier registro en razón del pignorante que las consintió; los créditos pignorados se identificarán por una descripción sumaria pero suficiente, que puede ser literal en su caso, y de cualquier forma se incluirá una referencia al importe del crédito asegurado o la cifra máxima de responsabilidad (Fundamento de Derecho octavo).

4.4. Cesión de créditos futuros y *factoring*

Admitida, tanto a nivel doctrinal como a nivel normativo (en todos los textos unificadores internacionales que se vienen citando), la cesión de créditos futuros, ha planteado alguna duda, no obstante, la cesión global de dichos créditos[86]. Aho-

[86] Pantaleón, «Cesión de créditos», *cit.,* págs. 1094-1096, y «Prenda de créditos», *cit.,* pág. 1461; García-Cruces, *ob. cit.,* págs. 393-400; García de Enterría, *Contrato de* factoring *y cesión de créditos*, Madrid, 1995, págs. 53-102, 177-186; Recalde, «Contrato de

ra bien, ciñéndonos al tema de los efectos de la cesión de créditos futuros, suele afirmarse, partiendo de un ordenamiento causalista como el español, que dichos efectos dependen de la modalidad de *factoring* acogida por los contratantes y que ésta, a su vez, viene determinada por la finalidad perseguida por las partes[87].

Así, García de Enterría afirma que no se plantea problema de oponibilidad en los supuestos en que el *factoring* equivale a una comisión de cobro (que él denomina *factoring* con recurso y sin financiación), puesto que, no producida la transmisión del crédito, los acreedores del cedente podrían embargarlo, sin que a la sociedad de *factoring* corresponda tercería alguna. Y para las modalidades en que se produce desplazamiento de los créditos del patrimonio del empresario al patrimonio de la sociedad de *factoring* (supuestos de *factoring* sin recurso y de *factoring* con recurso y con financiación), del artículo 1526 del Código Civil resulta que el cesionario sólo puede prevalecer sobre los acreedores del cedente o sobre otros posibles cesionarios del mismo crédito cuando acredite la prioridad temporal de su derecho, ya sea mediante escritura pública o, cuando se trate de documento privado, cuando la fecha de este pueda ser suficientemente acreditada en la forma prevista en el artículo 1227 del Código Civil o a través de cualquier otro medio de prueba[88].

En parecido sentido, para Recalde la causa económica que subyace a la cesión determinará las consecuencias en caso de concurso del cedente. Así, si la cesión se hizo con fines de mero apoderamiento para el cobro del crédito por el cesionario, el cedente seguirá siendo el titular del crédito, que se incluirá en el inventario de la masa. En cambio, en la cesión de créditos en garantía de un crédito del cesionario contra el cedente (caso del *factoring* impropio o con recurso), se aplicarán las normas de la prenda de créditos, de manera que el acreedor pignoraticio tendrá un privilegio especial para un cobro preferente con el importe del crédito cedido (art. 90.1.6.º LC). Por último, si la cesión tuviera plenos efectos traslativos (caso del *factoring* propio o sin recurso), el cesionario gozará de un derecho de separación para evitar la inclusión del crédito en la masa activa (art. 80 LC)[89].

Por tanto, la modalidad de *factoring*, determinada por la finalidad perseguida por las partes, implicará o no efectos traslativos y distintas consecuencias en orden a la posición del cesionario, tanto frente a los acreedores del cedente como frente a cesionarios sucesivos. Pero, además de lo anterior, la oponibilidad de la

---

factoring…», cit., pág. 3992; García Vicente, *La prenda de créditos*, cit., págs. 153-158, 160-164, 167-169, 186-192, 204-218; Orti*, ob. cit.,* págs. 4-9, 15-24, 27-29.

[87] En especial, García de Enterría, *ob. cit.,* págs. 103-167.

Afirman el efecto traslativo Recalde, «Contrato de *factoring*…», *cit.,* págs. 3992-3993; García Vicente, «Comentario a las SSTS de 5 de marzo de 2004 *(RJ* 2004/1808 y 1811)», *cit.,* pág. 1207. Vid. SSTS 11-2-2003 (Ar. 938) y 4-12-2007 (Ar. 8897).

[88] García de Enterría, *ob. cit.,* págs. 169-173.

[89] Recalde, «La separación concursal…», *cit.,* págs. 4337-434.

cesión a terceros dependerá, como ha explicado la doctrina, de que la cesión del crédito futuro tenga efecto retroactivo al momento del convenio de cesión o no.

En el caso de concurso, PANTALEÓN distinguía, en línea con la doctrina y jurisprudencia alemanas: si al convenirse la cesión anticipada o, al menos, antes de la fecha de la quiebra, estaba ya celebrado el contrato duradero (por ejemplo, de suministro), fuente de los créditos futuros objeto de la cesión global en garantía, dichos créditos nacerán pignorados, pese a generarse tras intervenir la quiebra, con base en la expectativa de pignoración ya transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio; y ocurrirá lo contrario (integración, no pignorados, en la masa activa de la quiebra) con los créditos que nazcan de contratos que, aunque contemplados ya al tiempo de pactarse la cesión anticipada en garantía como fuente de créditos objeto de pignoración, no se hayan perfeccionado antes de la fecha de la quiebra. De acuerdo con lo anterior, proponía la inclusión de una norma en la Ley Concursal según la cual en caso de cesión anticipada de créditos futuros en garantía, sólo se gozará del privilegio sobre los créditos nacidos de un contrato ya celebrado o de una relación jurídica ya constituida en fecha cierta anterior a la fecha de la declaración de concurso[90].

Un posterior desarrollo de las ideas de PANTALEÓN se puede encontrar en la posición de ORTI[91]. Partiendo de que la cesión de los créditos en garantía también es posible en el *factoring*, pero sin que en ese caso se produzca efecto traslativo, ORTI señala otras modalidades en que el cesionario-factor también puede financiar, pero convirtiéndose en titular de los créditos, porque en ellas la función traslativa es plena: la cesión en pago (*factoring* sin recurso) y la cesión para pago (*factoring* con recurso). Respecto de los cesionarios sucesivos, sostiene ORTI que para que la cesión sea oponible al segundo cesionario habrá que atender a la certeza de la fecha, solucionándose las cuestiones relativas al pago liberatorio del deudor por el artículo 1164 y 1529 del Código Civil, junto con las reglas del cobro de lo indebido. Por lo que se refiere a los acreedores del cedente debe realizarse una distinción, en atención al momento en que se produce la adquisición del crédito por el cesionario: *a)* créditos surgidos de relaciones jurídicas ya nacidas al tiempo del contrato de cesión: puesto que la adquisición se produce en el momento del acuerdo de cesión (en la medida en que la fecha del contrato de cesión sea oponible a terceros, de acuerdo con los arts. 1218 y 1227 CC), los acreedores del cedente no podrán embargar el crédito, disponiendo el cesionario de una tercería de dominio; *b)* créditos cuyo

---

[90] PANTALEÓN, «Prenda de créditos», *cit.,* pág. 1462. En la misma línea, GARCÍA VICENTE, «La inconsistencia de la prenda…», *cit.,* pág. 416.

[91] También GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, cit., págs. 179-186, si bien a continuación critica esa distinción de los créditos futuros en función de que nazcan de relaciones obligatorias preexistentes o de contratos todavía no celebrados (págs. 206-208).

contrato fuente todavía no existe: rechazándose la adquisición del crédito con efecto retroactivo al momento de la cesión, los acreedores del cedente cuyos derechos sean anteriores al momento de surgimiento del contrato origen del crédito, podrán embargarlo y gozarán de prioridad sobre el cesionario, pero no gozarán de esa prioridad los acreedores del cedente cuyos derechos se originen entre el surgimiento de la relación fuente del crédito y el nacimiento del crédito mismo[92].

De acuerdo con lo anterior, la retroactividad de los efectos de la cesión del crédito depende de que el contrato origen de los créditos futuros se hubiese celebrado ya o no cuando se conviene la cesión de los créditos por nacer: se admite en el primer caso (contrato fuente ya existente) y se rechaza en el segundo (contrato fuente todavía inexistente). El cesionario es preferido a los acreedores del cedente en el primer caso porque se entiende que adquirió el crédito (si se trataba de una cesión plena) en el momento en que se convino su cesión (retroactividad al momento del acuerdo de cesión), pero no en el segundo, en el que han de ser preferidos los acreedores del cedente anteriores al contrato fuente (irretroactividad o, mejor, retroactividad solo al momento del contrato fuente)[93].

La solución de la retroactividad al momento del acuerdo de cesión ha sido acogida en algunos textos unificadores internacionales, con las consecuencias que ello implica, como se acaba de ver.

Según el artículo 9.1.5 de los Principios de UNIDROIT, el crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que, cuando llegue a existir, pueda ser identificado como aquél al que se refería la cesión. También, en cuanto al momento en que surte efectos la cesión de un crédito futuro, el artículo 11: 202 de los PECL establece un efecto retroactivo, «de especial interés en sede de prelación», dice el comentario al mismo; así, dispone que la cesión de un crédito futuro depende de la existencia del crédito cedido, pero en el momento en que su existencia sea cierta, surtirá efecto desde la fecha del acuerdo de cesión o desde el momento posterior convenido por cedente y cesionario[94]. Y la misma retroactividad se dispone en el artículo 5: 114 (2) del DCFR, de manera que, entendiendo que el derecho se transmitió en el momento

---

[92] Orti, *ob. cit.,* págs. 15, 25-27.

[93] Orti, *ob. cit.,* pág. 33, critica la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 1/1999, al considerar inadmisible el efecto retroactivo de la adquisición del crédito al momento en que se realizó el contrato de cesión; piensa que no hay razones que justifiquen ese indiscriminado sacrificio de los acreedores del cedente en los supuestos de cesiones de créditos surgidos de contratos y relaciones todavía no nacidos.

[94] La Convención sobre *Factoring* Internacional, hecha en Otawa el 28 de mayo de 1988, en el marco de UNIDROIT, dispone en el artículo 5 que la cesión de créditos futuros es válida si en el momento en que nacen tales créditos son determinables, y se transmitirán los derechos al cesionario en el momento en que nacen, sin necesidad de un nuevo acto de transferencia. No hay norma que establezca que la transmisión se considere hecha en el momento del convenio de cesión.

del acto de cesión, el cesionario debe ser preferido frente a los acreedores del cedente, se añade en el comentario a la norma.

Finalmente, la misma opinión desfavorable que se ha mostrado hasta ahora merecen algunos comentarios doctrinales favorables a la publicidad registral en este ámbito. Así, García de Enterría planteaba la posibilidad de proteger a quienes contratan con el empresario-cedente confiando en su situación de aparente titularidad y sin posibilidad alguna para informarse sobre un hecho tan significativo de su estado patrimonial como es el de haber cedido de forma anticipada todos sus créditos profesionales; con un sistema de publicidad registral, sigue, los terceros podrían conocer de forma preventiva la situación patrimonial del empresario, y se resolverían los posibles conflictos entre los diversos cesionarios y acreedores en función de la prioridad temporal de las distintas inscripciones[95]. También Recalde hablaba de la conveniencia de algún mecanismo de publicidad de la cesión de créditos futuros para proteger el interés de los terceros acreedores del cedente, frente a un vaciamiento del patrimonio del deudor fruto de un contrato de *factoring*, si bien reconocía que un exceso de formalidades podría obstaculizar la agilidad y flexibilidad del mecanismo de la cesión de créditos, clave para el éxito del *factoring*[96]. Nos permitimos repetir que, si el patrimonio del cedente puede cambiar, pues no tienen los acreedores un derecho a una composición fija o invariable del mismo, solo caben dos cosas: que los acreedores consulten continuamente el Registro, pues en cualquier momento podría constar en el mismo una cesión de créditos que con anterioridad no figuraba, o, lo que es más lógico, admitir que la publicidad registral no protege a todos los terceros y, por tanto, quienes pueden confiar en ella no son los acreedores, sino los adquirentes.

Como se avanzó en el apartado anterior, al que nos remitimos, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal de 2003, también dispone la necesidad de inscripción registral para que el acreedor pignoraticio tenga privilegio especial en relación con los créditos nacidos después de la declaración de concurso. Lo que se regula en la nueva redacción del artículo 90.1.6.º, según parece desprenderse de su tenor literal, es la prenda en garantía de créditos futuros[97], y, por tanto, un supuesto diferente al que aquí venimos analizando, en el que lo futuro no es el crédito garantizado (como sí parece

---

Por su parte, no contiene norma especial el artículo 8 de la Convención de UNCITRAL, que se limita a disponer que la cesión no será ineficaz entre cedente y cesionario o frente al deudor o a otra parte contratante, y no podrá denegarse prelación al derecho de un cesionario, por tratarse de una cesión de créditos futuros, de manera que regiría la regla del artículo 22 (remisión a la ley del lugar del cedente).

[95] García de Enterría, *ob. cit.,* págs. 183-184.

[96] Recalde, «Contrato de *factoring*…», *cit.,* págs. 3995-3996.

[97] En relación con las obligaciones futuras como obligaciones asegurables, García Vicente, *La prenda de créditos*, cit., págs. 75-93.

serlo en la nueva norma), sino el crédito cedido en garantía, aunque la intención inicial fuera regular en el artículo 90.1.6.º esto último, esto es, la prenda de créditos futuros[98]. La Instrucción de la DGRN, de 12 de mayo de 2012, ya mencionada en el apartado anterior, explica, a propósito de los créditos susceptibles de ser garantizados registralmente en los términos del inciso final del artículo 90.1.6.º LC, que el precepto se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye la prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros y, nacidos que sean los créditos garantizados, la eficacia *erga omnes* de la prenda sin desplazamiento se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142 LH; a estos efectos, añade la Instrucción, cabe reseñar que el que pueda constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o/y futuros) para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras, es cuestión pacífica en la jurisprudencia (Fundamento de Derecho sexto). Ahora bien, sigue la Instrucción, en relación con los derechos pignorables a los que se refiere el inciso final del artículo 90.1.6.º LC, que pueden darse en garantía o gravarse de este modo cualesquiera créditos futuros: tanto los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración como los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas inexistentes pero aún así determinables. La licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de la licitud de los contratos sobre cosa futura, y pignorar créditos futuros es una práctica habitual en los negocios, sostiene la DGRN. Y en cuanto a la descripción de los créditos empeñados, termina la DGRN, bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro los créditos empeñados (Fundamento de Derecho séptimo).

Pero, en fin, aplicándose el artículo 90.1.6.º LC tanto si lo futuro es el crédito garantizado como si lo futuro es el crédito cedido en garantía, según se desprende de la Instrucción de la DGRN, conviene referirse de nuevo, ya en relación con la cesión de créditos futuros, a la necesidad de inscripción registral de la prenda que la norma establece para la efectividad del privilegio en el concurso, por dos razones: primero, ello ha merecido las críticas de Miquel González y Garcimartín Alférez, que proponen diferentes interpretaciones ante lo chocante e injusto que resulta que un acreedor que ha constituido correctamente su garantía antes del concurso del cedente, la pierda si no la ha registrado por la parte de financiación posterior al concurso[99]; segundo, si, según la Instrucción, es irrelevante que el contrato fuente de los créditos futuros no se haya celebrado todavía al momento de la pignoración (si es determinable), resulta que tanto en este caso como en el de créditos futuros derivados de contrato fuente ya celebrado al momento de la pignoración, todo depende de la

[98] Miquel - Garcimartín, *ob. cit.*, págs. 26-29.
[99] Miquel - Garcimartín, *ob. cit.*, págs. 29-31.

inscripción y pierde importancia el tema de la irretroactividad o retroactividad al momento del acuerdo de cesión: lo importante es, según el artículo 90.1.6.º LC, que la prenda esté inscrita con anterioridad a la declaración de concurso (bastando para la inscripción, según la Instrucción, esa descripción general del acto del que puede derivarse en el futuro el crédito empeñado), cualquiera que sea el momento en que se celebre el contrato fuente o el momento en que nazca el crédito cedido anticipadamente[100].

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA: «La cesión de los créditos hipotecarios», en CABANILLAS SÁNCHEZ *et al*. (coord.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo III, Madrid, 2003, págs. 3447-3471.

ANDERSON: *La cesión de créditos hipotecarios (Requisitos para la transmisión-adquisición),* Barcelona, 1999.

— «La notificación al deudor en la cesión de créditos hipotecarios», en *Libro homenaje a Jesús López Medel,* Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1253-1286.

ARANA DE LA FUENTE, «La reforma francesa de las garantías mobiliarias», en *Indret,* abril de 2012.

ARANDA RODRÍGUEZ: *La prenda de créditos,* Madrid, 1996.

AYNÉS: «La cession de créanse à titre de garantie: quel avenir?», en *Recueil Dalloz,* 2007, núm. 14, págs. 961-963.

— «Cession de contract, cession de créanse: rôle de la signification au débiteur cedé», en *Recueil Dalloz,* 2009, núm. 12, págs. 842-845.

BAZINAS: «Contribución de la CNUDMI a la unificación del Derecho que rige la financiación mediante cesión de créditos: la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 88, octubre-diciembre de 2002, págs. 181-205.

BÉNAVENT: *Droit civil. Les obligations*, París, 2010.

BLANCO PÉREZ-RUBIO: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca,* Madrid, 2009.

CABANILLAS SÁNCHEZ: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (Estudio preliminar y traducción)», en *Anuario de Derecho Civil,* 2007, II, págs. 621-848.

CASHIN-RITAINE: *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et comerciales franco-allemandes*, París, 2001.

DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* II, 6.ª ed., Madrid, 2008.

EMY: «A propos de l'opposabilité d'une cessión de créance. Reflexions sur l'avant projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz,* 2008, III, págs. 2886-2893.

[100] *Vid.,* sobre el artículo 90.1.6.º, GELI-COLLDEFORNS, «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda, tras la reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *InDret,* julio de 2012; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *ob. cit.,* págs. 162-164, 166-180; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Pignoración de cuotas sociales», en VV.AA., *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* MIQUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013, págs. 143-151.

FLOUR - AUBERT - FLOUR - SAVAUX: *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, París, 2004.

GARCÍA CANTERO: «Comentario a los artículos 1526 a 1530», en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, págs. 694-729.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ: «El contrato de *factoring* como cesión global de créditos futuros», en *Anuario de Derecho Civil,* 1989, II, págs. 377-443.

GARCÍA DE ENTERRÍA: *Contrato de* factoring *y cesión de créditos,* Madrid, 1995.

GARCÍA VICENTE: «Comentario a la STS de 27 de junio de 2003 *(RJ* 2003/4313)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 65, 2004, págs. 567-587.

— «Comentario a las SSTS de 5 de marzo de 2004 *(RJ* 2004/1808 y 1811)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 66, 2004, págs. 1181-1208.

— *La prenda de créditos*, Navarra, 2006.

— «La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (comentario SJM 2, Barcelona 30-9-2008)», en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 18, 2009, págs. 399-419.

GAVIDIA SÁNCHEZ: «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión *inter vivos* de otros bienes», en *Anuario de Derecho Civil,* 1990, IV, págs. 1093-1188.

— «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil,* 1991, II, págs. 485-552.

— «Sistemas germánicos de cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil,* 1992, I, págs. 53-129.

— «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo,* vol. II, Barcelona, 1993, págs. 1395-1436.

— *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor),* Valencia, 1993.

GAYA SICILIA: «La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo,* vol. I, Barcelona, 1992, págs. 387-398.

GHESTIN - BILLIAU - LOISEAU: *Traité de Droit Civil. Le régime des créances et des dettes*, París, 2005.

JIMÉNEZ MUÑOZ: «Sobre la cesión de los créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 694, 2006, págs. 443-513.

JORDANO FRAGA: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 653, 1999, págs. 1275-1333.

LANDO - BEALE (eds.): *Principios de Derecho Contractual Europeo.* Parte III *(Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»),* Madrid, 2007.

LOJENDIO OSBORNE: «Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez,* vol. II, Universidad de Valladolid, 1998, págs. 1251-1263.

— «Cesión de créditos e insolvencia del cedente en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York,

2001)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia,* Tomo I, Madrid, 2005, págs. 789-825.

MADRIDEJOS SARASOLA: «La cesión de créditos», en *Revista de Derecho Notarial,* 1961, núm. 33, págs. 381-402.

MALAURIE - AYNÉS - STOFFEL - MUNCK: *Les obligations*, París, 2011.

MANRIQUE PLAZA: «La hipoteca: constitución y cesión», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.): *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario,* Madrid, 2008, págs. 141-163.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: «Cesión de créditos», en VATTIER *et al*. (dir.): *Código europeo de contratos.* Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). *Comentarios en homenaje al profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos,* Tomo II, Madrid, 2003, págs. 481-505.

MERINO GUTIÉRREZ: «Comentario a la STS de 30 de julio de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 37, 1995, págs. 187-197.

MIQUEL GONZÁLEZ: «La reserva de dominio», en Salustiano DE DIOS *et al*. (coords.): *Historia de la propiedad. Crédito y garantía,* Madrid, 2007, págs. 523-599.

MIQUEL GONZÁLEZ - GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El nuevo artículo 90.1.6.º *in fine* de la Ley Concursal: opciones interpretativas y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40, págs. 26-31.

NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho Civil español,* Granada, 1988.

ORTI VALLEJO: «Cesión de créditos futuros y *factoring*», en *InDret,* núm. 4/2010, págs. 1-41 (www.indret.com).

PANTALEÓN PRIETO: «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil,* 1988, IV, págs. 1033-1131.

— «Comentario a los artículos 1526-1530», en PAZ-ARES *et al*. (dir.): *Comentario del Código Civil,* T. II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1019-1035.

— «Cesión de créditos», en MONTOYA MELGAR (dir.): *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. I, Madrid, 1995, págs. 1021-1025.

— «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley,* Tomo 6, 1997, D-316, págs. 1460-1464.

PEÑA LÓPEZ: «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008/6928)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 80, 2009, págs. 889-903.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS: «La prenda de créditos y la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la posesión (LHMPSD)», en PÉREZ DE MADRID CARRERAS (coord.): *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario,* Madrid, 2008, págs. 337-358.

PETIT: «Réflexions sur la securité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations», en *Recueil Dalloz*, 2006, núm. 41, págs. 2819-2824.

RECALDE CASTELLS: «Contrato de *factoring* y cesión de créditos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de mayo de 1997)», en *Revista General de Derecho,* núm. 643, 1998, págs. 3983-3999.

— «La separación concursal de créditos que han sido objeto de cesión en el *factoring*», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia,* T. IV, Madrid, 2005, págs. 4331-4345.

REPRESA, *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto de terceros*, Madrid, 2011.

REQUEJO ISIDRO: *La cesión de créditos en el comercio internacional,* Santiago de Compostela, 2002.

— «Reflexiones en torno a la cesión de créditos en garantía en el comercio internacional: el caso de insolvencia del cedente», en *Anuario español de Derecho Internacional Privado,* 2003, T. III, págs. 261-280.

RODRÍGUEZ-ROSADO: «Comentario a los artículos 1526-1530», en CAÑIZARES LASO *et al*. (dirs.): *Código Civil comentado,* vol. IV, Pamplona, 2011, págs. 307-317.

ROMERO MATUTE: «Duplicidad de sistemas de reintegración de la masa activa en las operaciones de cesión de créditos», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia,* T. IV, Madrid, 2005, págs. 4347-4386.

SAGAERT: *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?,* Bruxelles, 2009.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «La prenda de créditos: análisis de la realidad actual de una institución», en CAÑIZARES LASO (coord.): *Perspectivas actuales del Derecho de Garantías,* Navarra, 2013, págs. 137-189.

TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE: *Droit civil. Les obligations*, París, 2009.

VON BAR - CLIVE (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR),* vol. 2, Munich, 2009.

VV.AA.: *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* MIQUEL GONZÁLEZ (dir.), Madrid, 2013.

RESUMEN

TRANSMISIÓN CONSENSUAL.
OPONIBILIDAD.
ACREEDORES DEL CEDENTE/ CESIONARIO.
CESIONARIOS SUCESIVOS

La normativa sobre la eficacia de la cesión de créditos en algunos Códigos Civiles nacionales ha sido tradicionalmente un tema que ha suscitado controversias doctrinales, por las dificultades surgidas de su confrontación con el sistema de transmisión de la propiedad propio de cada ordenamiento. Las propuestas de nueva regulación de la materia, como los proyectos de reforma de los Códigos Civiles francés y español, y el borrador del Marco Común de Referencia redactado para armonizar la materia en el ámbito europeo, así como otras normas unificadoras de carácter internacional, pueden suponer la consagración de un sistema consensual de transmisión del crédito, que

ABSTRACT

CONSENSUAL TRANSFER.
RIGHT TO OBJECT.
CREDITORS OF THE ASSIGNER/ ASSIGNEE.
SUCCESSIVE ASSIGNEES

The laws on the efficacy of debt assignment in some countries' civil codes is traditionally a subject that has aroused controversy amongst legal scholars, due to the difficulties that arise from the contrast between different countries' property transfer systems. Proposals for new regulations of the matter, such as the draft legislation to reform the French and Spanish civil codes, the draft Common Frame of Reference for harmonizing the matter throughout Europe and other unifying international rules, may lead to the firm establishment of a consensual system for transferring debt, which would be completed by measures for the due protection

vendría a completarse con la debida protección del deudor. Los problemas radican en la articulación de un sistema que, partiendo de las reglas adoptadas sobre transmisión de la titularidad del crédito (que no habrían de coincidir con las propias de la transmisión del dominio de los derechos reales), disponga un efecto transmisivo inmediato y erga omnes, *complementado por normas que, distinguiendo entre los diferentes terceros a efectos de cierta protección, regulen la oponibilidad a los mismos del cambio de titularidad producido; de modo que igual que para el deudor cedido cabe realizar consideraciones especiales, también caben matices respecto de los acreedores del cedente o en relación con los cesionarios sucesivos. Las soluciones alcanzadas habrían de trasladarse al caso de transmisión del crédito con finalidad de garantía o a los supuestos de cesión de créditos hipotecarios o créditos futuros.*

of the debtor. The problem is how to articulate a system. The system ought to work on the basis of the rules adopted for transferring title to debt (which do not have to be the same as the rules for transferring ownership of real rights), and it ought to have an immediate, erga omnes *effect of transfer. It ought to be complemented by rules that distinguish amongst the different third parties, so as to accord a certain protection and regulate the third parties' right to object to title changes; just as the debtor is entitled to special considerations, there should also be room for nuances with respect to the assigner's creditors and successive assignees. Whatever solutions are reached should be applied to the case of transferring debt for purposes of security and events where mortgage debts or future debts are assigned.*

(Trabajo recibido el 17-7-2012 y aceptado para su publicación el 18-9-2013)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resoluciones de 1 y 4-12-2012
(BOE 4-1-2013)
Registro de Madrid, número 29; Marbella, número 3, y Madrid, número 7

HIPOTECA EN GARANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN CONJUNTA O MANCOMUNADA.

Como se ha reiterado en numerosas ocasiones, cuando se trate de una hipoteca en garantía de una obligación cuya titularidad corresponda a varios acreedores, será preciso determinar las cuotas de titularidad del crédito y por ende de la hipoteca, a menos que se trate de una obligación solidaria o de titularidad conjunta o mancomunada.

Resolución de 3-12-2012
(BOE 4-1-2013)
Registro de Barcelona, número 6

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Considerando la naturaleza que ha de atribuirse a la inscripción de un exceso de cabida, como rectificación de un error padecido al medir la finca cuando la misma se inmatriculó, no cabe acceder a dicha rectificación cuando el Registrador aprecie dudas fundadas sobre la identidad de la finca, haciendo constar en la nota las razones objetivas que le llevan a mantener esas dudas.

Resolución de 3-12-2012
(BOE 4-1-2013)
Registro de Iznalloz

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD.

El acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley. Entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Las obras antiguas son supuestos en los que, por definición, existe una contradicción de la edificación y, por regla general, el uso previsto para la misma con la propia ordenación urbanística, resultando de este modo racionalmente imposible la exigencia de licencia de ocupación o utilización como requisito para la práctica del asiento. Existen, además, poderosas razones de Derecho Transitorio que impiden tal exigencia de licencia. Argumentos que hacen que la misma no pueda ser extendida de forma retroactiva a las obras terminadas con anterioridad a la publicación de la norma que impone la obtención de la propia licencia, como requisito de legalidad de la actividad edificatoria (en el presente supuesto, el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía).

Resolución de 4-12-2012
(BOE 4-1-2013)
Registro de Cambrils

BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA.: LEGISLACIÓN BÁSICA.

El artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en virtud de su carácter básico establecido en la Disposición Final 2.ª de la misma, ha desplazado el contenido del artículo 61.*c)* del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento del Patrimonio de los Entes Locales de Cataluña, sin que este último pueda considerarse como norma especial en el sentido que a esta expresión se debe atribuir en el marco del apartado 3 del artículo 93 de la citada Ley 33/2003. Por todo ello debe mantenerse el límite temporal de los setenta y cinco años en las concesiones de uso de bienes de dominio público por parte de una entidad local, en lugar del más limitado de cincuenta que prevé el citado Reglamento autonómico.

Resolución de 5-12-2012
(BOE 4-1-2013)
Registro de El Puerto de Santa María, número 1

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Este Centro Directivo ha considerado (vid. Resolución de 7-7-2012) que en el supuesto de vivienda familiar de la que son titulares los cónyuges por mitad

y *pro indiviso*, es suficiente el convenio regulador por tratarse principalmente de un convenio con causa familiar que deriva directamente de la nueva situación del matrimonio. De la misma manera, en la Resolución de 22-12-2010 ha concluido que no basta el convenio regulador para adjudicar a un cónyuge bienes privativos del otro. Sin embargo, ya en esta última Resolución se daba a entender que sería distinto el supuesto, como ocurre en el presente caso, de un bien adquirido *pro indiviso* por estar convenido entre los cónyuges el régimen de separación de bienes. En este supuesto, hay que tener en cuenta que, además de ser este un régimen matrimonial, el régimen de proindivisión está sujeto a la exclusiva voluntad de cada uno de los partícipes (cfr. art. 400 del CC) que, con su voluntad unilateral, puede hacerlo cesar. Además de todo ello es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador.

Resolución de 5-12-2012
(*BOE* 4-1-2013)
Registro de la Propiedad de Olmedo

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

De los datos consignados en el título debe resultar, sin lugar a la duda, los derechos que son objeto de transmisión respecto de la finca registral.

Resolución de 7-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Aguilar de la Frontera

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS YA CALIFICADOS Y RESUELTO EL RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN.

La facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya de por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 de la LH), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión.

Resolución de 7-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Granada, número 6

LIBRO DE ACTAS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Junto a la inexistencia de la situación de comunidad en los libros de inscripciones, no se puede entrar a valorar los motivos que impulsaron al Registrador que en su día hizo la diligencia del libro de actas objeto de la controversia, sobre todo si se tiene en cuenta que no afecta a ningún derecho inscrito y cuyo objeto

es el simple acto de autenticación y control posterior del libro diligenciado y de los que en el futuro puedan ser presentados en relación con dicha situación análoga de comunidad, de lo que no se infiere, en contra de lo afirmado por el recurrente, derecho sustantivo alguno. En cualquier caso, corresponde hacer valer sus derechos, como efectivamente ha llevado a cabo, a través del correspondiente proceso judicial, bien directamente contra el acuerdo del Registrador que en su día diligenció el libro de actas, bien indirectamente contra aquellos acuerdos que impliquen la existencia de una cuota o contraprestación económica derivada de la hipotética inclusión de su propiedad registral en la situación análoga de comunidad que motivó la diligenciación del libro de actas. Este hecho, por sí mismo, no implica vinculación jurídica alguna para las fincas consignadas en la diligencia, si bien, en cualquier caso ha de dejarse a salvo la valoración que de tal circunstancia fáctica puedan realizar los Tribunales de Justicia, dentro del proceso de ponderación de pruebas aportadas, lo cual es completamente ajeno a la función registral.

Resolución de 7-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Motril, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

En supuestos de excesiva dificultad para reanudar el tracto sucesivo interrumpido por la vía de la titulación ordinaria, puede acudirse al expediente de dominio de reanudación de tracto (cfr. Resoluciones de 24-7 y 1 y 6-8-2012), que es lo que ocurre en el presente supuesto en el que la transmisión se llevó a cabo mediante un documento privado suscrito en 1959, habiendo ya fallecido una de las hermanas titulares registrales, y suscribiéndolo, por tanto, sus hijos, que eran sus presuntos herederos —por lo cual existe más de una transmisión— y, además de ello, como dice el recurrente, en el momento de iniciarse el expediente, resultaba ya imposible obtener la titulación material necesaria para la inscripción, pues habían fallecido sucesivos posteriores herederos de los que suscribieron el contrato aludido.

Resolución de 10-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Sepúlveda

COMUNIDAD POSTGANANCIAL.

Como ha determinado este Centro Directivo, solo se puede disponer de los bienes concretos de una comunidad postganancial, sin necesidad de la previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre y cuando el acto sea otorgado por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien. Por tanto, tratándose de una finca incluida en una comunidad postganancial entre el causante y su primera esposa, será ineludible la intervención de los herederos de esta última para cualquier acto de disposición sobre la férvida finca.

Resolución de 10-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Vitoria, número 3

CONVENIO REGULADOR

La adjudicación de una finca que constituye la vivienda familiar a uno de los excónyuges casados en régimen de separación de bienes, realizada en convenio regulador aprobado por el juez, es inscribible aunque la citada vivienda aparezca inscrita en *pro indiviso* a favor de los dos.

Resolución de 11-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Marchena

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD EN ANDALUCÍA. ACCESIÓN.

Cuando se declara una obra nueva en finca perteneciente *pro indiviso* a tres personas, la inscripción ha de practicarse de esa misma forma. Ahora bien, al haber intervenido exclusivamente en la escritura de declaración de obra nueva únicamente quien costeó las obras y limitarse los otros condóminos en la escritura posterior a la prestación de un consentimiento, no se determina si el resultado que se pretende inscribir es el de una obra nueva con titularidad de uno de los condóminos, el que la costeó, o una obra nueva a nombre de los tres con pacto personal interno de pagar el importe al que la construyó, como explica el escrito del recurrente; y no es un recurso título hábil para aclarar, complementar o subsanar una escritura. Para la inscripción de una obra nueva por antigüedad es bastante con acreditar la terminación de dicha obra en una fecha anterior a la prevista en la Ley para la prescripción de las acciones administrativas para el restablecimiento de la legalidad urbanística, sin que sea exigible una prueba exhaustiva de la prescripción de dichas acciones. La ampliación del plazo de prescripción por una reforma legal no puede aplicarse retroactivamente.

Resolución de 11-12-2012
(BOE 21-1-2013)
Registro de Mazarrón

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN DE UN HEREDERO INCAPAZ CUANDO EXISTE LA CLÁUSULA CAUTELA SOCINI.

Este Centro Directivo ha venido entendiendo que «la existencia de la denominada "Cautela Socini" supone una contraposición o conflicto de intereses entre la madre y el hijo menor, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. La expresada cautela comporta una alternativa por la que el hijo legitimario tiene que optar y el hecho de ejercitar por él esa opción su madre acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción»

(cfr. Resolución de 14-12-2006 y, en el mismo sentido, la Resolución de 4-9-2012, anteriormente citadas). Congruentemente con esta situación de contraposición de intereses en la Cautela Socini, se concluía que era «imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 del Código Civil».

Resolución de 12-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Algeciras, número 2

PUBLICIDAD FORMAL: FORMA Y EXTENSIÓN.

El interesado, titular registral de la finca, puede solicitar nota informativa de la finca para su presentación en juicio monitorio. Dicha nota informativa puede ser literal, como manifiesta el artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria, y por fotocopia; pero en todo caso, deben ser omitidos los asientos cancelados, por así exigirlo el mismo artículo 222.5 y con pleno respeto a la Ley de protección de datos, omitiendo todos aquellos datos personales que puedan suponer violación de la indicada Ley.

Corrección de errores. Resolución de 12-12-2012
(BOE 7-2-2013)
Registro de Algeciras, número 2

PUBLICIDAD FORMAL. FORMA Y EXTENSIÓN.

El interesado, titular registral de la finca, puede solicitar nota informativa de la finca para su presentación en juicio monitorio. Dicha nota informativa puede ser literal, como manifiesta el artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria, y por fotocopia; pero en todo caso, deben ser omitidos los asientos cancelados, por así exigirlo el mismo artículo 222.5 y con pleno respeto a la Ley de protección de datos, omitiendo todos aquellos datos personales que puedan suponer violación de la indicada Ley 198 *[BCRE,* núm. 198 (2.ª Ép.); febrero de 2013, pág. 834].

Resolución de 13-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Santiago de Compostela, número 2

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL.

Para la exoneración del seguro, dado que simultáneamente se está declarando el fin de obra y vendiendo la finca, es el promotor-vendedor el que tiene que acreditar en el momento del otorgamiento que ha destinado a uso propio la vivienda, y para ello no basta, como se ha indicado, una mera manifestación. Tampoco es suficiente a tal efecto la simple solicitud de licencia de primera ocupación, pues nada acredita, ni la declaración del adquirente relativa al destino para uso propio que carece de trascendencia alguna a los efectos de exonerar la constitución del seguro. Es más, ni siquiera en el supuesto en que hubiese sido

concedida la licencia de primera ocupación podría tomarse como base para dar por acreditado el uso propio de la vivienda.

Resolución de 14-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Pola de Lena

EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Aunque el expediente de dominio obtenido fuera suficiente para producir la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio si se hubiera declarado acreditado el mismo a favor del titular de las inscripciones de posesión, lo que no es posible es que el mismo expediente, que es de carácter inmatriculador sirva, además de para la conversión citada, para reanudar el tracto sucesivo a favor de la promotora, pues para ello ni siquiera cabría acudir al expediente de dominio para la reanudación del tracto, y ello, en cuanto a que el expediente inmatriculador no puede servir para reanudar el tracto, porque, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), ambos expedientes tienen trámites esenciales que son radicalmente distintos, y en cuanto a que no cabe ni siquiera el expediente de reanudación de tracto, porque en este caso no existe tal interrupción, ya que la promotora es hija del titular inscrito, y, como ha dicho también esta Dirección (vid., por todas, la Resolución de 22-12-2010) no cabe acudir al expediente de reanudación de tracto, cuando no existe propiamente tracto interrumpido.

Resolución de 17-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Cáceres, número 2

ANOTACIONES DE EMBARGO PRORROGADAS.

Las anotaciones de embargo letras A) de 30-7-2008 —las anotaciones en sí, según la redacción de los asientos, no las medidas cautelares a que pudieran referir—, que tienen ya de inicio registralmente una vigencia de cuatro años desde la fecha de la anotación —independientemente de que aludan a embargos ejecutivos o cautelares, por no señalarse legalmente plazos autónomos para la vigencia de estos asientos, como ya ha señalado este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 11-3-2010 y 25-10-2011)—, han sido prorrogadas por un plazo de cuatro años más por las anotaciones letras B), de 2-1-2009, de modo que, hallándose los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales según lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, no puede mantenerse en ningún caso que mediante una instancia presentada antes de que transcurran cuatro años desde la prórroga —en concreto, presentada el día 8 de agosto de 2012 cuando las prórrogas de anotación fueron de fecha 2 de enero de 2009— pueda obtenerse la cancelación por caducidad de las anotaciones prorrogadas.

Resolución de 17-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Pravia

CONCURSO DE ACREEDORES Y EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

En el presente expediente, el recurrente invoca la existencia de una sentencia publicada en el «Boletín Oficial del Estado» aprobatoria de una propuesta de convenio que podría habilitar la excepción de paralización de ejecuciones recogida en el artículo 56 de la Ley Concursal cuando establece que «no podrán (los acreedores hipotecarios) iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho». No obstante, debe a este respecto considerarse que la referida sentencia —cuyo reflejo en el propio Registro o en el Registro Mercantil no consta en el presente expediente—, no se aportó en tiempo y forma al realizarse la calificación, no pudiendo, en consecuencia, tenerse en consideración en el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Además el hecho de que haya recaído una sentencia de aprobación de propuesta de convenio no puede llevar implícita, como pretende el recurrente, la consideración de que el antedicho convenio no afecta a la parte ejecutante, al haberse abstenido por tratarse de garantía real con derecho de separación, ya que eso dependerá de los términos del convenio que no se ha aportado. De acuerdo con lo establecido en el propio artículo 56.1 de la Ley Concursal será necesario calificar el convenio, con su oportuna presentación en tiempo y forma, para concluir si se trata de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho de ejecución o realización forzosa. Finalmente debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 57 de la Ley Concursal, el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha de someter a la jurisdicción del juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal. Y en este sentido, no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que declare el cumplimiento del mismo (art. 176.2).

Resolución de 18-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Vilanova y la Geltrú, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA CON AUTOCONTRATACIÓN.

Siendo función propia del Registrador calificar la validez del negocio contenido en el documento presentado a inscripción, es correcto el que se exija que el juicio de suficiencia que el notario ha de realizar en relación con las facultades del que actúa como representante de otro, incluya la aclaración expresa de que entre dichas facultades está la de autocontratar.

Resolución de 19-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro de Torrevieja, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Nos hallamos ante dos transmisiones que recaen sobre la misma finca. La primera formalizada en el año setenta y nueve, la segunda muy posterior. Pero la primera no es presentada en el Registro hasta el 21-10-2011. Es decir, la transmisión de fecha más reciente se inscribe años antes de presentarse en el Registro la de fecha más antigua. Y cuando se produce esta presentación el Registrador no puede practicar la inscripción, porque conforme al párrafo primero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos».

Resolución de 2-1-2013
(BOE 7-2-2013)
Registro de Granada, número 2

REGISTRO MUNICIPAL DE SOLARES: LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Por un lado, tenemos que del artículo 173.3 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se desprende que transcurridos dos meses desde la notificación de la declaración de la caducidad de la licencia sin que se haya solicitado su renovación o, en su caso, denegada la que hubiera sido deducida, procede declarar la constitución de la parcela o solar en situación de venta forzosa para su ejecución por sustitución en los términos de los artículos 150 a 152 del mismo cuerpo legal, siendo el apartado primero del artículo 150 el que se refiere específicamente a su inclusión en el Registro Municipal de Solares, sin que haya normativa autonómica alguna desarrollada por el Ayuntamiento en el marco de sus competencias, que excluya de este Registro Administrativo a los solares declarados en venta forzosa como consecuencia de la caducidad de la licencia urbanística; y por otro, resulta que al declararse directamente la situación de venta forzosa sin constar previamente practicada la nota prevista en el artículo 87 del Real Decreto 1093/1997, relativa a la inclusión del solar en el Registro Administrativo, parece que siendo esta la nota que da publicidad frente a terceros de la declaración del derecho en situación de venta forzosa, debe conllevar la previa inscripción en el Registro Municipal, pues ambas no son independientes, como reconoce el propio acuerdo de la Corporación en su apartado sexto, al señalar que se practique la nota marginal en el Registro de la Propiedad: «practicar anotación marginal en la ficha correspondiente al inmueble en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas».

Resolución de 2-1-2013
(BOE 7-2-2013)
Registro de Málaga, número 8

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Andalucía) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto jurídico en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable la exija poder realizar legalmente el mismo. Aun partiendo de lo establecido en la legislación urbanística andaluza, no cabe entender que en una mera transmisión de una finca rústica a dos personas en *pro indiviso*, sin que concurra ninguna otra circunstancia que haga sospechar de la formación de un núcleo de población, implique la necesidad de obtención de licencia o declaración de innecesariedad.

Resolución de 3-1-2013
(BOE 7-2-2013)
Registro de Ávila, número 1

MEDIDAS CAUTELARES: NO BASTA LA MERA DENUNCIA PARA PROVOCAR UN ASIENTO REGISTRAL.

La mera presentación de una denuncia por un interesado al juzgado no puede motivar asiento alguno, pues es necesario que el juzgado o tribunal competente decrete la correspondiente medida preventiva o cautelar que proceda, a través de la correspondiente anotación preventiva mediante la resolución del juzgado y el mandamiento decretando la anotación preventiva. No cabe que el interesado solicite directamente en el Registro la práctica de una medida cautelar, ni que esta proceda por el mero hecho de acreditar la presentación en el juzgado de un escrito de denuncia respecto a la inmatriculación de unas fincas, ni siquiera por la acreditación de la presentación de un recurso de apelación contra el archivo de las actuaciones.

Resolución de 3-1-2013
(BOE 7-2-2013)
Registro de Sarriá

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Constando inscrito un inmueble a favor de una Comunidad Autónoma por título de cesión y traspaso de competencias de la Tesorería de la Seguridad Social, no cabe ahora rectificar dicha inscripción para hacer constar que la cesión lo es solo en cuanto al uso, según se deduce de la ley reguladora de la materia,

siendo necesario que preste su consentimiento el actual titular registral o que se dicte la oportuna resolución en un procedimiento judicial.

Resolución de 8-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de El Rosario

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

No cabe acudir al expediente de dominio como procedimiento excepcional para la reanudación del tracto, cuando se trata de un caso en el que el promotor del mismo adquirió directamente de la sociedad titular del inmueble. En caso de que dicha sociedad se hallare inactiva, siempre cabe recurrir a la solución que ofrece el artículo 400 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resoluciones de 9-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registros de Talavera de la Reina, número 2 y 3

OPERACIONES SOCIETARIAS: NECESIDAD DE SU PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN. CONSENTIMIENTO NEGOCIAL: CONSTANCIA EXPRESA.

En el documento presentado, ninguno de los comparecientes alega ni acredita título para actuar en nombre de la sociedad titular registral a fin de manifestar la voluntad social por lo que, no estando acreditada la prestación de consentimiento, tampoco lo está la misma existencia del negocio jurídico (art. 1261 del CC). Una vez acreditados al notario dichos títulos representativos, este debe realizar la oportuna reseña identificativa y el correspondiente juicio de suficiencia. El acuerdo de reducción de capital con devolución de aportaciones a un socio debe constar previamente inscrito en el Registro Mercantil, dado que se trata de un acto que afecta a terceros. La segregación de una finca no puede entenderse realizada por el mero hecho de acompañar la solicitud de la licencia y la concesión de la misma, sino que es imprescindible que conste el acuerdo negocial al efecto.

Resolución de 10-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de La Rambla

NOVACIÓN DE HIPOTECA: AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE AMORTIZACIÓN CON CARGAS INTERMEDIAS.

Confirmando la doctrina ya recogida en una resolución anterior, el Centro Directivo considera que cuando se realiza una novación de una hipoteca aumentando el plazo de amortización del préstamo garantizado, es necesario para que se mantenga el rango hipotecario que presten su consentimiento los titulares de

hipotecas inscritas con posterioridad. En caso de que las cargas posteriores sean anotaciones de embargo, tal consentimiento no sería necesario.

Resolución de 10-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Santa Fe, número 1

VENTA EXTRAJUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA: EFICACIA Y REQUISITOS.

La interpretación conjunta de nuestro ordenamiento, así como la aplicación de los principios registrales conducen a la conclusión de que la venta extrajudicial como mecanismo de ejecución de la hipoteca inscrita, permite, no solo la inscripción de la venta en sí, sino también cancelar las cargas posteriores. Respecto a la forma de realizar las notificaciones, el notario debe ajustarse a lo establecido en el Reglamento Notarial, siendo admisible la remisión de la cédula notarial por correo certificado con acuse de recibo, siempre que conste debidamente diligenciado dicho acuse. Tampoco hay inconveniente en que la notificación se dirija a un domicilio fuera del territorio de la demarcación del notario actuante.

Resolución de 11-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Jerez de la Frontera, número 3

CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS: FORMA DE LA NOTIFICACIÓN A LOS TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS.

La letra del artículo 353 del Reglamento Hipotecario debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales. Por tanto, el Registrador debe certificar, a petición de un tercer poseedor, la forma en que se realizó la pertinente notificación cuando se expidió certificación para un procedimiento ejecutivo.

Resolución de 11-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Lugo, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS YA PRACTICADOS.

No puede, a través de un recurso gubernativo, pretenderse la rectificación de unos asientos ya practicados, dado que los mismos están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 12-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Vitigudino

REFERENCIA CATASTRAL. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULO PREVIO.

Si el Registrador alberga dudas fundadas sobre la coincidencia de la finca registral con la parcela catastral, y no estamos en ninguno de los casos en que la Ley determina que debe entenderse que hay identidad, no será posible consignar la referencia catastral. Para que se pueda inmatricular una finca es necesario que el transmitente acredite su previa adquisición por un documento público, sin que baste un documento privado con fecha fehaciente.

Resolución de 14-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Benavente

REFERENCIA CATASTRAL. EXIGENCIA DE DOCUMENTO PÚBLICO: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DESCRIPCIÓN DE LA FINCA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INTERRUPCIÓN.

La concordancia del Registro con el Catastro no impone que lo que es una finca en uno tenga que serlo igualmente en el otro, pues en el Registro puede hacerse constar que la finca registral es, en unión con la otra, la parcela catastral correspondiente. Si, como excepción, se admite la simple instancia para la inscripción a favor de heredero único, quiere decir que tal documento ha de ser suficiente para inscribir todas aquellas circunstancias que deba contener el título inscribible. Por lo que se refiere a la descripción de la finca que es el resto de una expropiación, no es necesaria la previa inscripción de tal procedimiento, como no es necesaria la inscripción de una segregación no inscrita para disminuir la superficie en la finca matriz que posteriormente se transmite. En caso de que la finca no esté aún inscrita a nombre del causante, deberá primero reanudarse el tracto sucesivo interrumpido.

Resolución de 14-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Moncada, número 2

OBRA NUEVA: DATOS INDISPENSABLES PARA SU DESCRIPCIÓN.

En orden a la declaración de una obra nueva, no acompañada de individualización de sus elementos con acceso independiente a un elemento común o a la vía pública —división horizontal, lo que aquí no ocurre— la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales, en el Registro, no puede imponer más precisión en cuanto a la descripción de su superficie, que la que afecta a su individualidad, es decir, la total construida y útil, única que puede ser exigida quedando salvado con ello, en

cuanto coincidente con la licencia que ha servido de base a la declaración, todos los requisitos administrativos exigibles por la legislación urbanística aplicable. Ha de observarse que cuando la declaración de obra nueva no se refiere a edificio sobre el que vaya a constituirse en principio, una división horizontal, como ocurre en el presente caso en que se trata de una vivienda unifamiliar, el objeto del derecho sobre la edificación forma un todo unitario sin partes determinadas, por lo que solo es preciso, como mínimo exigible, que se exprese la superficie de la parcela ocupada por la edificación y el total de metros cuadrados edificados, tal como señala el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 15-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Cangas de Onís

Corresponde al Registrador la calificación de los trámites esenciales del procedimiento administrativo que ha concluido con la adjudicación en vía de apremio de una finca por deudas a la Seguridad Social. Entre esos trámites se encuentran la comprobación de que se han hecho las notificaciones que reglamentariamente se prevén. El hecho de que se haya emitido informe favorable por los servicios jurídicos de la Tesorería no excluye la calificación registral. Para que puedan practicarse las inscripciones y cancelaciones procedentes es necesario que conste la firmeza de la resolución.

Resolución de 15-1-2013
(BOE 14-2-2013)
Registro de Orense, número 2

TITULARIDAD REGISTRAL: TITULARIDADES VINCULADAS *OB REM.*

Por regir en nuestro ordenamiento el sistema de *numerus apertus* de los derechos reales (cfr. arts. 2.2 de LH y 7 del RH) y en particular, en las figuras comunitarias (cfr. ar. 392, párrafo segundo del CC), nada se puede oponer a que determinada finca, susceptible de aprovechamiento independiente, se constituya como uno de los objetos sobre el que los titulares o cotitulares de otras fincas tengan, como tales, la consiguiente cotitularidad *ob rem;* lo que equivale a decir que la propiedad (o comunidad) existente sobre cada una de estas fincas tiene como inherente un derecho de comunidad sobre aquella otra (cfr., entre otras, las Resoluciones de 2 de abril de 1980, 27 de mayo y 20 de julio de 1988 y 7 de enero de 1994). En el presente caso, de los asientos registrales resulta que la titularidad de la finca destinada a zona de uso social y deportivo se atribuye a los que en cada momento sean titulares de determinadas otras fincas (entre ellas la vendida —finca registral núm. 14.885—), de modo que se configura su dominio como un derecho subjetivamente real. Por ello, sin que proceda examinar en este expediente los procedimientos adecuados para una eventual rectificación registral de tal configuración, debe concluirse que el acto traslativo calificado ha de incluir necesariamente la participación indivisa de la finca común referida.

Resolución de 16-1-2013
(BOE 18-2-2013)
Registro de Almonte

CAUSA DE LOS ACTOS INSCRIBIBLES: HA DE CONSTAR EXPRESAMENTE.

Uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario es el que puede denominarse principio de consentimiento causal, según el cual y a diferencia del sistema alemán, es requisito de inscripción de cualquier desplazamiento patrimonial que exista causa de la transmisión y que sea verdadera y lícita, y además, que esté correctamente expresada en el título, sin imprecisiones, contradicciones ni ambigüedades, pues el Registrador debe calificar la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de estas y de los asientos del Registro [cfr. art. 18.1.*o)* de la LH], estando los asientos bajo la salvaguardia de los tribunales [art. 1.3.*o)* de la LH] y teniendo los mismos la presunción de exactitud de existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38 de la LH), siendo diferentes los efectos de la inscripción según la clase de causa del negocio (cfr. art. 34 de la LH). Por todo ello, debe expresarse en el acta de inscripción «el título genérico de la adquisición» (art. 51, regla 10.ª del RH), es decir, la causa de la misma. No obstante, debe aclararse que la causa no tiene que ser necesariamente una de las señaladas en el artículo 1.274 del Código Civil.

Resolución de 16-1-2013
(BOE 18-2-2013)
Registro de Madrid, número 53

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: LA FINCA HA DE ESTAR INSCRITA A NOMBRE DEL DEUDOR EMBARGADO.

No cabe practicar la anotación de un embargo trabado en un procedimiento seguido contra el deudor y notificado al titular registral, dado que es preciso que primero se inscriba la correspondiente titularidad embargada a nombre del deudor para cumplir el requisito del tracto sucesivo.

Resolución de 17-1-2013
(BOE 18-2-2013)
Registro de Benaguasil

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO ORDENADA EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En el supuesto que ha provocado este expediente no resulta del mandamiento que se tratara de créditos contra la masa, habiendo sido alegada esta circunstancia en el escrito de recurso, por lo que no pudo tomarse en consideración en la nota de calificación y tampoco ahora para dictar esta Resolución (art. 326 de la LH). Pero es que aunque se afirme en el mandamiento que se trata de créditos contra la masa, faltaría un pronunciamiento al respecto del Juzgado de lo Mercantil competente en el concurso, requisito necesario aunque no se trate de los créditos

exceptuados de la paralización de la ejecución a que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal, sino ante el pago de créditos contra la masa contemplados en el artículo 154 de la misma Ley. Nada obsta a lo anterior el carácter administrativo del procedimiento ni la indiscutida facultad de autotutela de la administración. El párrafo segundo del artículo 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la Disposición Final decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, dispone que, en caso de concurso, los créditos por las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquellos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Siendo las providencias de apremio y diligencias de embargo posteriores a la declaración del concurso, y no habiéndose obtenido con carácter previo un pronunciamiento del juzgado ante el que se sigue el concurso que declare que los créditos son créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada, no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación.

Resolución de 17-1-2013
(BOE 18-2-2013)
Registro de Santa Fe, número 1

VENTA EXTRAJUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA: EFICACIA Y REQUISITOS.

La interpretación conjunta de nuestro ordenamiento, así como la aplicación de los principios registrales conducen a la conclusión de que la venta extrajudicial como mecanismo de ejecución de la hipoteca inscrita, permite, no solo la inscripción de la venta en sí, sino también cancelar las cargas posteriores. 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. Así ocurrirá si conocido el paradero del destinatario el notario lleva a cabo la diligencia con consentimiento de aquel y previa su identificación (art. 202 del RN) o si el propio destinatario, conocedor de la circunstancia, se persona ante el notario al efecto de recibir el requerimiento. En ninguno de estos supuestos se perjudica la posición jurídica del destinatario ni su derecho a reaccionar en la forma que el ordenamiento le permite. Pero fuera de estos casos o de otros similares que excluyan la indefensión material del destinatario no cabe hacer una extensión de unos trámites (el requerimiento en persona de tercero) previstos exclusivamente para el caso de que el requerimiento se lleve a cabo precisamente en el domicilio señalado e inscrito. Respecto a la forma de realizar las notificaciones, el notario debe ajustarse a lo establecido en el Reglamento Notarial, siendo admisible la remisión de la cédula notarial por correo certificado con acuse de recibo, siempre que conste debidamente diligenciado dicho acuse. Tampoco hay inconveniente en que la notificación se dirija a un domicilio fuera del territorio de la demarcación del notario actuante.

Resolución de 18-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Gijón, número 5

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DE ASIENTOS YA PRACTICADOS.

No puede, a través de un recurso gubernativo, pretenderse la revisión de la legalidad de unos asientos ya practicados, dado que los mismos están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 18-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Pontevedra, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: REQUISITOS CONFIGURADORES DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Constituye un elemento configurador del elemento privativo el que tenga salida a la vía pública, o a un elemento común del edificio, porque se comunicará con el exterior. Esta comunicación o libre acceso con el exterior puede ser directa, por dar a la calle, o a través de un elemento común, tal y como prevé el artículo primero de la Ley. Pero también se garantiza ese aprovechamiento independiente del departamento privativo si esa comunicación con el exterior se canaliza de forma mediata a través de una facultad o vinculación jurídico real propia de aquel, como puede ser el derecho real de servidumbre que grave a un inmueble (que puede ser otro elemento privativo) que goce de tal salida al exterior, ya sea de forma directa, ya a través de un elemento común. Esa posibilidad de circulación o tránsito con el exterior que ha de brindar, para serlo, todo elemento privativo, en cualquiera de las formas indicadas, debe ser actual, es decir coetánea a su propia configuración como elemento privativo, pues este es el diseño que impone el legislador.

Resolución de 21-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Fuenlabrada, número 3

SUCESIÓN INTESTADA: CUANDO RENUNCIAN TODOS LOS HEREDEROS TESTAMENTARIOS Y NO PROCEDE SUSTITUCIÓN VULGAR NI DERECHO DE ACRECER.

Cuando todos los herederos llamados en el testamento renuncian a la herencia, sin que proceda el juego de la sustitución vulgar ni del derecho de acrecer, es inevitable la apertura de la sucesión testada, aunque los llamados por esta vía sean los mismos que hubieran sido sustitutos vulgares en caso de que tal sustitución se hubiera previsto para el caso de renuncia.

Resolución de 22-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Bilbao, número 10

DERECHO DE OPCIÓN: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Al no convenirse en el título constitutivo de la opción que el optante, ejercitada la opción, podía por sí solo otorgar la escritura de compraventa por la que se produciría la transmisión del dominio y la pertinente modificación jurídico-real inscribible, debe considerarse que el mero ejercicio de la opción no provoca ningún desplazamiento patrimonial, ni puede provocar asiento alguno, siendo necesario el otorgamiento de la escritura de compraventa por los concedentes y la optante —a la que por otro lado, sustantivamente están obligados los primeros dado el contrato de opción suscrito—, pues si bien la venta se perfeccionó al ejercitarse en tiempo y forma la opción, no se ha consumado mediante la pertinente transmisión del dominio, y en definitiva esta consumación es la que puede acceder al Registro de la Propiedad. Si al tiempo de presentarse el documento por el que se ejercita la opción se hubiera ya cancelado el asiento de inscripción de la referida opción, procede denegar su inscripción.

Resolución de 22-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Granada, número 5

PROPIEDAD HORIZONTAL: EFECTOS Y ALCANCE DE LA PREFERENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 9.1.*E)*.

El efecto natural de una declaración de preferencia del crédito en los términos del artículo 9.1.*e)* sin más aditamentos y sin el consentimiento de titulares registrales de créditos anteriores o de su intervención como parte en el juicio, solo permitiría alegar dicha preferencia a su titular a través de una tercería de mejor derecho con motivo de la ejecución del derecho de cualquier titular del asiento anterior, pero no para adelantarse en el rango, sino para obtener el cobro con preferencia a él en la ejecución; o bien para ejercitar la declaración de preferencia en cualquier otra vía, pero sin modificación del rango de derechos inscritos con anterioridad. En todo caso debe especificarse la cantidad concreta a que se extiende la eventual afección, y resulta imprescindible que el titular de la hipoteca que se puede ver postergado en el rango sea demandado en el proceso, y no simplemente notificado.

Resolución de 23-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro de Ibiza, número 4

CONJUNTO INMOBILIARIO: MODIFICACIÓN SUJETA A LICENCIA.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2008, define los complejos inmobiliarios conforme a la llamada Carta de Roma aprobada en el V Congreso Internacional de Derecho Registral del año 1982, dice

que en la citada Carta se caracteriza a los complejos inmobiliarios «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes», añadiendo la propia sentencia que, «según la doctrina científica, la caracterización de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la LPH, es, pues la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios». La división horizontal tumbada formando varias viviendas unifamiliares en una de las dos fincas, implica una modificación del complejo inmobiliario en su conjunto, al quedar modificada una de las parcelas que componen dicho complejo, consecuentemente es de aplicación lo establecido en el artículo 17.6 de la Ley del Suelo estatal, dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva que se atribuye al Estado en materia de Registros Públicos por el artículo 149.1.8 de la CE.

Resolución de 24-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Motril, número 2

PUBLICIDAD FORMAL: EMISIÓN DE NOTAS SIMPLES ENTRE DISTINTOS REGISTROS.

No cabe articular el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a la información registral por otro mecanismo que el sistema FLOTI, que es el aplicativo tecnológico establecido por el Colegio de Registradores en cumplimiento de la encomienda de este Centro Directivo. Debe descartarse el uso del telefax, dada su falta de garantía para el cumplimiento de los requerimientos de la legislación de protección de datos. El Registrador ante el que se presente la petición, para permitir a todos los interesados el uso del sistema y evitar que esta exigencia se convierta en la llamada discriminación tecnológica, realizará la petición que le solicite el particular por el sistema FLOTI y el Registrador que expida la publicidad la remitirá, por este conducto, según se solicite, a la dirección de correo del interesado o a la del Registrador remitente quien, tras recibirla por ese conducto, la entregará al interesado. Cuando la petición de información no se hace presencialmente ante el Registrador competente por razón del archivo que contiene los datos y, por ello responsable único del mismo, esta identificación no puede ser realizada por aquel. Cuando la petición se hace por medios telemáticos es el sistema autorizado, que debe contener los mecanismos seguros de identificación quien lo hace. Pero cuando la petición se hace personalmente ante otro Registrador distinto del titular de archivo, la tarea de identificación recae, bajo su responsabilidad, sobre el Registrador que recibe la petición y que ha de asegurar que solo esta persona la recibe, evitando así cesiones inconsentidas de las que sería responsable. Dentro de esa competencia el Registrador que recibe la petición está obligado a apreciar el interés del peticionario, en su aspecto externo podría decirse, debiendo negar el comienzo del procedimiento caso de apreciar su inexistencia. Pero esta apreciación del interés legítimo por el Registrador receptor de la petición no elimina la obligación que tiene el Registrador titular del archivo que contiene los datos personales, quien, teniendo en cuenta

además, el contenido de los asientos valorará ese interés a los efectos de expedir la información o no y el contenido de esta.

Resolución de 28-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Orense, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: BIEN PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: ASIENTO QUE DEBE PRACTICARSE.

Tratándose de una finca que se halla inscrita a nombre de una persona con carácter presuntivamente ganancial, no puede inscribirse una sentencia que afecte a dicha titularidad si el procedimiento se ha dirigido solo contra el titular registral y no frente a su cónyuge. Conforme al artículo 524 de la LEC, mientras no sean firmes o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción de la cancelación de asientos en Registros Públicos.

Resolución de 28-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Vielha

VENTA EXTRAJUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE HIPOTECA: REQUISITOS.

Respecto a la forma de realizar las notificaciones, el notario debe ajustarse a lo establecido en el Reglamento Notarial, siendo admisible la remisión de la cédula notarial por correo certificado con acuse de recibo, siempre que conste debidamente diligenciado dicho acuse. La ausencia en los anuncios de subasta de la referencia a la certificación a que se refieren los artículos 236.*b)* y 236.*f)*.4 carece de relevancia suficiente para impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 29-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Burgos, número 4

CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO: FACULTADES.

El contador-partidor no puede realizar actos que excedan la partición: entre ellos, decidir si una legataria a la que se atribuye en el testamento la opción de ser legataria de parte alícuota o recibir en usufructo una finca ha cumplido o no la condición impuesta por el testador a la misma, sino que se trata de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición, que solo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente en otro caso. En el ámbito extrajudicial, cabe también la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, pero ha de tratarse de hechos que queden acreditados

de modo directo y automático, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

Resolución de 29-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Granada, número 6

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: NATURALEZA GANANCIAL O PRIVATIVA DEL BIEN ADJUDICADO.

Resulta indubitadamente la naturaleza privativa del bien que se adjudica a uno de los copropietarios en virtud de la extinción del condominio, dada la naturaleza privativa que tenía su cuota indivisa.

Resolución de 30-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Totana

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN DE SU DESCRIPCIÓN.

La cuestión debatida es si la aclaración y rectificación de los metros cuadrados útiles y construidos de alguno de los elementos independientes de la división horizontal supone una modificación del título constitutivo de la misma con las correspondientes exigencias de unanimidad o por el contrario no lo es tratándose de una situación de adaptación fáctica de la descripción registral a la realidad jurídica extrarregistral, bastando el consentimiento de los afectados. En principio y como regla general, la inscripción pretendida supone una modificación —quizá por error— del título constitutivo y, por ello, sería necesario que se cumplieran los requisitos para dicha modificación. Ahora bien, si se tiene en cuenta: *a)* que tal diferencia puede deberse a una errónea medición de los elementos privativos; *b)* que se acredita la exacta cabida construida y útil de los pisos o elementos independientes —con certificación del técnico competente—; *c)* que no se modifica la superficie construida ni útil de los restantes elementos privativos; *d)* que presta su consentimiento la propiedad de los elementos cuyas cabidas se corrigen; *e)* que la medición real que ahora se aclara, corresponde y coincide plenamente con el proyecto en base al cual se concedió la licencia para edificación, ha de concluirse que, en el caso debatido, puede accederse a la inscripción pretendida.

Resolución de 30-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Xinzo de Limia

HIPOTECA EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES: POSIBLES CASOS.

No es posible en nuestro ordenamiento, fuera del supuesto del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, la constitución de una única hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones por ser contrario al principio de accesoriedad de la hipoteca. Tampoco es aceptable la cobertura hipotecaria única de una pluralidad

de obligaciones aunque se pacte un sistema liquidatorio de cuenta corriente que determine la global posición acreedora o deudora de las partes sin que aquellas pierdan su individualidad, pues la mera reunión contable de las distintas obligaciones no hace nacer una nueva susceptible de cobertura hipotecaria única. Para que dicho efecto se produzca es preciso un acuerdo novatorio expreso del que resulte la existencia final de una única obligación garantizada que incluya la determinación de las líneas generales de las obligaciones cubiertas por el pacto, siempre que la inclusión o exclusión de cada una de ellas resulte del propio convenio y no quede al arbitrio de una de las partes.

Resolución de 31-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Ciudad Real, número 1

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: ACTOS A QUE AFECTA.

Tanto la doctrina como este Centro Directivo parecen inclinarse por la conclusión de que la prohibición de disponer solo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral. Por tanto no hay obstáculo alguno para practicar una anotación de embargo.

Resolución de 31-1-2013
(BOE 26-2-2013)
Registro de Zamora, número 1

HIPOTECA CAMBIARÍA: CANCELACIÓN ORDENADA EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. Resolución de 15 de febrero de 2006) tiene razón el Registrador cuando manifiesta en su nota de calificación que la hipoteca que se pretende cancelar no aparece inscrita solo a favor de la entidad demandada y condenada, pues se trata de una hipoteca en garantía de letras de cambio y está constituida a favor de sus tenedores presentes o futuros, que puede coincidir o no, con el primer tomador de las cambiales. Por ello, el artículo 211 del Reglamento Hipotecario determina que si la cancelación se verifica por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial, se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del secretario que intervenga en el procedimiento respectivo (cfr. Resolución de 25 de marzo de 1999), por cuanto son los mismos títulos cambiarios los que legitiman al acreedor.

Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 12-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

ADMINISTRADOR. CESE Y NOMBRAMIENTO. CAMBIO DE SISTEMA DE ORGANIZACIÓN. CALIFICACIÓN.

No debe rechazarse la inscripción si de la documentación presentada resultan acreditados el conjunto de requisitos exigidos por el ordenamiento para practicarla. Así ocurre en este caso en que resulta inequívoca la voluntad social de modificar la situación preexistente de dos administradores solidarios por la de un administrador único cuando acuerda ser representada por un administrador único, cesa a uno de los inscritos autorizando al único nombrado, el otro inscrito, a elevar a público los acuerdos. No pueden exigirse declaraciones rituales ni reiteración de trámites.

Resolución de 17-12-12
(BOE 25-1-2013)
Registro Mercantil de Pontevedra

LIQUIDACIÓN. ACTIVO SOBREVENIDO. CONCURSO DE ACREEDORES.

La cancelación de asientos de la hoja social no impide la práctica de asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad implique, especialmente en el caso de activo sobrevenido. Tendrán que continuarse entonces las operaciones de liquidación. Si el cierre de la hoja se produjo en virtud de auto del juez de lo Mercantil, finalizado el procedimiento concursal por inexistencia de bienes, esas operaciones liquidatorias deben reanudarse en el ámbito del procedimiento concursal. Debe solicitarse su reapertura. Se reanuda el procedimiento ante el mismo juzgado y en la misma fase liquidatoria en que se encontraba. Liquidación que se lleva a cabo por la administración concursal.

Resolución de 17-12-12
(*BOE* 6-2-2013)
Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS ANUALES. IDENTIFICACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES QUE FIRMAN Y NO FIRMAN LAS CUENTAS.

En la certificación debe identificarse a los administradores que no han firmado las cuentas con expresión de la causa porque ello permite conocer si, con esa omisión, pretendieron salvar su responsabilidad o fue por otros motivos o circunstancias ajenas a la propia marcha de la sociedad y a su forma de llevar la contabilidad.

También apunta la resolución la necesidad de expresar la identidad de los que sí han firmado.

Resolución de 17-12-12
(*BOE* 6-2-2013)
Registro Mercantil de Valencia

CUENTAS ANUALES. CALIFICACIÓN. CAPITAL SOCIAL. IDENTIFICACIÓN DE LOS FIRMANTES.

La calificación del Registrador no se limita a la mera comprobación de cuáles son los documentos presentados y los requisitos formales del artículo 366 RRM, sino que, en aras a garantizar la seguridad jurídica que proporciona el Registro y que despliega sus efectos en garantía de acreedores y terceros, debe alcanzar a la comprobación de los administradores que firman los documentos, las causas por las que, en su caso, no los firmaron y la vigencia de sus cargos, así como el contenido de los mismos, que implica básicamente la comprobación de que el capital social resultante del balance se corresponde con el que resulta inscrito.

Resolución de 18-12-2012
(BOE 25-1-2013)
Registro Mercantil de Barcelona VI

REDUCCIÓN. PÉRDIDAS. AUDITORÍA DEL BALANCE.

En la reducción por pérdidas, la exclusión de medidas de tutela de los intereses de los acreedores viene compensada por la rigurosa observancia de los requisitos legales relativos a la existencia de un balance aprobado en los seis meses anteriores del que resulte que se dan las circunstancias precisas, verificado por el auditor de la sociedad o el nombrado al efecto. Solo cabe excluir esa verificación cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios y cuando los intereses de los acreedores están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital.

Resolución de 19-12-12
(BOE 25-1-2013)
Registro Mercantil de Madrid, número X

REGISTRO MERCANTIL. ESTATUTOS. JUNTA GENERAL. EJERCICIO Y DELEGACIÓN DEL DERECHO DE VOTO POR MEDIOS TELEMÁTICOS. JUNTA GENERAL. VIDEOCONFERENCIA. REPRESENTACIÓN CONFERIDA POR MEDIOS TELEMÁTICOS.

Fijada una ubicación física para la celebración de la junta que permita la asistencia personal, la posibilidad de asistir además por videoconferencia o por medios telemáticos ha de ser admitida, siempre que se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre, puedan intervenir y se

garantice su identidad, pues ello no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia personal.

Puede también delegarse el voto por medios telemáticos o audiovisuales siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba.

Resolución de 20-12-12
(BOE 25-1-2013)
Registro Mercantil de Málaga, número IV

CALIFICACIÓN. TÍTULOS INCOMPATIBLES.

Cuando se someten a calificación dos o más títulos incompatibles, el Registrador debe tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos presentados después para evitar inscripciones inútiles e ineficaces y la desnaturalización del Registro Mercantil, institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas y no a la resolución de diferencias entre socios. Debe ser el juez competente el que debe decidir a la vista de las pruebas y declaraciones de las partes.

Resolución de 4-1-13
(*BOE* 7-2-1013)
Registro Mercantil de Orense

OBJETO SOCIAL. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Se trata de frases comprensivas de actividades como «compraventa de todo tipo de vehículos de motor (automóviles, camiones…)». La locución entre paréntesis indica, más que una restricción del significado de la frase principal, una información complementaria; los puntos suspensivos equivalen a la palabra «etcétera». Su supresión en la inscripción alteraría el significado de la frase principal y convierte la enumeración abierta en cerrada. Además, en el caso de que la utilización de determinadas palabras o signos pudieran generar imprecisión, lo procedente sería denegar la totalidad de la frase, no inscribir parcialmente.

Resolución de 19-1-2013
(*BOE* 20-2-2013)
Registro Mercantil de Madrid

REDUCCIÓN. PÉRDIDAS. RESERVAS. CRITERIOS CONTABLES.

No cabe reducción de capital por pérdidas cuando del balance resulta la existencia de una partida positiva: «Reservas voluntarias (por créditos fiscales)» que deja reducidas las pérdidas a una cantidad inferior a aquella en que se acuerda la reducción.

La resolución hace un detallado análisis de las nuevas normas contables y su discrepancia con las exigencias derivadas del régimen jurídico de las sociedades de capital y el alcance al respecto del artículo 36.1 del Código de Comercio.

Resolución de 21-1-2013
(BOE 20-2-2013)
Registro Mercantil de Sevilla

ADMINISTRADORES. ARTÍCULO 111. OPOSICIÓN. DESCONVOCATORIA DE JUNTA.

Verificada la notificación al anterior titular de la facultad certificante, se puede inscribir si de la documentación presentada resulta que consiente por comparecencia personal, por escrito con firma legitimada o por otro medio que acredite su asentimiento e identidad, o en los supuestos asimilados de defunción, incapacidad o situación similar. Si no resulta ese consentimiento, se abre un plazo de quince días para reaccionar interponiendo querella (que no impide la inscripción) u oponiéndose acreditando la falta de autenticidad del nombramiento (que sí suspende la inscripción). Pero no basta una mera oposición, sino que el documento de oposición debe evidenciar la nulidad del documento primeramente presentado. Así ocurre, por ejemplo, cuando la falta de autenticidad resulta de un acta notarial de junta.

La desconvocatoria de una junta deja sin efecto la convocatoria previamente efectuada y la junta no puede celebrarse, pero esta circunstancia debe acreditarse por los mismos medios con que se acredita la convocatoria; no basta un envío sin acuse de recibo y sin conocimiento de su contenido.

El Registro Mercantil es una institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas cuya validez ha sido contrastada por la calificación registral y no a la resolución de diferencias entre socios. Siempre queda expedito el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.

Resolución de 28-1-2013
(*BOE* 26-2-2013)
Registro Mercantil de Málaga

JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

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 29-1-2013
(*BOE* 26-2-2013)
Registro Mercantil de Jaén

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 tres 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.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución 3039/2012 de 10-10-2012
(DOGC 14-1-2013)
Registro de Manresa, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL Y MEDIANERÍA.

La propiedad horizontal y la medianería son regímenes jurídicos distintos. Cuando en una realidad fáctica coincidan elementos en propiedad exclusiva o privativa y otros de carácter común, es necesario acudir a los esquemas regulatorios de la propiedad horizontal.

Resolución 3040/2012 de 18-11-2012
(DOGC 14-1-2013)
Registro de Barcelona, número 18

PROHIBICIONES DE DISPONER EN FAVOR DEL PROPIO TITULAR DOMINICAL.

Si en el Derecho Civil catalán un propietario puede constituir un derecho real limitado en cosa propia, convirtiéndose en titular de las restricciones que impone a su titularidad dominical sin dejar por eso de ostentarla, con mayor razón podrá limitar las facultades que integran esta titularidad en provecho propio, convirtiéndose en beneficiario de las mismas, si con eso no llega ni tan solo a constituir un derecho real limitado, como sucede en el caso de las prohibiciones de disponer.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

NUEVA VISIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR: SU CAPACIDAD DE DECISIÓN SOBRE SU FUTURO PROFESIONAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular Acreditada Doctora.
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR: a) El interés superior del menor y su tutela; b) El interés superior del menor y el poder de representación de los padres; c) El interés superior del menor y la autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos; d) El interés superior del menor y la cesión futura de los derechos de imagen del menor. e) El interés superior del menor y la contravención de los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores.—III. CESIÓN FUTURA DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DEL MENOR PARA CUANDO FUESE, EN SU CASO, JUGADOR PROFESIONAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha abordado recientemente un tema importante en relación con el concepto indeterminado del *libre desarrollo de la personalidad del menor*[1].

La cuestión que se analiza reside en la afirmación de que uno de los presupuestos que configuran la tutela del interés superior del menor ligado al libre desarrollo de su personalidad es la *capacidad que tiene para decidir sobre su futuro profesional.*

[1] STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, recurso 1440/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 26/2013. Número de recurso: 1440/2010. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley,* núm. 8020, Sección Jurisprudencia, 11 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 974/2013.

El poder de representación de los padres sobre los menores no puede incidir en el libre desarrollo de la personalidad de estos. Los padres, como titulares de la patria potestad, deberán orientar a sus hijos tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial (art. 154 CC), pero desde luego deben hacerlo pensando siempre en el beneficio personal y de acuerdo con la personalidad de cada uno de ellos. Esto supone que cualquier actividad que realice el menor debe ser en su interés, esto es, favoreciendo siempre el desarrollo integral de su personalidad[2]. El propio menor será siempre el que ayude con sus preferencias a determinar su propio interés (desde luego estamos pensando en un menor con capacidad natural de obrar —con capacidad suficiente para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales—), sus gustos, preferencias, lo cual es el paso previo para determinar lo que le beneficia, y, ayudará a su desarrollo integral.

Aunque no es el caso que vamos a estudiar, debemos recordar que si el menor no tiene esa capacidad natural de obrar corresponde su determinación a los titulares de la patria potestad (padres, parientes, administración, jueces, fiscales…, art. 158 CC) que en realidad son los sujetos que deben velar por garantizar el desarrollo de su personalidad.

Obviamente siempre se ha partido de la existencia de una presunción *iuris tantum* de que los padres y/o los titulares de la patria potestad siempre actúan en interés de los hijos. No obstante por lo que vamos a analizar a continuación, por un lado, el interés de los hijos puede ser contrario o al menos no beneficioso para el libre desarrollo de su personalidad, por otro lado, debemos tener en cuenta que la capacidad natural del menor tiene un carácter relativo porque la capacidad requerida para cada acto puede ser distinta.

Y además, hay que tener en cuenta, ya en el terreno práctico, que los intereses de los padres y de los hijos al celebrar un contrato que vincula al menor, pueden ser diferentes y pueden darse distintas situaciones. ASENSIO y QUESADA[3] hacen un examen pormenorizado de los supuestos.

Por ejemplo, si tanto el menor como los padres están de acuerdo en la firma de un contrato donde el menor desarrolle una actividad que le interese y no interfiera ni en su vida personal ni académica, obviamente saldrá enriquecido con ello. En este caso siempre puede haber alguien que crea que el interés del menor esté siendo conculcado, en cuyo caso siempre se podrá acudir por medio del artículo 158 del Código Civil al juez o al Ministerio Fiscal, quienes deberán acudir en auxilio del menor.

Por otro lado puede darse el caso de que no haya acuerdo en la realización del contrato entre padres e hijos, generalmente porque los padres crean que be-

---

[2] El artículo 154 del Código Civil dice que: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.

[3] ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José («Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *Diario La Ley*, núm. 6639, Sección Doctrina, 29 de enero de 2007, año XXVIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY. LA LEY 140/2007), describen diferentes situaciones.

neficia al menor (generalmente desde el punto de vista económico) y el menor no lo ve así. En este caso hay que detenerse en comprobar si el menor tiene el suficiente juicio. Si lo tuviera no habría problema pues puede negarse a firmar el contrato, pues es capaz de no otorgar su consentimiento. Si no lo tuviera serían los padres quienes firmarían el contrato y de nuevo nos encontraríamos con la posibilidad del artículo 158 del Código Civil.

También puede darse el caso contrario en el que los padres no quieran firmar el contrato y el menor sí. En este caso el menor «no realizará la actividad, ya que son los padres los que celebran el contrato».

Los citados autores también indican otra posibilidad que es que ambos, padres y menor, estén de acuerdo en que algo no conviene al interés del menor, y como están de acuerdo no se firmará el contrato.

Resulta obvio indicar que son los propios interesados los que deben interpretar en qué beneficia el contrato al interés del menor y si se producen problemas o discrepancias es cuando se hace indispensable la intervención judicial en este ámbito (arts. 154 ó 163 CC ó 158 CC).

Recordemos además, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, donde se regula el deber protector de los poderes públicos (art. 12) el deber de poner en conocimiento de la autoridad las posibles situaciones de riesgo de menores que conozca (art. 13), y el deber de atención inmediata por parte de las autoridades oportunas (art. 14).

Puede suceder que los titulares de la patria potestad no estén de acuerdo entre ellos respecto de lo que beneficie el interés del menor, o como hemos indicado anteriormente, que terceros consideren que el menor está siendo perjudicado en su formación integral y lo pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal. En estos casos será la autoridad judicial la que decidirá, valorando las características del caso y después de atender a los testimonios oportunos, qué beneficia el interés del menor en el caso concreto que se le plantea.

El supuesto de hecho de la sentencia del TS se centra en la *validez o nulidad de un precontrato de trabajo de un menor de edad para la práctica de fútbol profesional*. El TS entiende que sería necesaria la autorización judicial como presupuesto previo para la validez del precontrato.

También afecta al libre desarrollo de la personalidad del menor la inclusión en el precontrato de la *cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando fuese, en su caso, jugador profesional.*

Y decimos que es una nueva visión del análisis del libre desarrollo de la personalidad del menor pues hasta ahora solo se había estudiado desde otras perspectivas muy diferentes, por ejemplo, en sus relaciones con parientes y allegados[4], o como miembro de una familia que debe ser oído tras el divorcio de sus padres[5].

---

[4] El bien jurídico protegido en el artículo 160.2.3 del Código Civil es el libre desarrollo de la personalidad del menor mediante el aprovechamiento de sus relaciones afectivas con «parientes y allegados». De manera que cualquier persona que se considere cercana al menor podrá invocar el derecho a relacionarse con él, y será el juez quien, en caso de oposición, resolverá. Vid. De Torres Perea, José Manuel, «El artículo 160.2.3 del Código Civil. Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-96, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 20174/2001.

[5] El fundamento último de la audiencia del menor *como reflejo del respeto al libre desarrollo de su personalidad* y como menor, como miembro integrante del núcleo familiar que tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, expresar sus opiniones e intereses

Otra cuestión que analiza la sentencia es el concepto de orden público en materia laboral. A juicio del TS se estaría atentando contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor que *no pudo decidir por él mismo* acerca de su relación laboral en el momento en que debió y pudo hacerlo, ya al cumplir la mayoría de edad, o bien a los dieciséis años, con vida independiente de sus progenitores.

Nuestro análisis, dentro de esta Sección dedicada a la Parte General, se va a centrar en el estudio de la llamada *práctica de contratación respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional de fútbol. Aunque la STS va más allá, analizando una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo*[6].

II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

a) El interés superior del menor y su tutela

Como hemos comentado en nuestra introducción, la tutela del *interés superior* del menor viene íntimamente ligada al *libre desarrollo de su personalidad* (art. 10 CE). Uno de los intereses del menor, obviamente reside en su capacidad de decidir sobre su futuro profesional. Capacidad que no puede verse impedida o menoscabada.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha referido a la capacidad de los menores que *cuentan con suficiente juicio o madurez y que sean oídos antes de que se resuelvan cuestiones que les afectan*.

En este sentido la STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, analiza un supuesto de separación matrimonial y atribución de la guarda y custodia

---

acerca de todas aquellas cuestiones susceptibles de afectar a sus expectativas... Vid. Bojané, Marta y Caballero Ribera, Mónica, «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial LA LEY. LA LEY 22579/2001.

[6] La parte actora, «Fútbol Club Barcelona», ejercitó demanda contra don Roberto en reclamación de la suma de 3.489.000 €, en concepto de la cláusula penal pactada en el precontrato de fecha 22 de abril de 2002, al haberse integrado en la plantilla del Real Club Deportivo Espanyol, SAD incumpliendo los compromisos pactados en dicho precontrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada abonar a la actora la suma de 30.000 €, en concepto de indemnización por extinción anticipada del precontrato de fecha 22 de abril de 2002, y de 500.000 € en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el citado precontrato de fecha 22 de abril de 2002.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes litigantes, dictándose sentencia de segunda instancia, de fecha 6 de abril de 2010, que constituye el objeto del presente recurso de casación, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Roberto, estimando parcialmente el recurso de apelación formalizado por «Fútbol Club Barcelona», revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar a la demandante la suma de 3.489.000 € en concepto de indemnización por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato de 22 de abril de 2002. A los efectos que aquí interesan, dicha resolución considera que el precontrato citado no es nulo por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarca dentro del ámbito de la patria potestad.

a la madre. Considera el TC que se ha producido una vulneración del derecho del menor a ser oído en el procedimiento, *porque con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial*[7].

La STC, Sala Segunda, de 221/2002, de 25 de noviembre de 2002[8], aborda el estudio de la nulidad del auto que ordenó reiniciar el proceso de reinserción de una menor con su familia adoptiva, sin valorar los riesgos derivados del cambio de circunstancias.

En dicha sentencia se consideran *legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo.* El interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en este ámbito impide que pueda negarse legitimación a quienes[9], ostentando la condición de guardadores de hecho de la menor, y que anteriormente habían sido sus acogedores en virtud de un acogimiento familiar de carácter provisional, impugnan ante este Tribunal decisiones de los poderes públicos que pueden ser lesivos de los derechos fundamentales de la menor que tienen bajo su guarda, pues, con independencia de que dichos intereses se encuentren defendidos por el Ministerio Fiscal, no por ello debe excluirse en todo caso la posibilidad de que también puedan ejercer tal defensa quienes tienen a su cargo a un menor como consecuencia de habérseles atribuido la guarda del mismo.

Pero ha sido precisamente la Jurisprudencia del TS la que ha aclarado diversos conceptos indeterminados, por ejemplo el del *libre desarrollo de la personali-*

---

[7] STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, recurso 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Número de sentencia: 152/2005. Número de recurso: 1966/2004. LA LEY 127662/2005. Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del artículo 24.1 CE.

[8] STC, Sala Segunda, 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, recurso 1044/2000. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. Número de sentencia: 221/2002. Número de recurso: 1044/2000. LA LEY 178/2003.

[9] Previamente el TC había concretado que «…este Tribunal ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés legítimo a efectos de reconocer legitimación para recurrir en amparo, de ahí que hayamos considerado que tienen un interés legítimo para recurrir en amparo, no solo los titulares del derecho fundamental que se considera vulnerado, sino también todos aquellos a quienes la supuesta lesión del derecho fundamental invocado les haya podido ocasionar un perjuicio, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una situación jurídico-material que les confiere el interés legítimo que exige el artículo 162.1.b) CE para estar legitimados a efectos de interponer el recurso de amparo…».

dad, como podemos ver en una de sus primeras sentencias, aunque no referidas a menores, la STS de 19 de abril de 1991[10].

Referida al análisis del *interés del menor*, aunque en el ámbito de la reinserción familiar se halla la STS de 31 de julio de 2009[11], la cual ha indicado con gran claridad que: «Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto ("se buscará siempre"), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo ("se procurará").

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella ("cuando no sea contrario a su interés").

La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor».

---

[10] STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 1991. Ponente: Jaime Santos Briz, Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2010-JF/0000. Aunque no centrado en el ámbito del menor, el TS establece en esta sentencia como doctrina que *tras haber un cambio social de sexo, y en base al libre desarrollo de la personalidad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 10 CE que incluye dentro de dicho desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, se permite el ejercicio de su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, sin que suponga equiparación absoluta con el sexo femenino.*

[11] STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009. En un caso de declaración de desamparo de menores y acogimiento preadoptivo, el TS establece como doctrina jurisprudencial, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, *contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido* con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y segundo, *el modo en que debe ponderarse el interés del menor* en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

En los mismos términos, y siguiendo esta doctrina jurisprudencial, se encuentra la STS de 13 de junio de 2011[12].

b) El interés superior del menor y el poder de representación de los padres

El TS, en la sentencia objeto de comentario, entiende que en este ámbito *no cabe la representación*, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros.

Y recoge la doctrina jurisprudencial indicada en el apartado anterior, «la adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a la esfera de su futuro desarrollo profesional»[13].

No olvidemos que dentro de los Acuerdos Internacionales hay dos puntos clave:

— Por un lado, una tendencia por mejorar la protección del menor.
— Por otro lado, la necesidad de otorgar un mayor protagonismo a su actuación.

Así se desprende de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, y de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C241, de 21 de septiembre de 1992)[14].

---

[12] STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de junio de 2011, recurso 1255/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 397/2011. Número de recurso: 1255/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 111589/2011. Indica el Tribunal que insiste en la aplicación del principio del interés del menor en los casos de acogimiento, habiendo familia biológica, basado en que «las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor...».

[13] Dice el FJ 3.º que: «Esta proyección de su incidencia en el núcleo de los derechos fundamentales encuentra, a su vez, un progresivo desarrollo complementario ya en torno a otros específicos derechos fundamentales contemplados por nuestra Constitución, caso del derecho de asociación (art. 22 CE), bien por la vía de los "Derechos y deberes de los ciudadanos", caso del artículo 35.1 CE, en relación a la libre elección de profesión y oficio y la promoción a través del trabajo y, en su caso, por el cauce de los denominados "Principios Rectores de la Política Social y Económica", supuesto del artículo 39.2 y 4 CE, en relación a la protección integral de los hijos y a la extensión de su tutela prevista en los Acuerdos Internacionales».

[14] Como referentes en la interpretación de los derechos que recoge nuestra Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico (vid. la STC, Sala Primera, 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008, que se refiere a la restricción del régimen de visitas a un menor inicialmente concedido a un padre transexual. La disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas, sino que se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, profundiza en esta *tendencia hacia el desarrollo evolutivo* en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (art. 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (arts. 7 y 9, respectivamente).

Concluye el TS afirmando que: «*el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo*, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los dieciséis años (art. 162.1.º CC).

c) El interés superior del menor y la autorización judicial como presupuesto previo de la validez de los contratos

El artículo 166 del Código Civil establece una serie de *limitaciones impuestas* que hacen necesaria la autorización judicial como presupuesto previo de la validez de los contratos donde intervenga un menor[15].

El precepto se centra en la tutela patrimonial, lo cual resulta congruente con la finalidad perseguida de requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, *bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor.*

La interpretación de este precepto debe hacerse siguiendo el sentido de la LO de protección del menor inspirada en los acuerdos internacionales, *no puede ser restrictiva sobre todo cuando la responsabilidad patrimonial asumida también afecte o repercuta en el plano extrapatrimonial del interés del menor.*

d) El interés superior del menor y la contravención de los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores

La sentencia también se refiere a la *nulidad del precontrato de trabajo*, y de la *cláusula penal prevista*, por resultar contrario a los límites inherentes al orden

---

[15] Artículo 166. Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad.

Ámbito fundamental donde el precontrato vulnera el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaña envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que solo el menor debe decidir por sí mismo.

III. CESIÓN FUTURA DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DEL MENOR PARA CUANDO FUESE, EN SU CASO, JUGADOR PROFESIONAL

El derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. Aunque existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda: cuando exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección[16].

Por otro lado, hemos partido del hecho de que el menor sí tiene capacidad, solo que aún no puede desarrollarla plenamente.

La imagen del menor es uno de los derechos de la personalidad del menor, y la cesión futura es un acto de disposición sobre un derecho de la personalidad. Pues bien tratándose de derechos de la personalidad y de menores, el *consentimiento* ha de interpretarse en *sentido estricto*. Más aún si detrás de esa intervención del menor existe un *aprovechamiento comercial*.

Y ello es así porque lo establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ya en 1982, fue la LO, la que en su artículo 3 concretó que el consentimiento de los menores (e incapaces) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

La prevalencia del interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad adquiere especial relevancia cuando en el precontrato, que debería limitarse al ámbito de la formación, se incluye la *cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional*.

El derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, pues se refiere a la persona en sí misma considerada. Como dere-

[16] [SSTC 156/2001 (LA LEY 4591/2001), de 2 de julio, FJ 6; y 77/2009 (LA LEY 14343/2009), de 23 de marzo, FJ 2, por todas].

cho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento.

De los términos concretados en el contrato se desprende que existe un consentimiento generalizado, vago e impreciso, sin que se haya otorgado a nadie en particular (ni a un anunciante, ni a una cadena televisiva, ni a ningún medio de comunicación) y además tan indeterminado que no se indica cuando (ni término inicial ni final) va a ser utilizado, ni por supuesto las condiciones.

Ello conllevaría a encadenarse a un consentimiento de por vida: de manera que si el menor hubiera autorizado en el pasado, podría estar afectado para el presente y futuro. Nada más contrario a la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico que exige consentimiento reglado, expreso y escrito.

Parece que se trata de otorgar un consentimiento genérico, totalmente opuesto a la legalidad ya que se requiere y exige un nuevo consentimiento para cada uno de los actos donde se utilice la imagen del menor.

Además si el consentimiento hubiera sido prestado por los titulares de la patria potestad, y al tratarse de una cesión futura de la imagen del menor, el todavía menor pero con juicio, o ya incluso mayor puede prestar un consentimiento contrario.

No olvidemos que en la contratación con menores nunca podemos perder de vista la protección del interés supremo del menor y, por tanto, la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos negocios jurídicos que les perjudiquen gravemente. Si además estamos en presencia de derechos de la personalidad, irrenunciables e inalienables, tendremos que afirmar que la dignidad personal del menor, honor, intimidad e incluso en algún caso la propia imagen, convertiría en actos nulos de pleno derecho algunos de estos negocios.

Macías Castillo insiste en que «no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor puedan ser válidamente aceptados a estos efectos en ningún caso. La no oposición o la negativa expresa, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento reglado, expreso y escrito[17].

La STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, estableció la prevalencia del interés superior del niño frente a la libertad de expresión de un periódico que publicó fotos del menor sin consentimiento paterno ni justificación legal[18].

Para la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social el ordenamiento jurídico establece una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor. Para no ser calificada de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

---

[17] Macías Castillo, Agustín, «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *Diario La Ley,* núm. 6913, Sección Doctrina, 28 de marzo de 2008, año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. LA LEY 15472/2008.

[18] STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel Aragón Reyes. Número de sentencia: 158/2009. Número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009.

Además cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz.

IV. LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA Y LA PROTECCIÓN DE MENORES

El Fiscal General del Estado estableció en la Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores unas directrices para evitar que la impugnación de actos por parte del Ministerio Fiscal no suponga una restricción de los derechos de los menores a decidir por sí mismos cuando tienen la madurez bastante, así como para evitar restricciones del derecho de sus progenitores y representantes legales cuando están decidiendo con rigor y en beneficio de estos acerca de estos actos de disposición.

La Instrucción distingue dos situaciones: el consentimiento ya prestado (o proyectado) por los padres, tutores o representantes legales, y el consentimiento que presta el propio menor cuando considera que tiene capacidad suficiente para ello. Siempre que no estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad; o que no estén imposibilitados por cualquier causa para accionar, lo que lógicamente reforzaría la obligación de que el Ministerio Público lo hiciese; o que mantengan un conflicto de intereses con los hijos o representados o, que los padres vengan adoptando una actitud de inhibición o pasividad en lo que al cuidado de sus hijos y preocupación por sus cuestiones se refiere.

Cuando estamos en presencia de un *menor no maduro* habrá de atenderse, en primer término, al hecho de que los padres o representantes hayan o no prestado el debido consentimiento en base a la patria potestad.

La opinión del menor deberá pesar más cuánto más se aproxime este a las condiciones de madurez o la capacidad de juicio al que la ley se refiere. Esta circunstancia ya había sido señalada por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad: por su corta edad, debe presumirse la *falta de capacidad de niños de cinco o seis años de edad;* mientras que en el otro extremo, los que están próximos a la mayor edad, podrían *a priori* ser considerados perfectamente capaces para realizar numerosos actos de disposición. En todo caso, importa destacar el *derecho a ser oído* que el menor tiene, como expresión de la voluntad real del menor que, a menudo, puede ser inducido o condicionado por su entorno familiar para realizar algunos de estos actos.

También están los menores en situación de desamparo o son inadecuadamente tratados por sus progenitores, así como aquellos otros que carecen de representantes legales. En tales supuestos, la intervención del Ministerio Fiscal adquiere, si cabe, todavía más importancia.

Cuando los padres o representantes están en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad y las ejercen con responsabilidad, la intervención de los fiscales se configura como un segundo control, esto es, cuando resulta notorio que la prestación del consentimiento en nombre del menor se ha realizado con desprecio del superior interés del menor.

Cuando estamos en presencia de un menor maduro o presumiblemente maduro, se analizan dos situaciones distintas: el abandono, desamparo o desprotección del menor en mayor o menor grado, y el ejercicio irresponsable de la patria potestad o de las instituciones de guarda y custodia de menores. Pero estas situaciones son diferentes de la que se produce cuando el menor interviene y decide por sí mismo acerca de qué destino dará a determinadas facetas de sus derechos personalísimos. Es decir, estamos básicamente entrando a valorar la capacidad misma del menor para regirse, puesto que, en su caso, lo que los fiscales deben hacer, es cuestionar la madurez y racionalidad suficiente de los menores para poder decidir acerca de estas cuestiones.

La Instrucción recuerda que no puede prescindirse por completo de la voluntad de los menores maduros para desarrollar el contenido de los derechos de la personalidad. Para garantizar este derecho del menor, la Instrucción establece como premisa que, antes de demandar, el menor sea oído, en todo caso, por el Ministerio Fiscal, de modo que únicamente después de este examen y cuando resulte evidente la falta de madurez del menor o el grave daño que para su persona representa el acto consentido, solo entonces podrá presentar la demanda el fiscal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *Diario La Ley*, núm. 6639, Sección Doctrina, 29 de enero de 2007, año XXVIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY. LA LEY 140/2007.

BOJANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica: «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial LA LEY. LA LEY 22579/2001.

DE TORRES PEREA, José Manuel: «El artículo 160.2.3 del Código Civil. Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-96, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 20174/2001.

MACÍAS CASTILLO, Agustín: «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 28 de marzo de 2008, año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. LA LEY 15472/2008.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TC Y DEL TS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES. Número de sentencia: 158/2009. Número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009.
- STC, Sala Primera, 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.
- STC, Sala Segunda, 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, recurso 1044/2000. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 221/2002. Número de recurso: 1044/2000. LA LEY 178/2003.

- STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, recurso 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Número de sentencia: 152/2005. Número de recurso: 1966/2004. LA LEY 127662/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, recurso 1440/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. Número de sentencia: 26/2013. Número de recurso: 1440/2010. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley,* núm. 8020, Sección Jurisprudencia, 11 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 974/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de junio de 2011, recurso 1255/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 397/2011. Número de recurso: 1255/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 111589/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 1991. Ponente: Jaime Santos Briz. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2010-JF/0000.

VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española. Artículo 10.
- Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Código Civil 162,1.º
- Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

RESUMEN

CAPACIDAD DEL MENOR FUTURO PROFESIONAL

La tutela del interés superior del menor está ligada al libre desarrollo de su personalidad que tiene, entre sus presupuestos, decidir sobre su futuro profesional. Ámbito este, el libre desarrollo de su personalidad, al que no puede extenderse el poder de representación de los padres, no resultando descartable la necesaria autorización judicial como presupuesto previo para la validez del precontrato.

ABSTRACT

LEGAL CAPACITY OF MINORS FUTURE CAREER

Protecting the higher interest of minors includes enabling minors to develop their personality freely, which involves deciding on their future career. Parents' power to represent their minor children does not extend to the field of personality development. Judicial authorisation may be needed before a letter of agreement or intent can be considered valid.

1.2. Familia

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD Y LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.—III. LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DE LOS HIJOS: 3.1. Reclamación judicial de los gastos extraordinarios. Análisis del nuevo incidente previsto en el artículo 776, regla 4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. La titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, que son los representantes legales y administradores de los bienes de sus hijos. Entre los derechos y facultades que conforman la patria potestad, cuando los hijos son menores de edad, el artículo 154 del Código Civil contiene el mandato imperativo de alimentarlos, mandato que se extiende a los dos progenitores como obligados a prestar alimentos y cuyo contenido tiene un tratamiento jurídico diferenciado del de los alimentos entre parientes[1]. Incluso, si no se ostenta la patria potestad, el deber persiste conforme al artículo 110 del Código Civil[2]. De forma que, tal deber de alimentar a los hijos menores de edad no emancipados no deriva de la patria potestad, sino de la filiación[3]. Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal, pues, el artículo 93.1 del Código Civil en sede de separación, nulidad

[1] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464), donde se indica que, «aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivado básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

[2] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464); y de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995/2991).

[3] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2010 (La Ley 151774/2010).

o divorcio reitera el mandato imperativo en base al cual el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (arts. 93.1, 145.1 y 1438 del CC), y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del CC). Es por ello que la sola diferencia de estatus económico entre uno y otro de los progenitores por muy diferente que sea, no exonera a ninguno de estos, de cooperar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento y atención pecuniaria de las necesidades de sus hijos, aunque en la contribución del cónyuge guardador haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (art. 103 y 1438 del CC), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación[4]. Lo cierto es que, la nulidad, separación y divorcio, en ningún caso, exime a los padres del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales (art. 154.1 del CC). En esencia, la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad constituye una obligación a asumir por ambos progenitores en la cuantía determinada en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio y en la proporción que en la misma se establezca. Se trata, asimismo, de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector *favor filii*, es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito[5]. En definitiva, corresponde al juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia.

Por otra parte, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o se emancipan adquieren la plena capacidad de obrar (art. 322), y conlleva la extinción de la patria potestad (art. 169 del CC), y el fin de la representación legal de los padres (art. 162 del CC). Sin embargo, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de la mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber, si se dan los presupuestos para su concesión, si bien, su régimen jurídico será distinto[6]. Es un hecho constatado que en la situación actual de crisis económica, con una alta tasa de paro juvenil, resulta muy difícil o casi imposible el obtener un trabajo que permita una independencia económica,

---

[4] Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1981; de 1 de febrero de 1982, y de 5 de octubre de 1993.

[5] Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional, número 120/84, de 10 de diciembre (La Ley 54948-NS/0000), el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

[6] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de abril de 1998 (*AC* 1998/822); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 11 de junio de 1999 (*AC* 1999/5681); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 24 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 10 de diciembre de 2010 (La Ley 272381/2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 3 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/156757), habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (La Ley 103077/2011); y de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.ª, de 27 de junio de 2011 (La Ley 170879/2011).

asimismo, la formación académica, sobre todo si se opta por estudios superiores o por oposiciones se prolonga más allá de la mayoría de edad. La prestación de tales alimentos, por quienes han ejercido la patria potestad, se fundamenta en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación, reforzado por una base constitucional, pues, como establece el artículo 39.3 de la Constitución española: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»[7]. Estos alimentos, que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad, subsisten mientras no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (art. 142.2 del CC); que puede finalizar precisamente cuando la falta de necesidad del hijo o cuando esta provenga de su mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (art. 152 del CC), pues no faltan abusos de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica.

En este contexto, es oportuno señalar que, la obligación de alimentar a los hijos forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, se conceptúan como «una obligación legal en virtud de la cual el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se hallan en situación de necesidad»[8]. De forma que la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados, constante matrimonio, forman parte de las cargas familiares, o gastos familiares, según dispone el artículo 231-5 del Código Civil catalán, mientras que, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, la obligación se inserta dentro de la figura de la deuda alimenticia entre parientes.

Con la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, se introduce por primera vez en la sistemática del Código Civil, un capítulo especialmente dedicado al régimen económico matrimonial primario en el Libro IV, Título III, Capítu-

---

[7] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 16 de junio de 2010 (La Ley 115700/2010); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de abril de 2011 (La Ley 91707/2011); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (La Ley 168461/2011), en la que se dispone en su *Fundamento de Derecho 1.º* que: «el deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad que, tiene su apoyatura legal en el artículo 143 del Código Civil, encuentra su fundamento en lo que la doctrina civilista ha denominado "principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí", pero no se deja reconocer que ese principio de solidaridad no es absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado, y así se sostiene por la doctrina jurisprudencial reiterada que "el criterio dominante es el de que, a partir del momento en que se adquiere una determinada capacitación, la lucha por la vida es asunto personal que cada uno debe resolver, si bien no se puede dejar de tomar en consideración el fracaso en esa lucha (v.gr., el paro) o la imposibilidad de tomar parte en ella (v.gr., niños, enfermos, disminuidos físicos o psíquicos, personas de la llamada tercera edad)". No está lejos de esta concepción moderna ofrecida por los civilistas actuales de lo que el legislador del Código recoge en el artículo 152 cuando dispone que "cesará también la obligación de dar alimentos… 3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia"».

[8] Lázaro Palau, C. M.ª, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio,* Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, pág. 25.

lo III (arts. 1315 a 1324). Dentro del conjunto de normas que lo conforman, aparece consagrado el deber de contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318.1) con carácter meramente enunciativo, sin concretar los gastos que se consideran incluidos en tal concepto, los sujetos que pueden generar dichas cargas, y, sin establecer en qué cuantía o proporción cada cónyuge está obligado a contribuir a los gastos considerados cargas del matrimonio, remitiéndose para ello a las normas de cada uno de los regímenes legales admitidos que, regulan igualmente esta cuestión: el artículo 1362 dentro del régimen de gananciales, y para los regímenes de separación de bienes y participación, el artículo 1438 del Código Civil —en este caso en virtud de la remisión del art. 1413 del CC—, pues, se trata de una cuestión de equilibrio entre las distintas masas de los bienes de la sociedad conyugal[9]. Y, en relación con las situaciones de crisis matrimonial, a los artículos 90 D, 91 y 103. Asimismo, en la concreción de tal deber se ha considerado como punto de partida necesario los deberes conyugales de socorro y ayuda mutua contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil[10].

Ahora bien, el artículo 1318 no ofrece un concepto de cargas del matrimonio, por lo que mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Moreno Mozo las conceptúa como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»[11]. Para Serrano Castro, el concepto de cargas «es más amplio que el de alimentos al incluir todas las cargas, obligaciones y gastos que exige la consecución y adecuado sostenimiento

---

[9] Martínez de Aguirre Aldaz, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia,* volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 3.ª ed., Colex, Madrid 2011, pág. 202.

[10] De los Mozos, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982, págs. 101-102; Miralles González I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio)», en *Revista Jurídica de Cataluña 1987,* págs. 9-10.

[11] Moreno Mozo, F., *Cargas del matrimonio y alimentos,* Comares, Granada 2008, págs. 39-40. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

de los bienes del matrimonio, incluyendo la contribución del trabajo dedicado por uno de los cónyuges a la atención de los hijos comunes, y abarcando primordialmente, los alimentos debidos a los hijos, entendiendo estos, en sentido estricto como mantenimiento al pasar a convivir con uno de los cónyuges tras la separación. También comprende la obligación de prestarse alimentos entre los cónyuges en cuanto carga inherente a los deberes de ayuda y socorro mutuos que establecen los artículos 67 y 68 del Código Civil». En este sentido, concluye el autor, cargas matrimoniales y alimentos aparecen en el Código Civil, «como conceptos relacionados que recaen sobre los cónyuges y serán repartidos entre estos de acuerdo con la situación patrimonial de los mismos al dictarse sentencia»[12]. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados cargas del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos[13]. Asimismo, pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son entendidos como necesarios por acuerdo de los cónyuges[14]. Se supera con ello el concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Lo cierto es que, estas cargas matrimoniales en relación con los hijos menores de edad, aparecen enumeradas en el artículo 154.1 del Código Civil como contenido propio de la patria potestad, cuando se establece que los padres deben alimentar, educar y procurar una formación integral a los hijos que tienen bajo su potestad. De todas formas, debe advertirse que estas cargas relacionadas con la patria potestad subsisten mientras esta permanezca, aún en situación de crisis familiar, y dejarán de ser efectivas cuando se extingan.

Por otra parte, cuando tiene lugar una situación de crisis matrimonial, los artículos 90.d), 91 y 103.3 del Código Civil establecen que bien las partes puedan pactar —vía convenio regulador— o el juez decidir la manera de contribuir los cónyuges a las cargas del matrimonio[15]. Coincidimos con García Cantero que no

---

[12] Serrano Castro, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», en *El Derecho,* Madrid, 2010, págs. 180-181.

[13] Herrero García, M.ª J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 581.

[14] Costas Rodal, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1563.

[15] La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 9 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2566), señala que, el concepto de «cargas de matrimonio», que incluye el de alimentos, viene regulado sustancialmente en los artículos 90, 91 y 103.3 del Código Civil, y se refiere a las cantidades que debe entregar un cónyuge al otro y a los hijos como consecuencia de un supuesto de separación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 1 de abril de 1998 (*AC* 1998/4765), dispone que las cargas del matrimonio «puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades

puede hablarse de cargas del matrimonio en los casos de divorcio; en todo caso, esta expresión sería aplicable a los casos de separación de mutuo acuerdo[16]. En esta línea, Roca Trías, quien explica que el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia del que es una consecuencia, como uno de los efectos patrimoniales de la existencia del matrimonio; no obstante, añade que, puede entenderse que subsisten cargas para los supuestos de separación, pero no para los de divorcio o nulidad[17]. Lo cierto es que, ciertas cargas matrimoniales desaparecen cuando el matrimonio se disuelve —por divorcio o nulidad—, más en concreto, las que derivan del deber de socorro y ayuda mutua, aunque permanezcan en los casos de separación judicial o de hecho[18].

Por lo que, quizá de forma más acorde con aquellas causas de disolución, sea más correcto emplear el término cargas familiares o de medidas, pues, aunque en la separación judicial o de hecho como en el divorcio hay una suspensión de

---

de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1367 y 1438), y en cualquier caso no puede confundirse ese concepto con la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del Código Civil y que solo procederá en la correspondiente sentencia de separación o divorcio».

[16] García Cantero, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 382. Asimismo, Moreno Mozo, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.,* págs. 42-44, insiste de nuevo en la idea de que las cargas del matrimonio, trasunto del deber de socorro mutuo, solo existen constante matrimonio, y aún vigente este, solo hasta que haya separación judicial, mientras el matrimonio se desarrolle en circunstancias normales; tras la crisis matrimonial, lo que existe será alimentos en los casos de separación, pensión compensatoria tanto para los supuestos de divorcio como para los de separación e indemnización en los casos de nulidad del matrimonio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 5 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/263336) señala que: «aunque el artículo 91 sigue hablando de cargas del matrimonio, tal expresión, por lo antedicho, no puede incluir ya obligaciones directas a favor de cualquiera de los referidos miembros de la unidad familiar, sino que abarca aquellas responsabilidades que, contraídas durante la convivencia conyugal frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por los esposos no obstante la ruptura, como puede ser hipotecas o préstamos personales que graven la economía familiar» *(Fundamento de Derecho 5.º)*.

[17] Roca Trías, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 555; de la misma autora, «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales,* 2.ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pág. 176. De esta misma opinión, Cabezuelo Arenas, A. I., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 del* CC*),* Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 76. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347), se precisa que al utilizar los términos «alimentos» y «cargas del matrimonio» se crea cierta confusión; de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 20 de julio de 2000 (*AC* 2000/1726); y el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2001 (*AC* 2001/2095).

[18] Para Cordero Cutillas, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 60, el concepto de alimentos del artículo 93 del Código Civil es más restringido que el de «cargas del matrimonio», puesto que estas últimas incluyen no solo las llamadas cargas familiares a favor de los hijos, sino también los alimentos debidos al otro cónyuge en el supuesto de separación judicial.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 3 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2412).

la vida en común de los cónyuges —aunque, a diferencia de este, se mantiene el vínculo matrimonial—, se puede hablar en tales supuestos de obligación legal de alimentos a favor del cónyuge más necesitado de protección, y siempre que el otro cónyuge tenga medios económicos para prestarlos (arts. 146 y 148 del CC); de pensión compensatoria (art. 97 del CC), y de alimentos a favor de los hijos[19] —aunque solo respecto de los hijos mayores de edad—, puesto que respecto a los menores no hay obligación de alimentos propiamente dicha, sino cumplimiento de los deberes inherentes a la filiación, cuya plasmación jurídica se concreta en la denominada pensión de alimentos que conforme establece el artículo 93.1 del Código Civil es una consecuencia de los deberes que, el artículo 154.1.º del citado cuerpo legal impone a la *patria potestas*, y, encarna la concreción de los alimentos debidos a los hijos en una situación determinada por la no convivencia respecto de uno de los progenitores; aunque, conviene precisar ambos padres están obligados a prestar alimentos, sea consecuencia de la convivencia, sea en forma de pensión alimenticia[20].

Ahora bien, para algunos autores los alimentos debidos a los hijos menores de edad contenidos en el mencionado artículo 93.1, deberían reconducirse a lo que la doctrina italiana denomina «mantenimiento», o lo que es lo mismo, un concepto más amplio que el que se atribuye a los alimentos en sentido estricto, pues comprende no solo lo necesario para vivir, sino también la satisfacción de cualquier exigencia vital; por lo que la obligación no se agota con la simple

---

[19] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347), señala que ha de individualizarse la cuantía de cada una de estas medidas.

[20] La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de septiembre de 1993 (*AC* 1993/1658), señala la improcedencia de la consideración global dentro del concepto de «cargas familiares» de las prestaciones alimenticias a favor de los hijos, y del deber genérico de alimentos entre parientes en relación con los hijos mayores de edad, y la denominada pensión compensatoria. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 14 de octubre de 1999 (*AC* 1999/7630) dispone en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «Sin embargo se marca en el artículo 93.1 importantes y significativas diferencias respecto del tratamiento otorgado a tal prestación económica cuando se proyecta sobre los comunes descendientes sometidos a la patria potestad, pues, en este caso el párrafo 1.º del artículo 93 del expresado Código contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado inclusive de oficio ("El juez en todo caso…"); por el contrario, el párrafo 2.º del precepto analizado, y en lo que concierne a los hijos que ya han superado los dieciocho años de edad, somete la posible sanción de su derecho a una serie de condicionantes, además del procesal de su rogación, dado que aquellos han de residir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Por otro lado, la remisión que tal precepto realiza a los artículos 142 y sigs., del mismo texto legal conlleva otra serie de requisitos añadidos, y entre ellos el que el alimentista no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Sobre dichas bases legales, nuestra doctrina opina mayoritariamente que la obligación respecto del descendiente menor de edad es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad (art. 154.1.º), por lo que nada tiene que ver con el deber alimentario recogido en los artículos 142 y sigs., no pudiendo por ello decretarse la cesación de la obligación en tanto que el hijo sea menor de edad, subsistiendo la misma incondicionalmente. En tal línea, el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 199377464), proclama que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no puede verse afectado por las limitaciones propias de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una norma en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

entrega de una suma de dinero, sino que abarca cualquier actividad dirigida a procurar la asistencia completa, y desarrollo físico y psíquico de los hijos. No exige en ningún caso estado de necesidad, y la falta de medios económicos del obligado no influye en la exigencia de tal obligación[21]. Por lo que, desde tal perspectiva, alimentos debidos a los hijos menores de edad en un sentido amplio supone proporcionar todo aquello que sea indispensable para satisfacer sus necesidades de acuerdo con la posición social de la familia, lo que seguramente es el alcance que se debe dar a la palabra «alimentos» empleada en el artículo 93.1 del Código Civil[22]. De ahí que, asimismo no se pueda hablar para este supuesto de cargas familiares ya que, uno de los conceptos económicos en los que se concretan estas, es precisamente el de alimentos a los hijos menores o pensión alimenticia, a la que ambos progenitores deben contribuir de acuerdo con sus capacidades económicas, pues los deberes fundamentales de los padres para con sus hijos menores de edad subsisten pese a la crisis matrimonial. Se ha de procurar mantener la misma situación existente antes de producirse la separación o el divorcio, tal como dispone el artículo 92 del Código Civil. Aunque el artículo 91 del Código Civil y el artículo 774.4 de la LEC siguen hablando de «cargas del matrimonio» tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio, lo cierto es que el artículo 93.1 del Código Civil se aparta de esta terminología y hace referencia a que el juez determinará la contribución de cada progenitor en la satisfacción de los alimentos.

De todas formas, la obligación de alimentar a los hijos menores de edad por sus progenitores tanto constante matrimonio o convivencia como ante una situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, como señala Lázaro Palau, son «obligaciones legales en virtud de las cuales el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se halla en situación de necesidad»[23]. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991[24], seña-

---

[21] Roca Trías, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585; Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, págs. 29-30; Montero Aroca J., *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del* CC*),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 11, 17 y 23; Rivero Hernández, F., «Artículo 93. Capítulo IX. De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil,* coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, Civitas, Madrid, págs. 1057 y 1070; Moreno Mozo, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 83. Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2001 (*JUR* 2001/61179), precisa en su *Fundamento de Derecho Tercero* que «(…) Intentando precisar más los conceptos, puede decirse que los "alimentos" a que alude el artículo 93.1 guardan relación con la obligación de "alimentos" del artículo 154.2 del Código Civil, y no con los alimentos de los artículos 142 y sigs. Es decir, se trataría de una obligación de "mantenimiento", cuyo trasunto se encuentra, en el estado de crisis matrimonial, en la obligación que tienen los padres de alimentar a sus hijos menores de edad, no siendo, en cambio, "alimentos entre parientes", cuya etiología y fundamento son distintas».

[22] Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 30.

[23] Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 25.

[24] *RJ* 1991/2685. Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998/821) considera que «la obligación alimenticia

la en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «la obligación se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir, hipotéticamente la condición de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional, puede tener su causa, en un negocio jurídico —contrato o testamento (art. 153 del CC)—, o en la Ley, artículo 39.3 de la CE, respecto a las obligaciones de los padres a hijos, Título VI del Libro del Código Civil sobre alimentos entre parientes; y el artículo 173 del Código Civil en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987 (incluso en alguna legislación europea, como sucede en la italiana, se amplía la obligación alimenticia al parentesco por afinidad)».

En esta línea, Beltrán de Heredia afirma que «una dirección de la doctrina representada fundamentalmente por Cicu, dejándose arrastrar por la condición de pariente que tienen las personas que recíprocamente se deben alimentos postula la tesis que mediante la obligación de alimentos no se tutela un interés patrimonial del alimentario porque mediante aquella no se protege un interés privado egoísta propio exclusivamente del individuo, sino que se tutela directamente o principalmente un interés de orden superior, cual es el interés familiar siendo este y la cohesión del organismo familiar el verdadero fundamento de la obligación alimenticia»[25]. Más, en concreto, en relación con el fundamento del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, Rabadán Sánchez-Lafuente señala que «siguiendo el artículo 154 del Código Civil, los padres deben prestar alimentos a los hijos que se encuentren bajo su patria potestad. Estos alimentos no son distintos de los contemplados en el artículo 142 del Código Civil, pues, la obligación de los padres de alimentar a los hijos no deriva de la patria potestad, sino de la relación paterno-filial que les une —arts. 110 y 111 del CC— es decir, se trata de una deuda alimenticia en la que el parentesco es la filiación»[26].

—catalogada desde antaño, sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1924— como personalísima, irrenunciable e indeterminada en cuanto al tiempo, y que comprende los gastos indispensables para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como educación e instrucción del alimentista mientras sea menor y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable —art. 142 del CC— se ha de entender como el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y la otra deudora que, tienen el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir hipotéticamente la condición de necesitado, y el segundo poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional puede tener su causa en un negocio jurídico —contrato o testamento—, artículo 153 del Código Civil, o en la Ley, artículo 39.3 de la CE, respecto a las obligaciones de los padres a hijos, Título VI del Libro del Código Civil sobre alimentos entre parientes; y el artículo 173 del Código Civil en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987».

[25] Beltrán de Heredia, P., «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo García, T. VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 21.

[26] Rabadán Sánchez-Lafuente, F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», en *Actualidad Civil,* primera quincena septiembre de 2011, núm. 15, pág. 1675.

En todo caso, al margen del fundamento del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, hay que señalar que, se ha generalizado desde comienzos de los años noventa en nuestros Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales con relación a los procesos judiciales derivados de crisis matrimonial o de pareja de hecho una práctica como es diferenciar dentro de las pensiones de alimentos a favor de los hijos que debe pagar el progenitor no custodio entre lo que es propiamente pensión y lo que se ha denominado genéricamente «gastos extraordinarios». Se trata de una categoría indeterminada, difusa donde se engloban una variada gama de partidas de gasto desde aquellas relativas a cuestiones educativas, de salud, de ocio y deporte que los padres deben asumir dentro de la obligación de alimentos para con sus hijos. Ahora bien, con frecuencia el alcance concreto de los gastos extraordinarios no se precisan en la sentencia judicial, y, asimismo, resulta difícil que los progenitores consensuen su carácter y cuantía, cuando ni es posible siquiera plantearse la discusión, dado el deterioro existente en las relaciones entre los padres, o de discutirse, no se llega a un acuerdo. De ahí la necesaria intervención judicial donde, asimismo, se constata la falta de unificación de doctrina a la hora de fijar las partidas que deben catalogarse como gasto extraordinario no solo entre las distintas Audiencia Provinciales, sino incluso en las diversas secciones de una misma Audiencia lo que crea cierta inseguridad e incertidumbre en la concreción y definición de lo que se entiende por gasto extraordinario.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados tras una situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja estable, no solo en lo que representa la pensión alimenticia que asume el progenitor no custodio, sino que incidiremos primordialmente en un aspecto de su contenido que ha dado lugar, como hemos señalado, a un importante debate y controversia no resuelto al día de hoy en el seno de la jurisprudencia menor como es la concreción de los gastos ordinarios o extraordinarios y la cobertura de estos últimos, a la par que, debemos aludir al procedimiento incidental previsto para su reclamación, que se ha incorporado como novedad procesal tras la aprobación del incidente de ejecución del artículo 776.4 de la LEC que, ha tenido lugar con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

II. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Dentro de las prestaciones económicas ligadas a una crisis matrimonial o ruptura de pareja, ocupan un lugar preferente las prestaciones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, como pronunciamiento de las medidas definitivas de la sentencia o del convenio ratificado judicialmente, sin perjuicio de que se puedan solicitar también como medida previa a la presentación de la demanda (art. 771 de la LEC), o como medida provisional con la demanda o contestación (art. 773 de la LEC), pues en ambos casos las que pueden instarse son las previstas en los artículos 102 y 103 del Código Civil, con la referencia en el apartado 3.º de este último precepto, donde se incluyen los alimentos a los hijos dentro de la «contribución a las cargas del matrimonio»[27].

[27] Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 11 de enero de 2000 (*AC* 2000/3283), se han de deslindar las prestaciones alimenticias a favor de los hijos, de la referida contribución a las cargas del matrimonio.

La pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad la define Caso Señal como «aquella prestación económica que en el marco de un proceso de crisis matrimonial se establece judicialmente para ser satisfecha por ambos progenitores a favor de sus hijos con el fin de atender sus necesidades»[28]. Por su parte, Serrano Castro la conceptúa como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos»[29]. Esta obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.3 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia[30]. Se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a las relación paterno-filial, y no a la patria potestad, se funda en la filiación, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados[31]; de ahí que los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (art. 111 del CC) o privados judicialmente de esta (art. 170 del CC) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitados (art. 91 del CC)— en la que se fija el modo

---

[28] Caso Señal, M., «Medidas en relación con los hijos», en *Memento Experto. Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pág. 134.

[29] Serrano Castro, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, pág. 177. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 1999 (*AC* 1999/2281), se entiende como una extensión o prolongación del deber de los padres de contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/162) señala que, los alimentos de los hijos menores de edad se han de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 del CC); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar, y procurar una educación integral de sus hijos menores (art. 154 del CC); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (art. 93 del CC) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y, 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

[30] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/2562); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 12 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/65247); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/260210).

[31] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 de julio de 1998 (*AC* 1998/6867); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 26 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de junio de 2005 (*JUR* 2006/47270); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/172411).

en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente.

Esta prestación de alimentos a favor de los hijos menores de edad presenta entre otras características[32]: 1. Su naturaleza de orden público derivada de la ley y responde tanto a un interés individual como social[33]; 2. Tiene carácter imperativo, debe fijarse siempre[34]; 3. Puede ser establecida de oficio, dada la especial naturaleza de los derechos y obligaciones paterno-filiales[35]; 4. Es una deuda de valor, por ello deben fijarse cláusulas de actualización o estabilización, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero[36]; 5. Es indisponible, irrenunciable, e intransmisible a terceros (art. 151 del CC)[37]. Solo se mantiene el poder de disposición respecto de las pensiones atrasadas que, son las devengadas y no pagadas; 6. Es un derecho personalísimo, al estar fundada la deuda alimenticia en el vínculo familiar que une al deudor con el alimentista; 7. Es relativa, pues, las obligaciones alimenticias en general, al contrario que las obligaciones patrimoniales caracterizadas por su determinabilidad, son indeterminables o relativas, pues, depende su cuantía de dos variables: la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista; 8. No es compensable, de ahí que, ni el obligado a prestarlos pueda compensarlo con los créditos que tenga contra el alimentista, ni, por el contrario, el alimentista puede compensarlos con las deudas que tenga con el alimentante; 9. No es condicionable, pues, el progenitor

---

[32] Caso Señal, M., «Medidas en relación con los hijos», *op. cit.*, págs. 135-136; Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, págs. 35 a 41; Delgado Echevarría, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Pablo Salvador Coderch, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 523; Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, T. I, *Derecho de familia,* undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 43-44; Roca Trías E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido Paz Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Pablo Salvador Coderch, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 392. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/156500).

[33] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 17 de febrero de 1996 (*AC* 1996/360); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27941); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27962); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 1 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188336); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 14 de febrero de 2005 (*AC* 2005/2076).

[34] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4919); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/150616).

[35] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/140442).

[36] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 (*RJ* 1982/5550).

[37] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136715); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22894).

pagador no puede condicionar el pago de la pensión al cumplimiento del derecho de visitas, ni el progenitor guardador puede condicionar el derecho de visitas al pago de alimentos[38]; 10. Es proporcional, pues, la fijación de la pensión depende de las posibilidades del alimentante, la contribución del progenitor custodio, y las necesidades del propio alimentado; 11. Es imprescriptible, consecuencia de su carácter irrenunciable. Sí prescribe el derecho a percibir las pensiones devengadas y no pagadas a las que es de aplicación el plazo de prescripción señalado en el artículo 1966 del Código Civil, a tenor del cual prescriben por el transcurso de cinco años, las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias. En cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva para reclamar en ejecución forzosa las pensiones impagadas, el plazo es, igualmente de cinco años, iniciándose el cómputo no desde la firmeza de la sentencia o resolución, sino desde el incumplimiento; 12. No es preciso acreditar la necesidad de los hijos menores de edad; 13. De carácter permanente e indiscutible[39]; 14. Son de mayor extensión y amplitud que los alimentos debidos al resto de parientes y no se ciñen a lo indispensable, pues abarca todo lo que garantice el mantenimiento del nivel de vida. 15. Variable, consecuencia de la dependencia de factores mutables como la situación patrimonial de las partes, de un lado, y de otro, su carácter propio de su obligación duradera, periódica que, posibilita su modificación; 16. Tiene preferencia sobre los alimentos del resto de los parientes; 17. Unilateral, solo los padres tienen ese deber, mientras los hijos sean menores de edad o, siendo mayores no hayan terminado aún su formación; 18. Periódica, debe efectuarse todos los meses del año; y, 19. La actualización de los alimentos puede ser adoptada incluso de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 del Código Civil.

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio, de convivencia, de educación y de formación integral (art. 154.1 del CC)[40]. Es una consecuencia de la filiación, de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado[41]. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios[42]. Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142

---

[38] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 23 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/264715).

[39] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22894).

[40] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5794); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (*AC* 1995/1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 26 de abril de 1999 (*AC* 1999/4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2001 (*JUR* 2001/122798); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 8 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/124117).

[41] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/209048); y de 18 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/130457).

[42] Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. I, director Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 958.

a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este[43], aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos[44].

Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva, lo que supone: 1. Tras la separación o divorcio, el hijo de uno de los cónyuges, aunque hubiera vivido con ambos, no puede reclamar —ni el progenitor en su nombre— una pensión alimenticia del cónyuge no progenitor[45]; 2. Si al tiempo de plantearse la separa-

---

[43] Moreno Mozo, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 84.

[44] Para Rabadán Sánchez-Lafuente, F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», *op. cit.*, págs. 1677-1678, los alimentos del artículo 93 del Código Civil no son distintos de los alimentos entre parientes de los artículos 142 y sigs. del Código Civil por las siguientes razones: «En primer lugar, teniendo en cuenta que el artículo 93 del Código Civil se aplica únicamente a los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad, de afirmarse la falta de identidad entre los alimentos de este precepto y los contemplados en el artículo 142 del Código Civil podría llegarse a una situación discriminatoria contraria al artículo 14 y 39.2 de la CE que proclaman la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, al aplicarse el régimen general de alimentos del 142 del Código Civil en el caso de hijos no matrimoniales, y un régimen distinto a los alimentos de hijos matrimoniales. En segundo lugar, en la hipótesis de que el artículo 93 del Código Civil dispusiera un régimen específico de alimentos para los supuestos de crisis matrimonial, debería de contener reglas o criterios para determinar la forma de contribuir los progenitores a los alimentos de los hijos tras la ruptura de la convivencia. Por el contrario, este precepto se limita en su apartado 1.º a establecer la obligación de proporcionar alimentos a los menores, y la única regla que contiene —acomodar las prestaciones a las condiciones económicas y necesidades de los hijos en cada momento— es la reiteración de un criterio del régimen general de alimentos entre parientes —art. 146 del CC—. En su párrafo 2.º el artículo 93 del Código Civil se remite además expresamente a los artículos 142 y sigs. del Código Civil para fijar la cuantía de los alimentos debidos a los hijos mayores. Por último, la inclusión del artículo 93 del Código Civil en sede de procesos matrimoniales responde a razones de economía procesal, ya que así se evita tener que recurrir a otro proceso para solicitar los alimentos de los hijos y en el propio proceso de separación o divorcio pueden resolverse todas estas cuestiones. La única particularidad, con respecto al régimen general del artículo 142 del Código Civil, que presentan los alimentos a los hijos menores del artículo 93.1 del Código Civil es que estos pueden solicitarse conjuntamente con el resto de las medidas que resuelven la crisis matrimonial». En igual sentido, Echarte Feliú, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial,* Comares, Granada, 2000, págs. 137-138. Si bien, a nuestro entender, se debe matizar sobre todo con relación a los hijos menores de edad, ya que la obligación de alimentos tiene un alcance más amplio. En todo caso, cabe una identificación de los alimentos a los hijos mayores de edad (art. 93.2 del CC) y los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

[45] Durante la convivencia, deberá compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas que tenga a su cargo (arts. 68 y 1318 del CC).

El artículo 231-1.2 del Código Civil catalán reconoce como miembros de la familia con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor. De ahí que se incluya como gasto familiar los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 del citado cuerpo legal. Asimismo, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico-Matrimonial valenciano en su artículo 9.1 dispone que tienen la consideración de cargas del matrimonio los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre cónyuges, y de estos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para los ascendientes que, conviviendo o

ción, divorcio, o la ruptura de la pareja de hecho se interpusiera una demanda de impugnación de la paternidad, la petición de no fijarse la pensión hasta que no quede determinada la paternidad debe rechazarse, pues, en tanto no se dicte sentencia estimatoria en el procedimiento de impugnación, la filiación está determinada y despliega todos sus efectos[46]. Entre estas acciones también se encuentra las de impugnación de los reconocimientos de complacencia basadas en la prevalencia de la verdad biológica[47]; 3. El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autoricen la fijación de una distinta cuantía en la prestación alimenticia, sin que ello implique ningún tipo de discriminación. Lo que opera desde la imprescindible ponderación judicial[48]; 4. Los alimentos son a cargo de ambos progenitores, aunque cada hijo conviva con uno de ellos en aras a proteger el interés de estos[49].

La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre[50]. Si bien, en caso de tener el hijo menor de edad recursos o rentas suficientes para atender

---

no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin.

[46] Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 6 de julio de 2004 (*JUR* 2004/290695); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/151490); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 23 de enero de 2004 (*JUR* 2004/70182); y, de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012/1643).

[47] Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 5 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/147); y de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5965), con voto particular, posibilitan la acción de impugnación por el reconocedor en el plazo de cuatro años siguientes a la fecha de reconocimiento al amparo del artículo 140 del Código Civil.

[48] Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2001 (*RJ* 2001/6458); y de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7734), se establece una distinta cuantía en la prestación alimenticia respecto a los hijos del obligado, nacidos de un matrimonio anterior.

[49] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 10 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/6541); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 26 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/255594); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272718), precisa que cada progenitor se hará cargo del hijo con el que convive, sin tener que abonar pensión para el otro hijo al tener este cubierta sus necesidades por el otro progenitor; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/125681), cada uno de los progenitores se hará cargo de los alimentos de los hijos que convivan con ellos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35647), asunción por cada progenitor los gastos del hijo confiado a su custodia.

[50] La sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de enero de 2001 *(RTC* 2001/1) señala que «por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos —asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos— con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 de la CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del CC), o, incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 *in fine* del CC); «alimentos» que conforme al artículo 142 del Código Civil, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en la medida «proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC)». Asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 *(RTC* 2005/57) dispone que «los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 de la

sus necesidades se ha considerado en algunas resoluciones que no supone *per se* que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarles alimentos, cuando por las razones que fuese, aquel con su patrimonio o rentas pueda hacer frente a sus necesidades[51]; en otras sentencias se ha optado por reconocer igualmente a los hijos menores de edad no emancipados el derecho a la prestación de alimentos, aunque dejando en suspenso temporalmente su efectividad, esto es, su abono por el progenitor alimentante, no así su extinción o supresión ante la grave situación de penuria económica en que se puede encontrar este ante el fin de la prestación por desempleo o por la realización de un trabajo temporal y precario[52]. Mientras que, otras se han negado a admitir tal posibilidad, afirmando que los progenitores deben alimentar a sus hijos ante cualquier circunstancia, debiendo fijarse siempre un «mínimo vital indispensable», entendido como todo lo que resulte necesario para procurar al menor un desarrollo de su existencia en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizarle, al menos y en la medida de lo posible un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional, sin necesidad de mayor justificación,

---

CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. En este sentido, no es irrazonable sostener, como hace el Abogado del Estado que, el legislador ha considerado que, mientras que los alimentos a los parientes, en tanto que solo se satisfacen como consecuencia de una demanda presentada por estos y tras la correspondiente resolución judicial, constituyen un gasto de carácter extraordinario, cuya deducción resulta procedente, los alimentos a los hijos suponen un gasto corriente o mero consumo de renta que, como ocurre con las restantes aplicaciones de renta, no tienen por qué generar un derecho a su reducción de la base imponible del impuesto». Además, los alimentos de los hijos «no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio que, se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad». Finalmente, los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93.2 del CC), hasta el punto de financiar no solo los gastos ordinarios de su mantenimiento, sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/91648), y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 4 de junio de 2003 (*JUR* 2003/223298), que precisa: «(…) la situación de necesidad se presume en esos casos, como se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda, y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos».

[51] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2409).

[52] Moreno Velasco, V., «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *La Ley*, año XXX, núm. 7189, de 4 de julio de 2009, pág. 6, opta en estos casos por la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos, y para el caso 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. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5794); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de febrero de 1995 (*AC* 1995/355); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 24 de abril de 2002 (*JUR* 2002/206674); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006/296957); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de marzo de 2011 (La Ley 190428/2011). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de abril de 2005 (*JUR* 2005/148967), procede la suspensión de la prestación de alimentos a los hijos menores de edad, mientras el progenitor permanece en prisión y no consten bienes de su propiedad o perciba ingresos.

y, aunque no consten ingresos del obligado, estos sean aleatorios, o el progenitor alimentante esté en situación de desempleo[53]. Se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Junto a este mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos tiene como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia. Así lo han venido entendiendo la doctrina de las Audiencias Provinciales al señalar que, cuando los hijos gozan en la vida de los padres de un determinado nivel de vida, físico o material, la ruptura no debe perjudicarles más allá de lo que son las consecuencia lógicas de una crisis familiar; de forma 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 qué ha de entenderse por necesidades concretas del menor de edad[54].

De todas formas, no se exige para la efectividad de la medida la convivencia en el domicilio familiar, pues, es posible señalar una pensión alimenticia cuando la guarda y custodia del menor se ha otorgado a una tercera persona dentro de la propia *litis* matrimonial (art. 103 del CC)[55].

En caso del *nasciturus*, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Código Civil en cuando que al concebido se le tiene por nacido para todos

---

[53] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de julio de 1994 (*AC* 1994/1224); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 12 de abril de 2001 (*JUR* 2001/167146); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de junio de 2005 (*JUR* 2005/180384); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 12 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/203564); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de julio de 2007 (*JUR* 2007/318198); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007/364429); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2007 (*JUR* 2009/334322) que, como precisa, en su *Fundamento de Derecho tercero:* «(…) no precisa de justificación, cuya cuantía solo 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»; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/209593); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de marzo de 2009 (*JUR* 2010/732489); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 3 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/154998).

[54] En la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2232), se concede hasta los veintitrés años una cantidad de 65.000 pesetas para una hija que ya ha alcanzado la mayoría de edad, ponderando el nivel de vida al que estaba acostumbrada; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/161539); y de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/314675), señala que, dentro del concepto de «alimentos» se incluye todo lo indispensable para la alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y formación, por lo que debe valorarse la edad de los menores, sus necesidades, en relación a las posibilidades de ambos padres y el nivel de vida habitual de la familia antes de producirse la ruptura para la fijación de la pensión»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/145074). Sin embargo, se advierte de la sobrevaloración del interés del menor, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50762).

[55] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 11 de noviembre de 2005 (*JUR* 2005/13189), aunque la tutela del menor la tiene la Xunta, no exime al progenitor de su obligación alimenticia.

los efectos que le sean favorables, la jurisprudencia ha estimado que puede fijarse una pensión alimenticia en su interés, pero condicionada su exigibilidad al nacimiento tal como dispone el artículo 30 del citado cuerpo legal[56].

La obligación de alimentos no cesa al alcanzar el hijo la mayoría de edad, sino que cambia de naturaleza —alimentos del hijo mayor de edad— siempre que subsista la situación de necesidad no imputable a ellos, carezca de ingresos; que convivan en el domicilio familiar; que el hijo no haya cometido una falta que sea causa de desheredación y que su necesidad no provenga de la mala conducta o falta de aplicación al trabajo (art. 93.2 del CC)[57].

La cuantía en que se concretan los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC)[58]. En cuanto a los primeros ha de tomarse en consideración tanto los in-

---

[56] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 21 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/178683).

[57] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 7 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1998); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 19 de febrero de 1996 (*AC* 1996/1599); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/48207); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/166482), señala que el deber alimenticio subsiste hasta que el alimentista alcance las posibilidades de proveer por sí mismo a sus necesidades; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/81011); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/84133); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010/396986). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2420), supresión de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad por la integración en el mundo laboral durante dos años y aptitud para obtener un trabajo retribuido; igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de abril de 1996 (*AC* 1996/800), se suprimen los alimentos por la disponibilidad de ingresos propios de los hijos mayores de edad; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de mayo de 1996 (*AC* 1996/1578), se reduce la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad conviviente con la madre al poder ejercer una actividad profesional para la que se ha formado. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 3 de mayo de 2011 (La Ley 191670/2011), señala que los progenitores están obligados a contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos hasta que obtengan ingresos propios, por lo que *a sensu contrario,* cesará esa obligación cuando los hijos sean independientes económicamente a sus progenitores, situación que ha de equipararse a la posibilidad real de serlos.

[58] Si bien, como matiza Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 956, que «lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo será aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad con carácter indicativo, por lo que caben en la determinación de estos criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, exigencia jurídica nacida del interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad». Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5921); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/95648); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136715); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82105); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 2 de enero de 2005 (*JUR* 2005/104809); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158589); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 20 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/26448); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/68554).

gresos como las cargas[59]. Los ingresos, cuando el progenitor que debe pagar la pensión trabaja por cuenta ajena, la certificación de haberes de la empresa o entidad pagadora permite una prueba objetiva sobre sus ingresos. Los ingresos a tener en cuenta son los netos y no brutos, es decir, descontadas las cotizaciones a la Seguridad Social y los impuestos. Debe tenerse en cuenta para realizar un cómputo correcto, si se ha realizado el prorrateo de las pagas extraordinarias y si han percibido anticipos. En el caso de que parte de los ingresos profesionales estén integrados por dietas y gastos de locomoción, se debe discernir entre los que son simple reembolso de los gastos realizados por el trabajador (viajes, manutención derivados del cumplimiento de las obligaciones laborales) y que, en consecuencia, no forman parte del sueldo; de aquellas que si constituyen parte del sueldo al aparecer con un carácter fijo en las nóminas o como *plus* en el salario, que habrán de ser objeto de valoración a los efectos de cuantificar la pensión[60]. Con respecto a las propinas, en el caso de quedar acreditado que se perciben de forma periódica, también deben considerarse para fijar la pensión; y, respecto a las horas extraordinarias que representan ingresos eventuales, salvo que no se acredite su percepción regular, se han de prorratear en los doce meses en que se divide la pensión anual. En el caso de trabajador autónomo o por cuenta propia para determinar los ingresos reales, debe tenerse en consideración las declaraciones fiscales como un indicio de la situación económica, además de la llamada prueba indiciaria o prueba de presunciones, esto es, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal pueda presumir la certeza de otro hecho si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica y la recta razón (art. 386 de la LEC)[61]. Las presunciones constituyen juicio de probabilidad que realiza el juez para demostrar un hecho admitido o demostrado.

De todas formas, al objeto de acreditar la capacidad de los alimentantes y las necesidades y gastos de los hijos pueden esgrimirse todo tipo de pruebas. Desde las documentales públicas como las certificaciones registrales sobre bienes muebles e inmuebles, certificaciones de la Hacienda Pública —debiendo tenerse presente que los juzgados tienen acceso directo ante la existencia de menores e incapacitados—, escrituras públicas, libros de comercio, etc.; las documentales privadas —nóminas, recibos escolares, recibos de actividades extraescolares, documentación bancaria, facturas, e-mails, conversaciones telefónicas—; si bien, la obtención de algunos de tales documentos de los que pueda desprenderse la existencia de ingresos, tienen como límite el respeto al derecho a la intimidad

---

[59] La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2007 (*JUR* 2009/334322), en la pensión alimenticia acordada se han de tener en cuenta los ingresos globales, y no únicamente los rendimientos económicos acreditados.

[60] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 24 de abril de 2006 (*JUR* 2006/166995).

[61] Para Cabezuelo Arenas, A. L., «Pensiones de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?», en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 5, septiembre de 2009, pág. 112, «de la misma manera que los Tribunales se esfuerzan por recurrir a la prueba indiciaria para evitar que el alimentante que se aferre a una inexistente precariedad económica merme las pretensiones de sus descendientes al reclamarle alimentos, también ha de ponerse fin a aquellos abusos que consisten en orientar las pensiones alimenticias de los hijos hacia otras finalidades completamente diversas a las que le son propias».

o el secreto de comunicaciones (art. 11 LOPJ)[62]; hasta el interrogatorio de las partes, de testigos o los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados (art. 265.5.º de la LEC); los dictámenes periciales, reconocimiento judicial al que las partes, sus procuradores y abogados pueden concurrir a tal reconocimiento, y hacer de palabra las observaciones que consideren oportunas, que constarán en el acta levantada por el secretario judicial; y, finalmente, la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes que serán presentados ante el Tribunal, si bien cuenta con el inconveniente de su escasa fiabilidad, por lo que en caso de impugnarse su autenticidad, deberá cotejarse su veracidad. De todas formas, conviene advertir que, partiendo del interés público de la materia, al tratar de fijar la pensión alimenticia de los hijos menores de edad, se han de observar una serie de reglas en relación con la prueba, así el juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, sin estar ligado por lo que las partes soliciten; igualmente, el Ministerio Fiscal puede pedir pruebas; en todo caso, la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculan al juez; tampoco este está vinculado por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la fuerza probatoria de los interrogatorios de las partes, sobre los documentos públicos y documentos privados reconocidos, tanto en primera como en segunda instancia; y, asimismo, puede aportarse hechos en que fundar la pretensión tanto en la demanda y la contestación de la demanda (art. 752 en relación con el artículo 286 ambos de la LEC), como en la reconvención (art. 770.4 en relación con el artículo 752 ambos de la LEC).

Por otra parte, también participan de la naturaleza de ingresos, los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario que deben ser objeto de ponderación. En todo caso, el deber de cumplir con la prestación alimenticia es de carácter imperativo y se mantiene aun cuando el progenitor se halle en situación de desempleo temporal o conste que no tiene medios suficientes. En cuanto a las cargas, pueden tomarse en consideración los nuevos gastos de vivienda del obligado al pago, el pago de préstamo o deudas que pesan sobre los progenitores, y, la posible concurrencia de otras obligaciones alimenticias respecto de hijos menores de edad de otras relaciones.

---

[62] Se considera prueba ilícita y se condena pena por un delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en el artículo 197.1 del Código Penal, el apoderarse de una carta de la Seguridad Social, más en concreto del Instituto Nacional de Seguridad Social, que iba dirigida al esposo del que se hallaba separada en el que se le comunicaba una revalorización de la pensión, y utilizar la información de la misma en el procedimiento de reclamación de alimentos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/8791) rechaza que la intimidad personal desaparezca en el ámbito matrimonial, convirtiéndose en solo familiar y califica de «agresión a la intimidad mediante la invasión del ámbito de privacidad representada por la correspondencia personal de la que se apodera el sujeto activo delito, tomando ilícito conocimiento y posesión de informaciones de naturaleza económica de interés dirigidas a otra persona y posteriormente utilizadas en beneficio y utilidad propios» (Fundamento de Derecho segundo).

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3.ª, de 11 de enero de 2002 (*JUR* 2002/71184), considera también un delito de descubrimiento y revelación de secretos apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro. En concreto, en el presente caso, se trata de la aportación de grabaciones mantenidas con la esposa intentando obtener una prueba de la infidelidad de esta.

En relación con la capacidad del progenitor que convive con los hijos, como hemos señalado, también tiene la obligación alimenticia, manifestada en el trabajo personal y la dedicación personal al cuidado del hijo —como alimentos «en especie» o contribución *in natura*— (arts. 103.3.ª apartado 2.º y 1438 del CC)[63].

Respecto a las necesidades de quien lo recibe, los alimentos se dirigen a cubrir todo lo que resulte indispensable para que el hijo menor de edad pueda mantener el nivel de vida del que venía disfrutando hasta la crisis familiar, siempre que sea posible. Por tanto, además de la habitación, vestido, alimentación, formación, sanidad, se han de sumar otros gastos que dependerán de cada concreta situación familiar.

Al igual que sucede con la vivienda, el legislador estatal no ha aprovechado la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, para establecer normas específicas relativas a cómo afrontar la obligación alimenticia respecto de los menores de edad ante una custodia compartida o ante la distribución de los hijos. En nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda: *a)* La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se han de diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; *b)* Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; *c)* La guarda atribuida a un tercero (art. 103 del CC) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor; *d)* La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio[64].

---

[63] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2506); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2002 (*JUR* 2002/177391).

[64] Alfonso Rodríguez, M.ª E., «Comentario del artículo 92 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I, directores: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpuesta Fernández, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011, págs. 499-500. La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 28 de mayo de 2008 (La Ley 107608/2008), considera que hacer cambiar a los menores de domicilio cada seis meses no es apropiado ni beneficioso. De ahí que adjudique el uso de la vivienda a los hijos menores, que la ocuparán todo el tiempo, siendo sus progenitores los que cambian de residencia en los periodos de custodia alterna.

Sobre tales bases, por vía convenio se puede acordar que ambos progenitores aporten una cantidad mensual, y a ello se puede añadir que cada uno de ellos se hace cargo de los gastos ordinarios de los hijos durante el periodo que pasen con ellos y los gastos extraordinarios se compartan de forma proporcional —sistema de manutención directa—; este sistema resulta posible cuando la alternancia en la custodia sea por periodos de tiempo igualitarios y que las economías de ambos cónyuges sean paritarias[65]; o se puede optar por acordar que asume los gastos de alimentación del hijo el progenitor durante el tiempo que tiene al menor bajo su guarda, fijándose pagos directos a cargo de uno u otro de determinados gastos. Igualmente, se puede pactar quien asume los gastos extraordinarios. En los procesos contenciosos se suele establecer un sistema de manutención directa durante la estancia de los menores junto a los progenitores y en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios se suele concretar la forma de contribución y los porcentajes.

La ausencia de mención expresa en el Código Civil sobre la obligación alimenticia en los supuestos de distribución de los hijos y guarda compartida contrasta con la previsión expresa en el artículo 233-10.3 del Código Civil catalán en el que se dispone que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien, es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente. Asimismo, en esta línea, el artículo 7 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat valenciana de las Relaciones familiares de los hijos e hijas señala que, en defecto de pacto de convivencia familiar, corresponde a la autoridad judicial determinar en función de los recursos económicos de que disponen ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. En relación con la cuestión relativa a los gastos extraordinarios clarifica su asunción, al disponer que serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, será la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deben 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 menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. Finalmente, el Decreto Le-

---

Las conclusiones alcanzadas en el III Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de Familia, en el que se aboga porque en relación al régimen del uso de la vivienda familiar y custodia compartida: 1.º Se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, mientras se realiza la liquidación. Los plazos legales serán razonables para evitar que la realización urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado; 2.º La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar en los supuestos en que proceda, se hará con carácter temporal».

[65] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de febrero de 2001 (*AC* 2001/1827); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/101427); y de la Audiencia Provincial de Alicante, de 24 de abril de 2009 (*AC* 2009/1040).

gislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de leyes civiles aragonesas el artículo 82 precisa que tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo que, determinará el juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. Asimismo, el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Y, en relación a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

En este contexto, ante la variedad de circunstancias que el juez o tribunal han de tener en cuenta para concretar la pensión más adecuada para los hijos menores, amplios sectores se han mostrado partidarios del uso de sistemas de baremos objetivos que, partiendo de ciertos datos, permiten dar con una pensión base sobre la que aplicar determinados coeficientes correctores. Sin embargo, como afirma Díaz Martínez no valoran factores individuales de cada caso, muchas veces imprescindibles para llegar a una solución justa; de ahí que, no deban dejar de ser, a lo sumo, meramente orientativas[66]. En España, hay que destacar las tablas publicadas por el magistrado Antonio Javier Pérez Martín en la revista *El Derecho*, que parten de dos valores fundamentales: los ingresos de los progenitores y el número de hijos; fuera de nuestro territorio, por una parte, se encuentran las tablas de Düsseldorf, que vienen utilizándose en Alemania desde 1961, y por otra, la llamada fórmula de California que utilizan múltiples variables: gananciales reales de los padres, otras cargas familiares, tiempo real de compañía de los hijos, gastos de sanidad, etc.; la *Family Support Act* de 1988, que impone a los diferentes estados la puesta en práctica de un baremo matemático llamado *guidelines*, para lo cual los Tribunales de Familia de Washington DC cuentan con un programa informático[67].

En todo caso, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*, ni incurre en incongruencia por *extra* o *ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse. Respecto a esto último, el criterio mayoritario es mediante el pago de una pensión mensual que corresponde al prorrateo de una cantidad anual estimada idónea para las circunstancias del caso. Si esta ha de atender a las necesidades de más de un hijo puede fijarse una cantidad global para todos, salvo si entre ellos existen necesidades diferentes que determinen una contribución desigual —por distinta edad o por requerir atención médica o profesional—, en tal caso resulta conveniente diferenciar la parte de la pensión que corresponde a cada uno. El ingreso en esta modalidad de pago se suele realizar de forma anticipada —en los cinco primeros días de cada mes—, pues su objetivo es cubrir las necesidades que van a tener lugar durante esa mensualidad. Los ingresos posteriores a dicha fecha suponen incumplimiento de lo estipulado exigible en ejecución de sentencia.

---

[66] Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 961.

[67] Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, págs. 51-52.

El devengo de la pensión distribuida en doce mensualidades hace improcedente la suspensión de pago durante el mes de vacaciones que los menores pasan con el obligado al pago[68].

Como prestación única anual dividida en doce mensualidades dirigida a cubrir los gastos de todo tipo precisos para la subsistencia y adecuado desarrollo de los hijos, se fija en función de una suma anual alzada, no sobre la base de unos gastos mensuales determinados[69]. De ahí que, a menos que se haya pactado, no se fijan pensiones adicionales en julio y diciembre, coincidiendo con las pagas extraordinarias, salvo pacto de las partes en convenio regulador homologado judicialmente.

Por otra parte, es posible que la pensión se concrete en una cantidad variable —porcentaje sobre los ingresos del obligado— que, aunque tiene la ventaja de permitir ajustar la pensión a los concretos y fluctuantes ingresos que puede tener el obligado como consecuencia de su trabajo[70]; sin embargo, también tiene importantes inconvenientes como su resultado incierto, el que se deja a la voluntad del obligado el importe final de las pensiones, cuando se perciben

---

[68] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 26 de julio de 1999 (*AC* 1999/1749); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 19 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/339208). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 11 de abril de 2000 (*AC* 2000/3778), señala que esta doctrina no resulta de aplicación en el supuesto analizado por las específicas circunstancias concurrentes en el mismo, en el que el ejercicio del derecho de visitas, tanto durante los dos meses del periodo vacacional de las hijas en España junto al padre, y el relativo a dos periodos de quince días de estancia del padre en México a los mismos efectos, conlleva unos gastos acreditados excepcionales (de viaje, estancia del padre, etc.) muy por encima de los que se generan en los demás supuestos, que deben incidir no solo para el establecimiento de la pensión mensual, sino para su suspensión en el periodo vacacional de las hijas en España, siempre y cuando, por supuesto, se desarrolle con carácter efectivo.

[69] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (*AC* 1999/123), señala en su *Fundamento de Derecho primero* que: «Es evidente que todos y cada uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia están sujetos a ciertas fluctuaciones que impiden determinar con exactitud una cantidad precisa equivalente cada mes al importe de los mismos y ello con independencia de que se trate de estudios universitarios o no, y aun con independencia de que nos hallemos o no en el marco de situaciones de crisis familiar. Los alimentos en sentido estricto de un menor no todos los meses de todos los años representan un gasto idéntico, ni tampoco sus necesidades de vestuario, sus gastos escolares, sus previsiones médicas. Las matrículas de los colegios no son inamovibles en el tiempo, ni tampoco el precio de los alimentos, ni todos los meses se adquieren prendas de abrigo, etc., sin embargo, cuando la convivencia de los progenitores, obligados a la satisfacción de aquellas necesidades, se ha interrumpido, es lo cierto que ha de establecerse una cuantía fija, aunque actualizable periódicamente que desde un punto de vista operativo o práctico permita subvenir a la satisfacción de aquellos gastos, sin necesidad de que con carácter previo y ante desembolso concreto, sea preciso especificar y acreditar la partida específica lo que haría absolutamente inviable el cumplimiento de las exigencias legales y los que desde luego es más importante, la satisfacción real de las necesidades del alimentista»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 12 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/135557).

[70] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, de 11 de noviembre de 1994 (*AC* 1994/2496); de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de junio de 1995 (*AC* 1995/1304); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2561); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 1998 (*AC* 1998/431); y de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 17 de mayo de 2000 (*AC* 2000/2555).

ingresos irregulares, rompe, asimismo, el equilibrio de la proporcionalidad entre las necesidades y capacidad del obligado, y, en fin, plantea problemas en la ejecución y genera conflictos, si se intenta ocultar ingresos[71]. En todo caso, no cabe sustituir el pago periódico de la pensión de alimentos por la entrega de un capital en bienes o en dinero, aunque sí es posible entregar a los hijos menores los frutos o intereses que produce el capital consignado[72].

Por lo que respecta al contenido de la pensión de alimentos, hay que señalar que se han de cubrir no solo las necesidades básicas, sino que debe tenerse en cuenta el nivel de vida mantenido por la familia que, ha de mantenerse pese a la situación de crisis familiar que, conlleva necesariamente un incremento de los gastos. Si bien, ello puede suponer sacrificios personales demasiado costosos, teniendo presente que la ruptura de la convencía conlleva un descenso de los ingresos, y por ende, del nivel de vida hasta entonces mantenido por el núcleo familiar.

Se han de cubrir los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista (art. 142 del CC). Ahora bien, frente a estos gastos ordinarios, pueden surgir otros extraordinarios, caracterizados por su imprevisibilidad y elevada cuantía, en los que se pueden distinguir los necesarios de aquellos que dependen del nivel económico de la familia. Su ingente variedad y la falta de criterios fijos para su concreción en los propios tribuna-

---

[71] Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.,* pág. 50; Serrano Castro, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.,* pág. 195. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 15 de julio de 1998 (*AC* 1998/1689); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (*AC* 1999/532); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2000 (*AC* 2000/2559); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 6 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/159494), que dispone al respecto que, es difícil determinar los ingresos reales, crea inseguridad jurídica para la menor puesto que en la práctica dejaría la cuestión de dicha pensión en manos del obligado. Efectivamente, a la demandada le es sumamente dificultoso, si no imposible, comprobar mes a mes los verdaderos ingresos de aquel; y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 15 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/148968), que señala que, de no poder acreditar un determinado volumen de ingresos del deudor, la operatividad del sistema de porcentajes devendría nula; de ahí que, esta Audiencia muestra su preferencia por la imposición de una cantidad fija, recordando, además, que ni siquiera una situación de paro exime a los padres de su deber de satisfacer una pensión alimenticia a sus hijos, ya que esa inactividad y, por ende, la falta de retribuciones, puede anidar en una conducta voluntaria que el ordenamiento no ha de tutelar a través de una supresión de la pensión.

[72] Pérez Conesa, C., *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación,* Dykinson, Madrid, 2006, pág. 91; Roca Trías, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 587, quien precisa dos razones para adoptar esta postura, una, porque las cantidades a satisfacer por alimentos tienen un claro límite temporal, ya que se hallan subordinadas a la extensión de la patria potestad o las necesidades del hijo; y otras, que los alimentos tienen un contenido variable, por ejemplo, cuando aumenten las necesidades del acreedor, o bien cuando este se halla en condiciones de aportar, a su vez, alguna cantidad para ayudar a los gastos que ocasiona (art. 165.2 y 3 del CC). Sin embargo, para Rivero Hernández, F., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil,* coordinador: José Luis Lacruz Berdejo, Civitas, Madrid, 1982, pág. 673, admite la posibilidad que el deudor o deudores puedan sustituir el pago de la cantidad periódica establecida por el juez por la entrega de un capital, la constitución de un usufructo o de una renta, a semejanza de lo que establece en el artículo 99 del Código Civil para la pensión por desequilibrio fijada judicialmente, ya que representa para los hijos mayor seguridad.

les, han contribuido a su confusión con los gastos ordinarios, y, suscitado una enorme problemática que será objeto de análisis en el apartado siguiente. No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia[73], como así se establece espe-

[73] Cabezuelo Arenas, A. I., «Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 112. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3021; La Ley 9107/2011), señala que el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 24 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/7798); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2010 (La Ley 243246/2010), que en relación con la cuantía de la pensión señala que debe quedar también ligada a la solución que se dé respecto al uso y atribución del domicilio familiar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (La Ley 52203/2011), pone de manifiesto que el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del CC). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de septiembre de 2011 (La Ley 186204/2011), dispone que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil. El juez no puede disponer que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagada por su padre, en lugar de atribuirle el uso de la vivienda. Doctrina que también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (La Ley 14453/2011), aplica a la ruptura de la unión no matrimonial analógicamente el artículo 96 del Código Civil, al que se considera, igualmente, una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96; lo que de nuevo se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (La Ley 9107/2011), se atribuye el uso de la vivienda familiar al marido ya que la esposa, a quien se atribuyó el cuidado del hijo común y el uso de la vivienda en la sentencia de separación, ha adquirido una nueva vivienda en la que convive con el hijo y su nueva pareja. No puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la nueva vivienda. Sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho que no queda amparado ni en el artículo 96 ni en el artículo 7 del Código Civil.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (La Ley 194732/2011), se atribuye el uso de la vivienda familiar perteneciente a los padres del esposo, disponiendo los cónyuges de otra vivienda en propiedad que tiene alquilada a un tercero. La vivienda familiar queda en uso de la hija y de la madre que ejerce la guarda y custodia, de forma temporal, hasta el momento de rescisión del contrato de arrendamiento de vivienda propiedad de los cónyuges o el momento en el que la desalojen los inquilinos, si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. De forma que el juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores, y ello siempre que la residencia que se atribuya, sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de mayo de 2012 (La Ley 58422/2012), se atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio, aunque no se haya pedido en la demanda. Principio de rogación.

cíficamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán —como contribución en especie—[74]. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común[75].

En este contexto, la obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, si bien, en cuanto a su abono el debate se ha centrado en determinar si tiene lugar desde la fecha en que se interponga la demanda, aplicando el artículo 148 del Código

---

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 4 de junio de 2008 (La Ley 125826/2008), precisa que «no impide el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el artículo 96.1 del Código Civil, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el artículo 96 del Código Civil se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protege por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor —intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente— pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante».

Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (*RJ* 2011/5677), no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (La Ley 39626/2012) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 13 de septiembre de 2012 (La Ley 171269/2012), se aparta del criterio asentado por el Tribunal Supremo de limitar la atribución del uso y disfrute del domicilio concedida a los hijos durante su minoría de edad, al entender que la atribución preferente del domicilio familiar a los hijos menores de edad no impide que alcanzada la mayoría de edad, se puedan ponderar situaciones de especial protección que determinen la atribución al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, mayores de edad, pero dependientes y en formación, como interés más necesitado de protección. Si bien, efectivamente no es predicable la misma tutela que se dispensa a los hijos menores de edad, cuando estos alcanzan la mayoría de edad, entroncan en las obligaciones inherentes a la paternidad la de procurar la formación de los hijos mayores de edad que cursan estudios y carecen de recursos propios, máxime si, además, conviven con uno de los cónyuges, quien ejerce las funciones de administración y gestión de los ingresos familiares, cuidado y asistencia en la formación de dichos hijos mayores. El cese automático de la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal llegada la mayoría de edad implicaría desproteger al cónyuge que ha venido ejerciendo la guarda de estas funciones. Bajo esta filosofía, la Audiencia acoge la petición de la madre en el sentido de extender temporalmente la atribución del uso del que fuera el domicilio familiar hasta que los hijos alcancen la edad de veintiséis años, con dos años más de prórroga.

[74] Roca Trías, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit*., pág. 588. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 (*AC* 1998/6858).

[75] La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67089), considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda que se atribuye *ex* artículo 96 del Código Civil es alquilada.

Civil con efectos *ex tunc*[76]; o bien, desde la fecha del auto de medidas provisionales o, si no se pidieron tales medidas, desde la sentencia dictada en el proceso principal con efectos *ex nunc*, sin que sea de aplicación por analogía el citado artículo 148 del Código Civil[77]. Lo cierto es que, en los procesos matrimoniales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2011[78], ha unificado doctrina considerando aplicable el artículo 148.1 del Código Civil, y, en consecuencia, fijando como día inicial del devengo de la pensión el de la interposición de la demanda.

Ahora bien, se hayan o no solicitado medidas provisionales, estas quedan sin efecto por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 de la LEC). Los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas acordadas en esta (art. 774.5 de la LEC). La pensión alimenticia en que se fijen las medidas definitivas y en primera instancia es inmediatamente ejecutiva, no siendo aplicable el régimen de la ejecución provisional. En consecuencia, la pensión fijada en tales medidas despliega sus efectos desde la interposición de la demanda hasta la sentencia que pone fin al pleito en primera instancia, aunque sea objeto de recurso de apelación. La sentencia que se dicte en apelación que sustituye a la dictada en primera instancia despliega sus efectos desde que se dicta; de forma que, no puede solicitarse ni adiciones a lo ya abonado, en caso de ser la pensión de la sentencia en apelación superior a la de primera instancia, ni devoluciones, en caso de ser la pensión fijada inferior a la fijada en primera instancia. No obstante, en caso de producirse una alteración sustancial de las circunstancias, se puede instar un procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia que sustituirá al auto de medidas provisionales si se han solicitado durante la sustanciación del mismo (art. 775 de la LEC), o de no haberse estimado la modificación provisional, a la sentencia de pleito anterior, produciendo sus efectos desde la fecha en que se dicte y no desde la interposición de la demanda. En Cataluña, el artículo 233-7.3 del Código Civil catalán prevé una especialidad dirigida a favorecer los acuerdos extrajudiciales en procesos de mediación, al posibilitar que la resolución que modifica las medidas, pueda retrotraer sus efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.

Por otra parte, de fijarse la pensión en convenio regulador concurren, igualmente, dos posturas en relación a la fecha de exigibilidad[79]. Así, para unos es la fecha en que se suscribió el convenio; para otros, la fecha de aprobación judicial del convenio[80].

---

[76] Serrano Castro, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.,* pág. 179. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236984).

[77] Lázaro Palau, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.,* pág. 35. Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de marzo de 1992 (*AC* 1992/471); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de julio de 2002 (*JUR* 2002/271348).

[78] *RJ* 2011/4527. Con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123), consideraba aplicable a los alimentos de los hijos menores de edad algunas de las disposiciones reguladoras de los alimentos legales entre parientes, entre las que citaba, en concreto, el artículo 148 del Código Civil.

[79] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/182931).

[80] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2001/2187).

Ahora bien, la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede limitarse temporalmente ya que mientras están sujetos a la patria potestad tiene derecho *ex lege* a los alimentos. Lo que contrasta con la tendencia a favor de la limitación temporal de la que corresponde a los hijos mayores de edad. Asimismo, son nulos cualesquiera pactos sobre renuncia a percepción de pensión alimenticia de los menores de edad a cambio de la guardia o custodia exclusiva de los menores, o a mantener un restringido régimen de vistas con el menor por parte del progenitor no custodio, al ser materia indisponible. Igualmente, por estar en juego el interés de los menores, de orden público, y regir el principio inquisitivo, el juez no estará vinculado por los pactos previos al proceso matrimonial o a los acuerdos extrajudiciales en procesos de mediación, pudiendo fijar una cuantía superior a la convenida, si la capacidad económica de los progenitores lo permite, y con ello se atiende mejor el interés de los menores.

El Código Civil al regular las prestaciones alimenticias siempre hace referencia a la necesidad de su actualización. En concreto, se hace referencia en sede de medidas, al establecimiento de las bases de actualización de las cantidades y a la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (arts. 93 y 103 del CC). Si bien, siendo la fijación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad una cuestión de orden público, el juez no está sujeto a la petición de parte, de forma que puede fijar en su resolución la cláusula de actualización que considere más adecuada para la protección de los menores. La forma de actualización más frecuente suele ser con arreglo a las variaciones anuales del IPC; aunque no faltan las que se fijan conforme a las variaciones que experimenten los ingresos del obligado al pago de la pensión, si bien contrasta con la anterior en que carece de carácter automático, además de exigir una labor de concreción e investigación importante.

Por otra parte, igualmente, el Código Civil permite al juez disponer de las garantías o medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones. En las medidas provisionales, así lo dispone en relación con las cargas del matrimonio el artículo 103.3 del Código Civil, y los artículos 91 y 93 del citado cuerpo legal en las medidas definitivas adoptadas en sentencia. En igual sentido y en sede procesal lo dispone el artículo 774 de la LEC. De producirse el incumplimiento del pago de alimentos de hijos menores, dentro de las medidas que el juez puede adoptar, se encuentran desde el embargo de bienes, la retención directa de las cantidades debidas en la nómina del obligado o la hipoteca de sus bienes en garantía de pago. De todas formas, además de las consecuencias penales que derivan del tipo delictivo de impago de pensiones previsto como delito en el artículo 227 o como falta en el artículo 618.2 del Código Penal[81]; se crea en España el Fondo de Garantía del pago de alimentos[82] con el objeto de garantizar

[81] La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2007 (*RJ* 2008/551), considera que existe un delito de impago de pensiones respecto del padre registral que se niega a su abono, aunque se demuestre posteriormente en el proceso civil que no lo es realmente.

[82] La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, dispuso en su Disposición Transitoria décima primera que, el Gobierno, en el presente año 2007, regularía el Fondo de Garantía previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación o divorcio, creado y dotado inicialmente en la Disposición Adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de los Presupues-

a los hijos menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a las necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de los que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central que permite determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica, que justifican la concesión de anticipos por el Fondo.

Finalmente, en este tratamiento de la pensión alimenticia de los hijos menores de edad, nos queda señalar que, consecuencia de la actual situación de crisis económicas, se han incrementado los procedimientos de modificación de medidas, pues, a la reducción de ingresos que ya supone la crisis familiar, se une la que se deriva de la pérdida de empleo o disminución de sueldo del progenitor obligado a la prestación de alimentos que tienen su base en la propia coyuntura económica negativa en la que se encuentra inmersa España con una tasa de paro que ronda el 25 por 100 de la población activa. Aunque por el número considerable de situaciones e implicaciones que conlleva, sería aconsejable un tratamiento exhaustivo de la materia, cuyo estudio nos comprometemos realizar, no obstante, nos parece oportuno abordar sucintamente algunos aspectos legales relativos a las mismas.

Las medidas adoptadas en sentencias de nulidad, separación y divorcio pueden ser modificadas cuando se produce una alteración sustancial de las circunstancias sobre las que fueron establecidas (art. 90 y 91 del CC). Con ello se pretende ajustar las medidas adoptadas como consecuencia del cese de la convivencia a las reales circunstancias de los progenitores e hijos, pues, la propia base real de las situaciones y relaciones personales sobre las que se asientan exige un debilitamiento en la aplicación del principio de cosa juzgada material. De forma que, para que obtener un pronunciamiento estimatorio en un procedimiento de modificación de medidas resulta imprescindible acreditar[83]: 1. Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación de medidas se han tenido lugar con posterioridad a la sentencia que fijó tales medidas; 2. Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar las medidas que se tratan de modificar; 3. Que la variación o cambio sustancial resulte esencial, esto es, con la entidad suficiente como para justificar una modificación de las medidas, por lo que ha de afectar al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias[84]; 4. Que el cambio sea permanente en el sentido de aparecer como indefinida y estructural, y no meramente transitorio, temporal o circunstancial[85]; 5. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la propia voluntad del cónyuge o del progenitor que solicita la modificación. De ahí, la imprevisibilidad de la alteración, pues, no procede la modificación de la medida cuando al tiempo de ser adoptada ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias; 6. Que queden suficientemente acreditadas; 7. Que la alteración no se deba a un acto

---

tos Generales del Estado para el año 2007. Se regula este fondo mediante el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

[83] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/145096).

[84] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/51650).

[85] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/142725).

propio y voluntario de quien solicita la modificación, al menos en cuanto el acto exceda del desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de la persona. Sobre tales bases, conviene aclarar que, el procedimiento de modificación de medidas no es una vía para revisar lo ya acordado o decidido; tampoco es el procedimiento adecuado para canalizar la impugnación de un convenio regulador por vicio o error en el consentimiento; asimismo, no es el trámite adecuado para valorar hechos pasados que debieron ser objeto de alegación y prueba en el procedimiento en el que se adoptaron las medidas y no se hizo; ni para introducir pretensiones que debieron plantearse en el primer procedimiento.

En relación con las pensiones alimenticias, debe diferenciarse dos pretensiones a abordar en estos procedimientos: la reducción o extinción de la pensión alimenticia o el aumento de su cuantía. Con relación a la reducción, esta puede provenir, por una parte, por la precaria situación económica del obligado consecuencia de una disminución de ingresos por una reducción de jornada laboral o supresión de las horas extraordinarias impuestas por la empresa[86]; un cambio de empleo[87] o de categoría profesional que supone una reducción sustancial de los ingresos[88]; pasar a la situación de jubilación, o desempleo ante el carácter permanente e irreversible que está adquiriendo en la actual coyuntura económica[89]; y, por otra, puede tener su base en un aumento de las necesidades del progenitor obligado por el nacimiento por ejemplo, de nuevos hijos[90]; o por un aumento de los ingresos del progenitor custodio, cuando accede a un empleo remunerado que antes no tenía[91]; no así por la convivencia con un tercero, pues, sobre él no recae la obligación de alimentar a los hijos de su cónyuge o pareja, aunque sí contribuir al sostenimiento de los gastos de la familia —de ahí que

---

[86] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 8 de enero de 1996 (*AC* 1996/155); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/96496).

[87] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2007 (*JUR* 2007/74290), se ha de desestimar, pues el cambio del empleo es de forma voluntaria y los ingresos reales son muy superiores a los que aparecen en las nóminas aportadas.

[88] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/163448).

[89] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/6056), se trata de un parado de larga duración que ha dejado de percibir el subsidio por desempleo; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67589), señala que, no se acredita que la situación de desempleo sea tan irreversible y persistente que justifique la reducción de la obligación alimenticia. Lo que deberá ser objeto actualmente de revisión pues, en el contexto de crisis actual, la situación de desempleo, por desgracia para muchos, se está consolidando como una situación permanente.

[90] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 12 de junio de 2002 (*JUR* 2002/224843); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/6056); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/196436). Sin embargo, no procede la reducción de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 4 de julio de 2000 (*JUR* 2000/285316) ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 22 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31898), pues en ambos casos el progenitor conocía, al firmar el convenio, el nacimiento de un nuevo hijo. Ni tampoco en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/12225).

[91] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/51652).

se rechace como causa de modificación de la pensión alimenticia—[92]; o por una disminución de las necesidades de los hijos[93]; o, en fin, la percepción de ingresos por parte de los hijos mayores de edad[94].

En cuanto, al aumento de la cuantía de la pensión alimenticia puede ser consecuencia de un aumento de las necesidades ordinarias de los hijos[95] no de las extraordinarias, que han de sustanciarse de forma independiente mediante el procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la LEC[96]; o por un incremento de los ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos, para lo que se ha considerado que basta una acreditación del aumento sustancial de la capacidad del obligado[97]; mientras que no faltan resoluciones que exigen además un incremento de las necesidades de los hijos[98]; o, como consecuencia, de una disminución de los ingresos del progenitor custodio, por ejemplo, ante la pérdida del empleo[99].

En fin, la pensión de alimentos se extingue o cesa por: 1. La muerte del obligado (art. 150); 2. La muerte del alimentista (art. 152); 3. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos, sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (art. 152 del CC). Si bien, se ha entendido que esta causa solo afecta a los alimentos de los parientes o familia extensa y no será aplicable a los hijos menores de edad. Debe tenerse en cuenta que la obligación de alimentar a los hijos menores es una obligación *ex lege* derivada de la misma filiación, que surge desde su nacimiento, lo que significa que la alegación de carecer de ingresos o medios, solo extraordinariamente puede conducir a una extinción de la pensión alimenticia de los hijos menores. Los padres están obligados siempre a procurar los medios necesarios para que aquellos tengan todas las necesidades cubiertas[100]; 4. Cuando el alimentista puede ejercer de oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su sub-

---

[92] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236602).

[93] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/53563), concesión de una Beca en la Universidad Carlos III de Getafe; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/196417), abandona la guardería privada y pasa a un centro público gratuito; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 21 de abril de 2010 (*JUR* 2010/217246), reducción de los gastos educativos al acceder las hijas a una universidad pública.

[94] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/277656), hijo que actualmente está trabajando.

[95] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 14 de noviembre de 1996 (*AC* 1996/2193).

[96] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/145096).

[97] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de abril de 1996 (*AC* 1996/800), ascenso del obligado en su categoría profesional que implica un aumento de sueldo; y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 11 de diciembre de 2002 (*AC* 2002/1855).

[98] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 26 de enero de 2004 (*JUR* 2004/80673).

[99] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/189800).

[100] Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464).

sistencia[101]. Al respecto debe tenerse presente que, la llegada del hijo a la mayoría de edad no es causa de extinción de la pensión alimenticia, pues, en el propio artículo 142 del Código Civil se prevé la continuación de la obligación cuando no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable. Además, se ha de añadir las especiales dificultades de acceso al trabajo que los jóvenes tienen hoy en día, por lo que deberá acreditarse para que el hijo mayor de edad deje de percibir alimentos, no solo la posibilidad abstracta de trabajar, sino que esta se concretice en una posibilidad real[102]; 5. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiera cometido alguna falta que da lugar a la desheredación[103]; y 6. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquel provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

III. LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DE LOS HIJOS

Como hemos señalado, cuando tiene lugar la crisis familiar, bien en el convenio regulador, bien en la correspondiente sentencia judicial se fija y cuantifica lo que el progenitor no custodio debe abonar en concepto de pensión alimenticia a los hijos para cubrir sus necesidades vitales, sin olvidar que, el progenitor custodio también debe contribuir a la obligación alimenticia, si bien, se entiende que lo hace «en especie».

La pensión alimenticia cubre los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista. Por ello, además de las necesidades básicas de los hijos menores de edad, se debe tomar en consideración el nivel de vida mantenido por la familia (*status*) y que puede seguir manteniendo aun cuando la ruptura familiar comporta un incremento de los gastos[104]. Dentro de los alimentos ordinarios habría que incluir los gastos ordinarios que abarcan todos aquellos gastos periódicos, fácilmente cuantificables y objetivables que no tienen lugar necesariamente todos los meses del año y que por tanto, solo se deberían abonar en la proporción que se fije en el convenio o en la sentencia en los meses que se generan.

Los parámetros sobre los que se opera para cuantificar la pensión alimenticia, como hemos expuesto, son las necesidades de los hijos y el caudal o medios de los progenitores. Lógicamente las necesidades a valorar son las que tienen los hijos en ese momento, pero también es posible que con posterioridad surjan otras que no se contemplaron en el momento de fijar la pensión y que se deben, asimismo, asumir, son los que se conocen como gastos extraordinarios, en contraposición a

---

[101] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2420), integración del hijo mayor de edad en el mundo laboral durante dos años y aptitud para tener un trabajo retribuido.

[102] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de julio de 2002 (*JUR* 2002/261528); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/6749) y 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67580).

[103] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/178458), se procede a la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad en base a una condena por agresión o malos tratos del hijo hacia su padre, por lo que incurre en causa de desheredación.

[104] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011/358101).

los gastos ordinarios, comunes o básicos y que por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gastos y ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, si se trata de un aumento no puntual de las necesidades alimenticias de los hijos, sino que se mantiene en el tiempo, lo procedente sería interponer una demanda de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias solicitando un aumento de la cuantía de la pensión alimenticia.

El Diccionario de la Real Academia Española de la lengua define extraordinario como «fuera del orden o regla natural o común», o «añadido a lo ordinario». Por lo que aplicado a gasto extraordinario en el ámbito familiar sería «lo añadido al presupuesto ordinario de una persona o una familia». Para PÉREZ MARTÍN, «son los que por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gastos y del ejercicio de la patria potestad debiendo, además estar vinculados a las necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes de los hijos, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el hijo»[105]. ROMERO COLOMA, por su parte, señala que «son aquellos que no tienen una periodicidad prefijada, al dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que pueda surgir o no, dependiendo de la situación y del marco en el que estos pueden o no nacer»[106]. En fin, para MORENO CATENA son «aquellos que en supuestos de crisis matrimonial deben abonar ambos progenitores —a diferencia de las pensiones de alimentos que únicamente debe abonar el progenitor no custodio— y que son generados por necesidades de los hijos menores o mayores dependientes económicamente y que conviven en el domicilio familiar, que se presentan de forma inhabitual, imprevisible y cuya cuantía económica es normalmente significativa en relación a los medios económicos de ambos progenitores»[107].

---

[105] PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», en *Tratado de Derecho de Familia,* T. III, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia,* 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 632.

[106] ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», en *La Ley,* año XXXIV, núm. 8000, 14 de enero de 2013, pág. 6.

[107] MORENO CATENA, V., «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», en *La Ley,* año XXIX, núm. 7021, de 26 de septiembre de 2008, págs. 10-11. Para CARPÍ MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en *La Ley,* año XXX, núm. 7270, de 27 de octubre de 2009, pág. 10, define los gastos extraordinarios como «todos aquellos que surjan de manera imprevista o repentina, y por tanto, que escapen a lo periódico, habitual o predecible, y vengan impuestos por ser necesarios». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (*AC* 1999/123), señala que hablamos de gasto extraordinario no con relación a los gastos periódicos o previsibles, sean o no estrictamente regulares sus importes (gasto de educación, de vestido, etc.), sino cuando nos encontramos ante aquellos que se presentan de manera esporádica y que previsiblemente no van a repetirse o aun cuando sí se reiteraren su frecuencia o presentación resulte de todo punto imprevisible. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62415); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/243542); y de la misma Audiencia y Sección de 9 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/205380), precisan que, el concepto de tales gastos es indeterminado, inespecífico y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza que, necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso. Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/68138), entiende por gastos extraordinarios aquellos que exceden de los habituales u ordinarios en orden al cuidado, atención y sustento de la menor y cuya calificación como tales habrá de valorarse en el momento

Como nota característica de los gastos extraordinarios es la imprevisibilidad o no habitualidad del gasto, entendida como esa imposibilidad de un sujeto, atendidas sus circunstancias subjetivas y objetivas de conocer con antelación que van a surgir tales necesidades en cuanto depende de sucesos de difícil o imposible previsión, de tal forma que, los mismos pueden o no surgir[108]. Se trata de valorar qué acontecimientos deben los padres haber supuesto que podían presentarse, teniendo en cuenta para ello a ambos progenitores, las condiciones económicas, sociales y culturales de la familia de que se trate y las peculiaridades del hijo alimentista frente a los que hipotéticamente pudieran presentarse en un futuro y a los que debería hacer frente. Si un gasto se puede prever y se tiene seguridad de que va a acontecer será un dato a tener en cuenta en el momento de fijar la cuantía de la pensión alimenticia y de hecho así sucede en algunos supuestos en los que esa necesidad extraordinaria se conoce de antemano o incluso se está atendiendo antes de que se fije la cuantía de la pensión alimenticia. Asimismo, gastos no previsibles, pero que acontecen con vocación de permanencia, parece que los más acertado sería, a falta de acuerdo entre los progenitores sobre el mismo, considerarlos un gasto ordinario a partir del momento en que se hace patente su periodicidad, pudiendo procederse en tal caso, a una modificación de la cuantía fijada como pensión.

Hay dos clases de gastos extraordinarios: los estrictamente necesarios y los que dependen del nivel económico de la familia o considerados superfluos o secundarios o suntuarios[109]. Los primeros deben ser atendidos inexorablemente

---

que surjan, con audiencia de la otra parte, si no resultarán de urgente atención; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 24 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208613), son aquellos que no se han podido prever y que resulten necesarios; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/227230), como aquel que tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor, en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y, sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto en el que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial.

[108] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138046), precisa que son gastos de carácter excepcional, aislado, imprevisibles más cerca de lo que puede considerarse insólito, sorprendente o inusitado; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/174400), las notas de inhabitualidad, tanto en su cuantía como en su producción, como de imprevisión.

[109] Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 965-966; Serrano Castro, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, págs. 259-2260, distinguen entre gastos necesarios o imprescindibles, simplemente convenientes, accesorios y complementarios. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/236043); y de la misma Audiencia, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/61338), señalan que los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que, por ello, no pueden incluirse en la pensión ordinaria, a la vez que no puede ser costeadas por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica). Ello no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarias (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que puedan ser accesorias (por ejemplo, operaciones quirúrgicas cubiertas por la Seguridad Social que, sin embargo,

por los padres en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista; mientras que, los segundos dependen de la situación social y cultural de la familia, esto es, se asumen en función de la capacidad económica, que tengan los progenitores tras la separación, y, son, por tanto, gastos de los que se puede prescindir sin menoscabo para el alimentista. En puridad, los gastos imprevistos y necesarios son los originados por enfermedades y tratamientos médicos. No obstante, hay otros como viajes de formación, estudios, clases de apoyo, ocio o recreo, etc., que no tienen de forma absoluta ese carácter de estricta necesidad aunque sean imprevistos, por más que sean habituales en familias de cierto nivel económico[110]. Al respecto no cabrá sino valorar en cada supuesto concreto, atendidos los parámetros subjetivos y objetivos que determinen las necesidades del hijo y los que concreten las posibilidades de los progenitores antes, durante y después de la ruptura para determinar si un concreto gasto encaja o no dentro del contenido de lo necesario, o simplemente, resulta realizable en función del nivel económico-social como gastos superfluos o secundarios que, son prescindibles sin menoscabo y perjuicio alguno para el alimentista, es decir, para el hijo en cuanto acreedor de dicha prestación. Lo cierto es que, estos gastos no necesarios, sino voluntarios y potestativos, son de realización consensuada por los titulares en el ejercicio de la patria potestad, cuya obligación de pago corresponde con su aceptación.

Ahora bien, ROMERO COLOMA precisa que «los gastos extraordinarios no siempre son imprescindibles y necesarios, ya que a veces se trata de prestaciones de carácter accesorio, como por ejemplo, una intervención quirúrgica que está cubierta por la Seguridad Social, pero se practica, sin embargo, en un Centro privado; otras veces tienen una naturaleza complementaria, como los viajes de estudios o las clases particulares. Pensemos en el supuesto de un hijo que necesita recibir explicaciones complementarias a las que ya recibe en su Colegio de la asignatura de Matemáticas o de Física»[111].

Los gastos extraordinarios alcanzan tanto a los hijos menores de edad como a los mayores de edad. No obstante, al igual que sucede con la pensión de ali-

---

se practica en centros privados), o, simplemente complementarias (viajes de estudios, clases particulares, etc.). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 8 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/52047), precisa que dentro de los gastos extraordinarios debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes, e incluso una tercera categoría en la que se podrían incluir aquellos que son perfectamente prescindibles; en efecto, existen unos gastos extraordinarios cuya necesidad no puede discutirse, por ejemplo, una operación, y al no estar contemplado en la resolución judicial —bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo— a su pago deben contribuir ambos progenitores; asimismo, hay otros gastos cuya conveniencia nadie discute, pero su realización dependerá en buena media de las reales posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que pueden incluir los demás gastos extraordinarios, que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio.

[110] PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.,* pág. 632, en relación con los segundos señala que «hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones los padres pueden considerar como extraordinario un determinado gasto, modificando o matizando el concepto genérico, bien a través de sus propios actos (art. 7 del CC), bien en convenio regulador ajustado a las prescripciones del artículo 90 de dicho texto legal, entrando entonces en funcionamiento el principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del repetido Código».

[111] ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.,* pág. 9.

mentos, cuando se trata de hijos mayores de edad, estos gastos extraordinarios se deben interpretar con carácter muy restrictivo[112].

Asimismo, el gasto extraordinario no puede incluirse en la partida correspondiente a la prestación alimenticia, ya que esta se fija, para uno de los progenitores con un carácter constante, permanente, no sometida a imprevisibilidad. Si bien, es posible que el convenio regulador en el marco de la pensión alimenticia contenga una cláusula relativa a los gastos extraordinarios con una enumeración —normalmente no exhaustiva o cerrada— de estos, cuyo abono mensual en tal concepto constituye un anticipo o entrega a cuenta por lo que el progenitor no custodio deberán abonar la diferencia[113]; o es la propia sentencia de separación o divorcio la que fija una cantidad mensual para atender tales gastos ante las continuas controversias y enfrentamientos entre los progenitores, creando una especie de fondo para atender las necesidades que será gestionado por el progenitor custodio[114]. No hay duda de la buena voluntad de esta última decisión, pero, no resulta aconsejable en el supuesto de progenitores que suelen mantener una relación conflictiva, y en los que la discusión suele habitualmente estar presente, pues se añadiría un nuevo punto de fricción como es la gestión precisamente de ese fondo. A nivel práctico, lo que si resulta muy recomendable es que, en los convenios reguladores o en la propia sentencia se especifiquen que tipo de gastos tienen la consideración de ordinarios y cuáles de extraordinarios[115]. En este sentido, qué gastos se cubren con la pensión alimenticia ordinaria y cuáles no, correspondiendo su pago a ambos cónyuges. Con esta fórmula se impide que con posterioridad pueda reclamarse como extraordinario algo que se cubre expresamente con la pensión alimenticia, y, sin que tal enumeración sea cerrada, ya que pueden surgir otros gastos que tienen este carácter y que no fue posible prever en el momento de elaboración y aprobación del convenio o del pronunciamiento de la sentencia judicial[116].

---

[112] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/79212).

[113] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 13 de julio de 2001 (*JUR* 2001/261745), inclusión dentro de tal concepto en el convenio regulador de la adquisición de calzado específico para plantillas; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2007 (*JUR* 2007/74290), señala que, no puede fijarse de antemano una determinada cantidad mensual para atender a los gastos extraordinarios ya que ello es contrario a la naturaleza de los mismos.

[114] Pérez Martín, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.,* pág. 632; Romero Coloma, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.,* pág. 10.

[115] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 6 de julio de 1993 (*AC* 1993/1944); de 17 de junio de 1995 (*AC* 1995/1166); y el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 19 de junio de 1998 (*AC* 1998/1239), fijan en el convenio regulador las partidas de gastos extraordinarios.

[116] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136735), en la sentencia no puede hacerse una lista exhaustiva de qué gastos deben ser considerados como extraordinarios; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/95691), en cada caso concreto que se plantee, si un gasto es o no extraordinario podrá decidirse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pero hacerlo por anticipado y de forma general no es lo más prudente ni lo más justo; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64989), señala que, corresponde a los dos cónyuges el pago por mitad de los gastos extraordinarios, entendiendo por tales gastos no previstos que por su cuantía no pueden ser atendidos con el importe de la pensión de alimentos; sin embargo,

La obligación de atender a los gastos extraordinarios de los hijos recae sobre ambos progenitores, sin que la separación o el divorcio impliquen modificación alguna de esta obligación. El hecho que los hijos menores o mayores de edad estén conviviendo con un solo progenitor no supone que este deba abonarlos en su totalidad, pues es obligación de ambos progenitores subvenir a todas las necesidades de los hijos (arts. 92, 93 y 142 del CC). En la práctica, se incluye en los convenios reguladores una cláusula relativa al pago de los gastos extraordinarios; asimismo, en la sentencia de separación o divorcio se puede concretar la forma cómo se van a sufragar tales gastos. Normalmente, se fijan por mitad entre ambos progenitores[117] o en la proporción que, en atención a los ingresos se estime más adecuada[118]. Aunque también se puede establecer un porcentaje de los gastos extraordinarios a abonar por ambos progenitores[119] o, simplemente, se carga sobre uno solo de ellos la totalidad de los gastos extraordinarios[120].

Si bien, en las sentencias de separación o divorcio se vienen incluyendo pronunciamientos de este tipo, siendo objeto de controversia; no obstante, es también posible que, sin mediar petición de parte, los tribunales de oficio puedan

---

la Sala no especifica en este momento cuáles son esos gastos por tratarse de una cuestión muy casuística que debe plantearse en ejecución de sentencia.

[117] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 18 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/32178); las sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 1998 (*AC* 1998/8271); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 21 de julio de 1999 (*AC* 1999/7576); y de la misma Audiencia y Sección, de 22 de julio de 1999 (*AC* 1999/7560); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/162); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/135451); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/186056); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002/197299); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 8 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/52047); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de julio de 2002 (*JUR* 2002/253169); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/67629); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/47962); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2005 (*JUR* 2005/204414); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 20077253551); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/95130); de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.ª, de 28 de enero de 2010 (*JUR* 2010/198677); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 25 de octubre de 2012 (*JUR* 2012/373539).

[118] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/278590); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de junio de 2004 (*JUR* 2005/2305); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 2 de septiembre de 2005 (*AC* 2005/2061); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 11 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/163172).

[119] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 6 de julio de 1993 (*AC* 1993/1944), establece que la madre deberá hacerse cargo del 15 por 100 de los gastos extraordinarios de los hijos comunes, siendo el 85 por 100 restante a cargo del esposo; y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/220077), contribución del marido a los gastos extraordinarios generados por los hijos en un 70 por 100 del importe de los gastos extraordinarios.

[120] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/162570), contribución a cargo del padre al 100 por 100 de los gastos extraordinarios.

efectuar este pronunciamiento[121]. Hay, sin embargo, un sector jurisprudencial que entiende que es incongruente la sentencia que, sin petición de parte, y sin debate litigioso, establece un determinado porcentaje, cuando posiblemente atendiendo a los medios económicos de los padres, la proporción en la contribución a los gastos extraordinarios sea desigual.

Ahora bien, una vez que se ha presentado la necesidad en el hijo, los padres, en el ejercicio de la patria potestad deben tomar la oportuna decisión. El problema es que en la mayoría de los casos el cese de la convivencia ha provocado que no exista la más mínima relación ni diálogo entre ellos, lo que dificulta enormemente cualquier acuerdo. No obstante, si la necesidad del hijo se considera urgente que no admite demora ni espera de ningún tipo, por lo general, el progenitor custodio ha de tomar unilateralmente la decisión y el otro progenitor se enterará posteriormente de la asunción de tal gasto —pues se le notificará el pago— estando obligado a su pago, aunque podrá formular oposición que, habrá de ser resuelta en este caso, mediante la correspondiente resolución judicial. En cambio, si el devengo del gasto extraordinario no es inmediato, es necesario que ambos progenitores lo consientan previamente, a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, acudir a la autoridad judicial para que decida[122]. En algunos convenios reguladores, así

---

[121] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/118378), señala que, aunque en la demanda inicial no se haya pedido expresamente el abono de gastos extraordinarios, procede obligar al padre a abonar el 50 por 100 de los gastos extraordinarios de los hijos, al afectar dicha medida a hijos menores, no está sometida al principio de rogación, estando el juez obligado a pronunciarse sobre ello, aunque no haya sido pedido por ningún litigante. Además, ha sido objeto de debate, pues, en el acto de vista, la demandante interesó la confirmación de las medidas del Auto de Provisionales, entre las que se encontraba el abono al 50 por 100 de tales gastos. Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 15 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/5904); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 18 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/207685).

[122] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 10 de mayo de 1999 (*AC* 1999/895); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2000 (*JUR* 2000/219015); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/264878); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/176939); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de junio de 2002 (*JUR* 2002/210133), precisa que, si el devengo del gasto no es inmediato, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que este pueda consentir expresamente, o pueda asentir a la misma, dejando transcurrir los treinta días desde la notificación (art. 139-4 del CF). Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el artículo 138 del dicho texto legal; las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/162); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/236043); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28395); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 15 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/101915), se establece la necesidad de que los gastos extraordinarios, excepción hecha de los urgentes, se notifiquen previamente al otro cónyuge; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 8 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/100120); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/75222); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/262082), los gastos extraordinarios que se deriven de la adecuada atención del menor deben ser sufragados por

como en diversas resoluciones judiciales, se establece la obligatoriedad de la previa comunicación, lo que resulta una medida aconsejable para evitar posibles conflictos y controversias entre los progenitores. Se ha de proceder primero a la notificación sobre la necesidad extraordinaria del hijo común a la que hay que hacer frente, si bien resulta suficiente con que se haga por cualquier medio de comunicación del que quede constancia de su recepción[123]. Si hecha la notificación, el otro progenitor no manifiesta nada al respecto, guarda silencio se entiende que consiente tácitamente, al igual que, lo puede hacer expresamente. Cabe también que el otro progenitor se oponga al entender que se trata de un gasto que está cubierto con el importe de la pensión alimenticia ordinaria, o bien que es un gasto innecesario o que no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a tal gasto, o que, puede atenderlos con menos dinero o, en fin, objetar que dicho gasto puede tener un importe menor.

Sobre tales bases, nos interesa detenernos en la cuestión más controvertida en materia de gastos extraordinarios, que no es otra, que la enorme casuística en que se manifiestan aquellos que, impide realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los gastos que pueden presentarse durante la vida del hijo; si bien, intentaremos en la medida de lo posible, aludir a los que se producen con más frecuencia en la práctica diaria. Para ello tomaremos como referencia la enumeración realizada por Pérez Martín y Romero Coloma[124].

Así en relación con los *gastos de educación e instrucción de los hijos:* hoy en día es una realidad que los hijos comiencen su formación en la Educación

---

ambos progenitores a partes iguales, siempre y cuando los dos decidan de común acuerdo la necesidad del gasto, y su cuantía, decidiendo, en su defecto, la autoridad judicial, todo ello para evitar decisiones unilaterales por parte de uno de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.ª, de 11 de marzo de 2005 (*AC* 2005/669), para el abono de los gastos extraordinarios es necesaria la previa conformidad del padre, salvo en decisiones urgentes en materia de salud de los menores, que no necesitarán el consentimiento previo del padre no custodio; y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/226670). Asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62415); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/96532); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/326029). Sin embargo, para el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de enero de 2012 (*JUR* 2012/162298), no existe norma legal que exija el previo consentimiento, por lo que al igual que los alimentos son de exigibles en caso de haberse realizado, siempre que los mismos fueren necesarios o convenientes. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de enero de 2012 (*JUR* 2012/87116), que considera que solo los gastos no necesarios, como los escolares requieren ese acuerdo que debe incluir la proporción del pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial. Coincide con esta aseveración, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 27 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/292910), señala que «no constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores».

[123] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/220077), necesidad de ser comunicados al recurrente con una antelación mínima de quince días, a fin de que pueda tener conocimiento de la naturaleza del gasto y del importe de los mismos; y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 27 de junio de 2012 (*JUR* 2012/324440).

[124] Pérez Martín, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.,* págs. 636-650; Romero Coloma, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.,* págs. 10-12.

Primaria en una guardería o algún centro de preescolar. Si el hijo, cuando se produce la separación de los padres ya está en dicho centro, los gastos que se deriven del mismo —máxime si es privado— se considera como gasto asumible en la pensión alimenticia. Si, por el contrario, todavía no ha accedido al mismo, y los padres optan por un centro privado en lugar de público que es gratuito, se puede considerar gasto extraordinario[125]; aunque no faltan resoluciones que, en todo caso, lo consideran como gasto educacional, incluido en el concepto de alimentos ordinarios del artículo 142 del Código Civil[126]. En cuanto a la educación primaria y secundaria, siendo como es gratuita y obligatoria la enseñanza en esta fase de educación de los hijos, por lo general no suele considerarse gasto extraordinario. De igual forma que, si al fijar la cuantía de la pensión los padres han optado porque el hijo acuda a un colegio privado, forma parte de la misma como un gasto ordinario más[127], como si con anterioridad a la separación o divorcio el hijo asistía a un colegio privado, la posterior crisis matrimonial de estos no incide en esa decisión ya tomada en consenso. Pero si primero se ha optado por la enseñanza pública y se decide posteriormente porque el hijo curse sus estudios en centro privado, puede considerarse como gasto extraordinario que debe abonarse por ambos progenitores. Aunque no faltan resoluciones que optan por no considerarlo como gasto extraordinario al ser un gasto previsible y periódico. Es importante resaltar que, cuando la decisión del hijo de acudir a un centro privado ha sido solamente tomada por uno de los progenitores, esto es, no de forma conjunta, estos gastos no se pueden imputar al progenitor al que no se ha consultado ni requerido previamente su consentimiento[128]. Además, si pasa por una situación económica complicada que le impide hacer frente a los gastos que implica un colegio privado, máxime si en la localidad de residencia del hijo existen centros de enseñanza pública, no tendrá obligación de abonar tales gastos. Otra cuestión distinta es lógicamente aquella en que conociendo el progenitor no custodio el cambio a un colegio privado del hijo, no ha mostrado disconformidad alguna; de forma que, aplicando la doctrina de los actos propios se le puede obligar al pago del 50 por 100 de los gastos

---

[125] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/213070); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/151025), consideran que los gastos de guardería de la hija tienen la consideración de gastos extraordinarios; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 10 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/144609).

[126] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011 (*AC* 2012/217).

[127] El Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 27 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/403596), acuerdo en convenio regulador; sin embargo, consideran como gasto extraordinario las clases particulares al exceder del ámbito ordinario y corriente de la vida cotidiana, correspondiendo su abono al 50 por 100.

[128] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 30 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/179363), no puede ser repercutida en el padre obligado al pago de la pensión alimenticia fijada, pues en el convenio se contemplan como gastos extraordinarios los de educación universitaria y los no comprendidos dentro del ámbito ordinario de la escolarización, y el ir a estudiar el curso ordinario de 1.º de bachillerato a Estados Unidos, en vez de estudiarlo aquí, por veleidades maternas, sin que se advierta la necesidad ni urgencia, y sea incluso matizable su conveniencia, no puede transformar en extraordinario el cambio académico interesado, de manera que no tratándose de un curso universitario ni de una actividad extraescolar incardinable en los gastos extraordinarios convenidos, no tiene por qué asumir el padre la mitad del gasto.

que se derive de la asistencia del hijo a un colegio privado. De todas formas, la contienda que se pueda suscitar por la elección del centro público o privado es una controversia que se debe resolver en el ejercicio de la patria potestad y entra, por tanto, dentro de las funciones de esta, por lo que será necesario el consenso entre los progenitores, o conforme dispone el artículo 156 del Código Civil corresponderá al juez atribuir sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

En todo caso, los gastos de matrícula[129], uniforme[130], los de comedor escolar[131] se consideran gastos ordinarios que habrán de ser abonados con la pensión alimenticia. Igualmente, en la partida de «gastos del colegio» a cubrir por esta, se pueden incluir los correspondientes a libros y material escolar[132], uniforme,

---

[129] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 14 de junio de 2012 (*JUR* 2012/252479), como gastos incluidos en la pensión alimenticia, los gastos escolares de matrícula, uniforme y material escolar; de la misma Audiencia, Sección 5.ª, de 25 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/369747); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de octubre de 2012 (*JUR* 2012/370503).

[130] La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de julio de 2006 (*JUR* 2006/252851), califica de gastos educativos ordinarios los gastos de uniforme, matrícula, libros, comedor y autobús escolar.

[131] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 15 de julio de 2003 (*JUR* 2003/191607); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006/188656), los gastos de comedor escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios. Sin embargo, para las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 1 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/119907), se considera extraordinario los gastos de comedor escolar del hijo mayor y los derivados de la práctica deportiva del fútbol de este mismo; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/274728) que, asimismo, califica de extraordinarios los gastos de comedor, y los de material escolar y libros a principio de curso; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/61338), no se consideran gastos extraordinarios los gastos de comedor escolar, matrícula escolar, libros escolares, transporte escolar y clases particulares; de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2009 (*JUR* 2009/272972), lo califica, asimismo, de gasto educativo ordinario; y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 17 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/75783), lo incluye en el concepto de pensión alimenticia.

[132] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 9 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7291), el recibo del colegio y los libros de texto se incluyen en el concepto genérico de alimentos; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de junio de 2001 (*JUR* 2001/262735), considera que los gastos de material escolar y libros deben ser cubiertos con la pensión alimenticia ordinaria; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27862), igualmente, los considera incluidos en la pensión alimenticia; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 8 de enero de 2004 (*JUR* 2004/79497), asimismo, considera gastos ordinarios el material escolar y el uniforme, en cuanto aquellos otros referentes a clases complementarias han de ser decididos conjuntamente por ambos progenitores para que surja la obligación de su pago; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 4 de abril de 2005 (*JUR* 2005/102916), además de las matrículas; por el contrario, las actividades extraescolares las consideran gastos extraordinarios; y el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/39819). Sin embargo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52903); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 20 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/261363), los consideran extraordinarios; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 28 de junio de 2012 (*JUR* 2012/275215).

transporte escolar[133], APA[134], excursiones y actividades extraescolares, si bien respecto a estas dos últimas si se tratan de actividades que el hijo puede venir realizando de forma asidua y, por tanto, constituyen una actividad regular y previsible no puede calificarse de gasto extraordinario[135]. Sí, en cambio, pueden tener esa calificación cuando no comporten tales caracteres, lo que no impide que sean asumidas por ambos cónyuges, si hay acuerdo entre ellos.

Hay que tener en cuenta la previsibilidad del gasto escolar, que ha de realizarse anualmente y cuya cuantía aproximada se conoce con antelación. Lo cierto es que, el aumento de los gastos en que pueden incurrir los padres al inicio del curso escolar —al ser en este momento cuando se hace efectivo la mayoría de los gastos en libros y material—, se compensa con el descenso de los mismos durante el periodo vacacional.

Por otra parte, es posible que se considere que para una adecuada formación del menor, este deba continuar su educación en el extranjero; si bien, salvo que sea una decisión tomada por ambos padres, por ejemplo, en convenio regulador aprobado judicialmente, o en la propia sentencia de separación y divorcio como integrada en la cuantía de la pensión, no cabe duda de su carácter extraordinario[136].

En cuanto a las clases de apoyo ante el retraso o fracaso escolar, que es una realidad en muchos menores y cuya realidad se constata en las calificaciones, no cabe duda que los padres, si quieren que su hijo apruebe, han de asumir el gasto de contratar a un profesor o de otros profesionales (academia). De forma que, si el hijo va a necesitar una atención personalizada por parte de un docente, en función de las posibilidades económicas de los padres, consideramos, y en esto coincide la mayoría que, ha de calificarse de gasto extraordinario[137].

---

[133] El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 11 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28942), señala que, aunque el transporte escolar no es propiamente un gasto de la enseñanza, que por lo demás tal coste no está en líneas generales cubierto por la educación pública, ha de ser cubierto e integrado en la pensión alimenticia que abona el padre, por lo que no tienen carácter extraordinario.

[134] Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 31 de mayo de 2005 (*AC* 2005/1025); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 15 de junio de 2007 (*JUR* 2007/311684), señalan que la cuota de la Asociación de Padres, en cuanto gasto anual obligatorio y, por ende, previsto, debe quedar encuadrado dentro de la pensión de alimentos mensual, sin posible incardinación, como partida separada, en los gastos extraordinarios.

[135] La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 25 de febrero de 1999 (*AC* 1999/239), señala que no son gastos extraordinarios las actividades extraescolares o las excursiones y gastos que genera el natural ocio de la menor, en vacaciones o en periodo escolar; y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/766), los relativos a pagos realizados a EDE School y a la Escuela Municipal de Música «Luis Aranburu», esta Sala entiende que responden a actividades extraescolares que no pueden ser calificadas, atendiendo a lo que nos demuestra la realidad diaria como extraordinarias, ni por ello tampoco puede calificarse de igual modo el gasto a las mismas correspondiente, y, en segundo lugar, tampoco constituyen facetas de indudable importancia en la vida de la hija, tal como exige el convenio regulador para su calificación como gastos extraordinarios. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 3 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/76068), considera que no son gastos extraordinarios ni las matrículas de estudio ni las actividades extraescolares.

[136] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 27 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/329865).

[137] Pérez Martín, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 642; Romero Coloma, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.*,

Aquí se incluyen el coste de las clases de refuerzo tanto si son particulares en el propio domicilio del hijo, como si se imparte en un centro docente (academia), y, asimismo, el importe de la cuota de inscripción en el citado centro. De todas formas, cuando los progenitores pactan en el convenio regulador el abono de tales gastos, habrá que estar a lo pactado y, es evidente que, el abono de los mismos será con cargo al importe de la pensión alimenticia como un gasto ordinario.

Junto a las clases de refuerzo, es posible hoy en día las clases particulares para perfeccionar materias o para ampliar conocimiento como pueden ser las clases de idiomas, de música, de ballet, para la práctica de algún deporte, etc. Si se pactaron en el convenio regulador tanto la procedencia de estos gastos como su abono por ambos progenitores, está claro que, habrá que estar a lo convenido, y se entiende como una partida más de la pensión ordinaria. Pero si no se ha pactado nada en aquel, o simplemente no hay convenio o no se concretaron en la vista, entonces no cabe duda que, estamos ante unos gastos extraordinarios no necesarios, por lo que habrá que estar a las posibilidades económicas de los progenitores y a la existencia de actos concluyentes por parte de estos que puedan evidenciar un consentimiento tácito[138].

---

pág. 11. Vid., asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de enero de 1996 (*AC* 1996/153); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 5 de marzo de 1999 (*AC* 1999/581), además de los gastos de obtención del título de bachiller, matrícula de selectividad y la preinscripción en dos centros; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 13 de julio de 2001 (*JUR* 2001/261745); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 17 de junio de 2002 (*JUR* 2002/211734); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/34001); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 18 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/59899); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 23 de septiembre de 2004 (*AC* 2004/2311); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 7 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/274092), clases particulares de apoyo a la hija que presenta una minusvalía del 72 por 100; y el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 29 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/179580).

[138] La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 14 de enero de 2008 (*JUR* 2008/107432), ha considerado como extraordinarios los cursos de especialización; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 29 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/143858), entiende que las clases de esgrima y los gastos inherentes a este deporte son gastos no necesarios; mientras que, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de junio de 2002 (*JUR* 2002/226601), se ha considerado que las actividades de inglés y actividades complementarias de francés, matemáticas y lengua como ordinarias; el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 3 de junio de 2008 (*JUR* 2008/347348), señala que las clases de esquí no se trata de un gasto necesario e imprescindible para el adecuado desarrollo psico-social de la menor, por lo que el padre no puede ser obligado a contribuir al coste del mismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 1 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/72386), manifiesta que la matrícula en el British para el estudio de inglés es la actividad extraescolar realizada por los hijos, que ha venido siendo considerada como extraordinaria, pese a no ser imprevisible, pues se trata de una actividad conveniente por ser hoy en día la formación en idiomas una verdadera necesidad; en cuanto a la práctica de una actividad deportiva, completa la formación de ambos hijos, se realiza en beneficio de la salud y está reiteradamente admitida como gasto extraordinario la realización de una actividad deportiva, en este caso padel, y en consecuencia, debe ser considera también gasto extraordinario; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 11 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/64616), respecto a las clases de inglés, a las que no asistía en el momento de dictarse la sentencia de divorcio. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/179811), las clases de inglés, tenis y música no son

Por otra parte, hay ocasiones en las que el hijo debe acudir a un Centro de Educación especial, en el supuesto que aquel tenga una cierta discapacidad, o tenga un coeficiente superior al normal; de forma que, su educación y formación no puede realizarse adecuadamente en un centro de enseñanza ordinario. Estos gastos que genera esta educación especializada van a ser periódicos y habituales; de ahí que, sea lógico pensar que, se trata gastos ordinarios y no extraordinarios cuya cobertura será con la pensión alimenticia, que podrá ser objeto de modificación, aumentando su cuantía, si no es suficiente para hacer frente a tales gastos, o poder reducirla cuando lleguen a disminuir las especiales necesidades del hijo[139].

Habitualmente, cuando el hijo termina la formación básica, puede acceder a cursar estudios superiores en la Universidad. La separación o divorcio de los padres no puede ser un obstáculo para el acceso a esta formación, ni obligarse al hijo a acceder al mundo laboral, probablemente al desempeño de un puesto laboral no cualificado, renunciando a un futuro mejor que, podría reportarle la formación universitaria. Quizá la principal controversia que presenta esta materia resida en la elección de una universidad pública o privada, y, más en concreto, si en el momento de la separación o el divorcio de los padres el hijo está todavía cursando la educación secundaria, y la pensión alimenticia se ha concretado operando sobre tal fase del proceso educativo, sin pensar en un posible acceso a la Universidad o Escuela Universitaria; porque si los hijos ya están cursando estudios universitarios antes de la separación o divorcio de los padres, la cuestión no plantea duda, pues, en el convenio regulador o en la sentencia judicial se ha de contemplar como un gasto ordinario más a la hora de calcular la cuantía de la pensión alimenticia.

Se suele distinguir en la doctrina tres supuestos: 1. Acceso a la universidad pública o Escuela Universitaria que tienen su sede en la misma ciudad donde reside el hijo: como gasto ordinario habría que incluir esta partida en la cuantía de la pensión alimenticia, y si esta fuera insuficiente plantear una modificación de la medida, solicitando un aumento de aquella[140]. Más discutible es el tema de los gastos de matrícula y libros, ya que el importe suele ser bastante elevado, máxime ahora con el incremento de las tasas, lo que sería oportuno

---

gastos extraordinarios, pues sus importes no son excesivos, y además de trata de gastos periódicos y estables.

[139] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/52043), menor con retraso madurativo de grado severo y limitada su capacidad de deambulación; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/74744), hija que padece un trastorno autista.

[140] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28186), considera que los gastos universitarios están incluidos en la pensión alimenticia ordinaria; y de la misma Audiencia y Sección, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003728186), igualmente, considera que los gastos universitarios del hijo, al ser gastos de instrucción del alimentista, como tales están incluidos en el concepto de alimentos. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 1 de julio de 1997 (*AC* 1997/1492), los califica de extraordinario; al igual que las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 4 de julio de 2003 (*JUR* 2003/249166), con relación a los gastos de matriculación de las hijas en la Escuela Universitaria de Magisterio, al incluirse en el concepto pactado en el convenio regulador; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/253551); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 4 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/33439), no se considera gastos extraordinarios la matrícula universitaria, la residencia universitaria, los gastos de avión, traslado de pertenencias y material escolar, ni los cursos de idioma en el extranjero.

considerarlo como gasto extraordinario, aunque no existe criterio uniforme en la doctrina de las Audiencias Provinciales[141]. 2. Acceso a una Universidad Pública o Escuela Universitaria que tiene su sede en otra ciudad distinta de la que reside el hijo: es un hecho constatado que el desplazamiento del hijo a otra ciudad conlleva una serie de gastos que antes no existían como alojamiento en un colegio mayor o residencia universitaria, o un alojamiento en régimen de alquiler, alimentación fuera de la vivienda familiar, viajes para ver a la familia, etc. Parece que, como en el caso anterior, habría que incluirla en la cuantía de la pensión alimenticia, y si fuera insuficiente, ejercitar una acción de modificación de medidas solicitando un aumento de aquella, para adaptarla a las nuevas necesidades de los hijos[142]. De todas formas, hay que partir de la base que ambos progenitores pueden haber previsto en el convenio regulador ya esta situación. De asumir uno de los progenitores el gasto, para poder exigir al otro el 50 por 100 del coste, si no se ha solicitado la modificación de medidas, parece razonable que, al menos haya existido un consentimiento tácito del otro progenitor o que su economía le permita asumir ese sobrecoste. En todo caso, no faltan resoluciones que lo consideran como un gasto extraordinario y de singular repercusión en la economía familiar, que no tiene porque incluirse en la pensión alimenticia, en la medida que ha de ser adecuado a los usos sociales y medios de la familia, y deberán ser tratados y acordados conjuntamente por ambos padres, con posibilidad, en caso de discrepancia, de recurrir al mecanismo de decisión previsto en el artículo 156 del Código Civil[143]. 3. Acceso a una Universidad Privada: nadie duda del importante gasto que supone para una familia la estancia de un hijo en una universidad de este tipo, máxime si la misma se encuentra en otra ciudad distinta del lugar de residencia del hijo, pues, los costes se incrementan notablemente. Parece existir cierto criterio uniforme en la doctrina de considerar que, en este supuesto si debería contemplarse como gasto extraordinario, y, por tanto la procedencia para la reclamación del 50 por 100 de su coste[144]. Todo ello sin perjuicio que si

---

[141] Las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/94045), considera que no son gastos extraordinarios los que se inviertan en libros y en matricula de la hija, al estar incluidos en la pensión alimenticia; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 24 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/268333), entiende como gasto extraordinario la matrícula universitaria y los libros, a cargo del esposo.

[142] El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138046), precisa que, de ninguna manera se puede considerar extraordinario en la ciudad de Ceuta que una persona de la edad del hijo del matrimonio y con el nivel de vida de la familia, haya de realizar sus estudios universitarios fuera de ella, dada la escasa oferta que existe, y esto era absolutamente previsible en el momento en que se adoptó la medida, cuando el hijo estaba cursando el último curso de bachillerato, por lo que en ningún caso podrá pretenderse que ello es extraordinario, de manera que lo que sí está claro es que lo único que hipotéticamente podría justificar la petición del apelante, sería, en su caso, el mayor costo que supondría estudiar en una Universidad Privada, frente al hecho de hacerlo en una pública, o en otra privada menos costosa.

[143] La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 7 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312396), además de considerar gasto extraordinario el alojamiento en otra localidad, considera que tienen también esa calificación las actividades de refuerzo, apoyo o complemento.

[144] El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 11 de julio de 2001 (*JUR* 2001/269098) considera que procede la reclamación al padre del 50 por 100 de los gastos de estancia del hijo mayor de edad en la Universidad Europea de Madrid (Universidad

se hubiera pactado en convenio regulador, ese coste sería ordinario, y, abonable con cargo a la pensión alimenticia.

Ahora bien, si el hijo que cursa estudios universitarios se acoge a un programa de intercambio (ERASMUS), de forma que, el año académico lo cursa en una Universidad extranjera, se ha considerado en este caso como gasto ordinario que deberá atenderse con la pensión alimenticia que se venía abonando[145].

Por otra parte, cuando un hijo opta por realizar una oposición al finalizar su formación universitaria, o, bien, al término de la educación secundaria con el objeto de acceder a una profesión, ello genera una serie de gastos consecuencia de la asistencia a algún Centro de Oposiciones o, por el abono de los honorarios de un preparador. En puridad, estos gastos no deben tener el carácter de extraordinarios y cubrirse con el importe de la pensión alimenticia. Pero el hijo puede en lugar de optar al finalizar su carrera universitaria, en lugar de opositar, continuar su formación con la realización de un Curso de Postgrado, Máster. La doctrina jurisprudencial considera que no es un gasto necesario, sino que excepcional y esporádico que, responde a una opción personal del hijo mayor de edad que ha concluido sus estudios[146]. Sin embargo, hay que puntualizar que determinadas Carreras universitaria exigen la realización de un Máster obligatorio para el acceso libre a una profesión, como ocurre con la Abogacía. De forma que, para tener una salida profesional resulta obligada la realización de un Máster, convirtiéndose en una exigencia *sin qua non* para operar en el mercado laboral; o, la realización de un curso de preparación como el MIR para acceder como profesional sanitario a una especialización. De ahí, en ambos supuestos su carácter de ordinario y necesario con cargo a la pensión alimenticia[147].

Finalizado los gastos de educación y lo que los mismos conllevan, corresponde referirnos a los *gastos por asistencia médica y similares*. Representa uno de los temas que más controversia causa. En todo caso, son gastos que por su imprevisibilidad tienen carácter de extraordinarios. Pero esta regla general, tiene importantes excepciones que exigen diferenciar según la atención médica esté o no cubierta por la Seguridad Social. Así, si la atención médica está comprendida en el sistema de protección de la Seguridad Social, es obvio que no va a generar

---

Privada), y las rentas por el arrendamiento de un piso en la ciudad de Madrid, atendiendo al nivel cultural de ambos cónyuges y a su capacidad económica, y además era previsible a la firma del convenio regulador que su hijo menor, entonces de nueve años, estudiaría en el futuro una carrera universitaria. Tiene la consideración de gastos extraordinarios.

[145] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 10 de julio de 2001 (*JUR* 2001/308139), los estudios realizados por la hija en el extranjero en el marco del Programa Superior Europeo de Administración y Dirección de Empresas son gastos ordinarios de formación superior y, por tanto, no son autónomos ni independientes respecto del programa que desarrolla en España.

[146] El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2002 (*JUR* 2002/201038), gastos extraordinarios han de reputarse aquellos que se presentan de manera esporádica, no siendo en muchas ocasiones previsibles, definición en la que es subsumible el gasto producido por el máster del hijo, y, en tanto que su cuantía no podemos considerarla exorbitante, y su finalidad tiende claramente a completar la formación del hijo y facilitarle su acceso al mercado laboral. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 8 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/30967), califica de extraordinario la matrícula abonada por el hijo para la realización de un máster de gestión medioambiental, y se debe abonar por mitad por ambos progenitores.

[147] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 25 de enero de 2005 (*JUR* 2005/140220), gastos de preparación de un M.I.R.

ningún tipo de gasto, a excepción de los medicamentos que deben administrarse al paciente y, también los gastos derivados de traslado por revisiones o para la prestación de tratamientos de rehabilitación o fisioterapia, en su caso. En principio, estos gastos no tienen la consideración de extraordinarios y no suponen un desembolso importante. Ahora bien, si la atención médica no está cubierta por la Seguridad Social, y se acude a la sanidad privada, no existe un criterio consolidado en la jurisprudencia para resolver esta cuestión, habrá que estar al caso concreto y a los motivos por los que se ha optado por la sanidad privada[148]. No obstante, determinados tratamientos como la odontología u ortodoncia, unas veces se considera gasto extraordinario por su elevado coste o por otros motivos[149], otras veces al haberse comenzado su realización antes de la crisis matrimonial, es un gasto previsible y, por tanto, ordinario; no así cuando se realiza una vez se ha consolidado la ruptura matrimonial, pues, en este caso, no haya la nota de previsibilidad, y, por ende, se ha de considerar extraordinario[150]. Y, en fin, no faltan resoluciones que estiman que por su carácter ocasional y reducido importe, son gastos ordinarios, o simplemente los califican como tal sobre la base que en nuestra sociedad es algo completamente usual[151]. La misma controversia hay con relación a los gastos oftalmológicos, derivados de gafas o lentillas[152].

---

[148] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 7 de enero de 2003 (*JUR* 2003/68604), se consideran gastos extraordinarios, incluyendo en los mismos los gastos farmacéuticos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 20 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/302924), los gastos extraordinarios no son solo aquellos imprevisibles, ya por necesarios ya por consentidos, sino también algunos previsibles, que escapan a la categoría de alimentos, como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 26 de abril de 2005 (*JUR* 2005/277379), igualmente, considera gastos extraordinarios los gastos sanitarios y médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

[149] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191136), la extracción de piezas dentales, aunque esté cubierta por la Seguridad Social, se entiende razonable el que se practique por el mismo médico estomatólogo-ortodoncista que trata a la menor, y que es el que ha considerado la necesidad dentro del tratamiento de practicar la extracción; en consecuencia, y en interés de la misma, procede mantener el carácter extraordinario del gasto y el que cada parte deberá abonar su mitad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 22 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/274947), considera, asimismo, gastos extraordinarios y necesarios, la ortodoncia, oftalmólogo, odontólogo y óptica; en cambio, ordinario los gastos relativos a la formación profesional.

[150] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20433).

[151] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 16 de abril de 1998 (*AC* 1998/495), sostiene que en nuestra sociedad es algo completamente usual. Igual que antes extraordinario podía ser utilizar lentillas en vez de gafas, y, sin embargo, ahora es algo común, y en la misma medida la ortodoncia; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 9 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/331297), considera gastos ordinarios los gastos médicos de dentista y oculista, y los gastos escolares.

[152] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28186), en orden a los gastos de las gafas, es claro el carácter extraordinario, imprevisible y fuera de lo común de los mismos, lo que se hace igualmente extensivo a los invertidos en diagnóstico bucofacial y exploración radiológica; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/254411), entiende gasto extraordinario los relativo a gafas de la menor, y los correspondientes a odontopediatría, pues, no se hayan cubiertos por la Seguridad Social; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/31551), abono por mitad de los gastos ocasionados por las gafas y visitas al psicólogo de la hija común.

Otros gastos como los derivados de acudir a la consulta de un psicólogo o tratamientos homeopáticos, o de logopeda son gastos imprevistos, aunque necesarios, y han de ser incluidos en la partida de gastos extraordinarios[153]. Igualmente, tienen tal consideración las vacunas no cubiertas por el servicio de salud de las Comunidades Autónomas, por su carácter no obligatorio, y, la contratación de una tercera persona que atienda al hijo durante su convalecencia[154], salvo que se trate de una enfermedad irreversible, pues, la previsibilidad del gasto lo convierte en ordinario. En este sentido, si el hijo padece una enfermedad congénita, los gastos médicos derivados de su cuidado y tratamiento, tienen claramente carácter ordinario por su carácter previsible, además de necesario en el contexto de la propia enfermedad.

De todas formas, no hay duda que, tendrán la consideración de gastos extraordinarios, todas aquellas atenciones médicas que necesite el hijo y que no están cubiertas por la Seguridad Social, entre las que también se encuentran determinados tratamientos odontológicos[155]. Si bien, el acceso a la sanidad privada

---

[153] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de enero de 1996 (*AC* 1996/153), considera gasto extraordinario el tratamiento del hijo por psicólogo fuera de la red pública de la asistencia psico-sanitaria; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/31592), incluye en el concepto de gasto extraordinario los derivados de la atención psico-pedagógica, médica y gastos del seguro del colegio; igualmente, los relativos a ropa deportiva, a la sazón compra de chándals, los gastos de libro de texto y material escolar; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/176939), asistencia psicológica de uno de los hijos, y los problemas de agudeza visual del otro; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 9 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/126712), los gastos ocasionados por la asistencia del hijo a la consulta de un psicólogo privado para el tratamiento del nerviosismo e inadaptación escolar, tienen carácter extraordinario y no están comprendidos dentro del concepto amplio de alimentos; el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 5 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143854), entiende extraordinario el gasto de psicólogo y de profesores de apoyo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/113991), precisa como gastos extraordinarios los gastos de psicólogo y ortodoncia; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 17 de septiembre de 2009 (*JUR* 2010/72587), por considerarlo tratamiento psicológico conveniente; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/452175), entiende que son gastos extraordinario y su abono por mitad por ambos progenitores la asistencia a psicólogos, logopedas, fisioterapéuticos, además, de los gastos colegiales, actividades extraescolares, y clases de apoyo.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 12 de junio de 2007 (*JUR* 2007/366171), considera que, si el menor está siguiendo un tratamiento médico y de logopeda al momento de la vista, carecerán del carácter de extraordinario por ser habituales, previsibles y periódicos debiendo incluirse en la pensión alimenticia; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 7 de mayo de 2012 (*JUR* 2012/320823), excluye como gasto extraordinario el gasto de homeopatía, pues, no resulta ni su necesidad, ni su imposible curación y tratamiento a través de la medicina tradicional, ni que no venga cubierto el tratamiento médico oportuno por los servicios médicos de la Seguridad Social.

[154] La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6.ª, de 25 de abril de 2001 (*JUR* 2001/284517) admite como gasto extraordinario a pagar al 50 por 100 de la cantidad que se abone a una tercera persona para que atienda al menor, dada la enfermedad que el mismo padece (descompensación psicótica a los dieciocho meses de edad con pérdida de las capacidades verbales, ecolalias, inversión pronominal y tendencia al aislamiento).

[155] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 9 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7291); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de

mediante la contratación del correspondiente seguro médico puede constituir un gasto ordinario, si ya existía antes de la crisis matrimonial como servicio de cobertura médica y del que son beneficiarios, y, evidentemente, objeto de previsión en el propio convenio regulador o en la sentencia de separación o divorcio su mantenimiento[156]; o, por constituir gastos de índole sanitaria forman parte del contenido de la obligación alimenticia[157].

Finalmente, en relación a *otros gastos:* están, por un lado, los derivados de celebraciones como bautizo, primera comunión, cumpleaños, fiesta de fin de año, que se consideran por su carácter ocasional gastos extraordinarios; si bien, cuando derivan de un cumpleaños por su carácter previsible al celebrarse todos los años, de forma continua y periódica, se puede plantear, sin embargo, su calificación como ordinario, e, igualmente podría considerarse como previsible en una familia por ejemplo, con creencias católicas tanto el bautizo como la primera comunión[158]; por otro, el gasto de cuidadores o de asistencia en el hogar, lo cierto es que si el progenitor custodio está incorporado al mundo laboral, es posible que parte de su jornada coincida con el periodo en que los hijos ya no están en el colegio con lo que se necesitará una persona que se ocupe de ellos hasta que aquel regrese al domicilio familiar. Estamos ante situaciones totalmente previsibles, por lo que podrá ser atendida con la cuantía alimenticia, y si esta resulta insuficiente solicitar un aumento de la misma a través de un procedimiento de modificación de medidas; en cuanto a los generados en cumplimiento del régimen de visitas, hay que señalar que, en ocasiones el progenitor no custodio no vive en la misma ciudad o localidad donde está la residencia familiar de los hijos, por lo que el cumplimiento del régimen de visitas va a generar unos gastos de desplazamiento o, en su caso, pernocta. Si esa situación ya existía en el momento de aprobarse el convenio regulador o fijarse las medidas, es claro que estos gastos no van a tener la consideración de extraordinarios. Ahora bien, si el progenitor custodio decide unilateralmente cambiar de lugar de residencia, y ello ocasiona unos gastos que inicialmente no se tomaron en cuenta, al no haberse producido; es indudable que, además de adaptar el régimen de visitas a esta nueva situación, se debe resolver el problema de los gastos que se generan —en todo caso, en un procedimiento de modificación de medidas—, pues, no van a tener la consideración de extraordinarios, ya que se trata de gastos periódicos y previsibles.

---

22 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/179612); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 20 de abril de 2010 (*JUR* 2010/203285), incluyendo en los mismos los gastos farmacéuticos. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 26 de enero de 2010 (*JUR* 2010/91166).

[156] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4659).

[157] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 20 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/21506); de la misma Audiencia y Sección, de 6 de julio de 2007 (*JUR* 2007/336833); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 1 de octubre de 2009 (*AC* 2009/2120), excluye de su consideración como gasto extraordinario el correspondiente a seguro médico privado, Sanitas, al tener la menor cobertura sanitaria a través del sistema público de la Seguridad Social.

[158] Los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28169), señala que ni la primera comunión de una de las hijas puede considerarse gasto extraordinario, al no ser un suceso de difícil ni imposible previsión, ni desde luego aquellos gastos realizados en viajes de semana blanca, cursos de esquí en Andorra, o de tenis en Marbella; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191136).

Asimismo, hemos de incluir en esta partida genérica los gastos en relación con la vivienda donde habita el hijo y el mobiliario, normalmente, los gastos ordinarios que genere el uso de la vivienda familiar deben ser sufragados por aquel progenitor que lo está utilizando junto con los hijos[159]; de forma que, serán de su cargo las reparaciones ordinarias. Cuando se tienen que acometer obrar de carácter extraordinario, no cabe duda que deberá contarse con el consentimiento de ambos progenitores, y en consecuencia, su consideración como gasto extraordinario[160]. Por último, en cuanto a los gastos que podemos calificar de ocio, diversión y recreo, en muchas ocasiones, como señala PÉREZ MARTÍN, para la mayoría de la población un determinado gasto puede considerarse como un mero capricho y, además totalmente superfluo para la educación del hijo, sin embargo algún sector de la misma, habitualmente reducido, que goza de un alto nivel de vida y estatus social, se puede entender como algo normal, básico[161]. De todo ello, se puede derivar que si acostumbrados a un determinado nivel de vida, se mantiene tras la separación o el divorcio, habría que plantearse si tales gastos se ha de considerar extraordinarios. La respuesta ha de ser negativa, pues, en todo caso, ya están incluidos en la propia cuantía de la pensión, además de tratarse de gastos superfluos, no necesarios. Si bien, no faltan resoluciones que optan por su calificación de extraordinarios[162]. Y, en cuanto a los gastos que genera el carnet de conducir, no existe tampoco un criterio unánime en la doctrina jurisprudencial española, unas veces se estima que no pueden tener la consideración de extraordinarias las partidas, que se reclamen para obtener el citado carnet de conducir al ser un gasto totalmente necesario en los tiempos

---

[159] La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20433), corresponde los gastos de luz, agua y comunidad de la vivienda familiar al progenitor custodio que tiene atribuido el uso de la vivienda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/12210) considera que la reparación de humedades en la vivienda familiar (dormitorio del menor) no es un gasto extraordinario, pues en el uso se integran los gastos de mantenimiento de la casa y reparaciones ordinarias de deterioros procedentes de su uso natural e indispensable para su conservación.

[160] El Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 9 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/274265) se entiende gasto extraordinario la construcción de una habitación en el domicilio familiar que sirva de dormitorio a la hija, debiendo en consecuencia abonar el padre el 50 por 100 del importe de dicho gasto; y el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 22 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/38659), considera gastos extraordinarios plenamente justificables respecto de una menor que sufre discapacidad que le obliga a ir en silla de ruedas, la compra de un coche adaptado a la silla de ruedas por parte de la madre, así como la adaptación de su vivienda para facilitar el acceso al menor.

[161] PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.,* págs. 647-648. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/21751), entiende como no extraordinarios la cuota por clases de baile de salón, libros de texto, libros de matemáticas y de lectura, medicinas, y también la salida al Delta D'Ebre, por lo inmoderado del gasto.

[162] Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62415), los gastos reclamados por convivencias, poliesportiú, excursión, piscina y cuota de socio APBSM, son extraordinario por más que sean habituales de los veranos del menor; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/174400); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de abril de 2010 (*JUR* 2010/253589), se considera extraordinario la escuela de verano, y ha de abonarse por mitad.

actuales[163]; otras consideran que por su importancia, alto coste e imprevisibilidad, deben excluirse de la pensión alimenticia y calificarse como extraordinarios.

Como observamos en esta sucinta de relación de gastos no existe un criterio uniforme en la doctrina y jurisprudencia, por lo que se ha de atender al caso concreto para determinar su consideración como extraordinario u ordinario. De todas formas, no se puede olvidar que los gastos de vestido, calzado o alimentación deben abonarse directamente por el progenitor que percibe y administra la pensión y su cuantía será proporcional con las posibilidades del obligado al pago y el propio nivel de vida de la familia.

1. Reclamación judicial de los gastos extraordinarios. Análisis del nuevo incidente previsto en el artículo 776, regla 4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial en su artículo 15 dedicado a la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en su apartado 348 da una nueva redacción al artículo 776 cuya regla 4.ª establece que: «*Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria, y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, se convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que se resolverá mediante auto*».

De forma que, se llena el vacío existente desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, en materia de ejecución forzosa de los gastos extraordinarios no previstos expresamente en el título ejecutivo. Ahora bien, conforme la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 13/2009 —que no se refiere a los procesos en ejecución—, en relación con lo establecido en el artículo 2 y la Disposición Transitoria 2.ª de la LEC[164], conviene precisar que, la regla 4.ª del artículo 776 se aplica a las demandas ejecutivas de reclamación de gastos extraordinarios que, a la entrada en vigor de la mencionada Ley 13/2009, se encuentran pendientes del despacho de ejecución,

---

[163] Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006/296959); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/192181).

[164] La Disposición Transitoria primera de la Ley 13/2009 dispone que: «*Los procesos de declaración que estuviesen en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente Ley, se continuarán sustanciando hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior*». Lo que *a sensu contrario,* concluida la fase declarativa del pleito matrimonial, las actuaciones ulteriores, ejecutivas o incidentales de naturaleza no ejecutiva se regirán por los postulados de la reforma.

Por su parte, la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil establece que: «*Salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, los procesos de declaración que se encontrarán en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la presente ley, se continuarán sustanciando hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior. En cuanto a la apelación, la segunda instancia, la ejecución, también provisional, y los recursos extraordinarios, serán aplicables las disposiciones de la presente Ley*». Y, el artículo 2 de la misma dispone que: «*Salvo que otra cosa se establezca en las disposiciones legales de Derecho Transitorio, los asuntos que corresponden a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por estos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas*».

pues, hasta ese mismo momento puede el ejecutante solicitar la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Por lo que será condición objetiva de procedibilidad que antes de la presentación de la demanda ejecutiva, se haya obtenido la declaración judicial de que dicho gasto es efectivamente extraordinario, sino no había sido previsto expresamente como tal en el título ejecutivo, ya que si lo fue, dicha declaración ya vendría contenida en la sentencia o auto de medidas, que obliga a ambos progenitores a contribuir a los mismos, gozando dichos títulos, por tanto, del privilegio ejecutivo conforme a lo dispuesto en el artículo 517.2.1.º y 3 de la LEC. Con ello, no se pretende hacer de aplicación retroactiva la norma procesal contenida en el artículo 776.4 a las demandas ejecutivas presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley —el 4 de mayo de 2010— puesto que solo afectará a aquellas en que no se hubiera dictado auto despachando ejecución.

Si bien, antes de proceder a un análisis del citado incidente de declaración de gastos extraordinarios, hemos de hacer una breve referencia a cómo se operaba procesalmente en relación con la exigencia procesal de tales gastos desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, hasta la reforma operada por la Ley 13/2009. Así la reclamación ejecutiva de tales gastos que podía presentarse, tenía distintas consecuencias según se hubiera o no establecido sobre su pago en el convenio o sentencia judicial de separación o divorcio.

Por tanto, si en la dicha reclamación ejecutiva de gastos extraordinarios no se hubiera establecido nada sobre su pago ni tampoco se hubiera hecho mención sobre la obligación de los progenitores de abonarlos, cuando se produjeran ni el convenio regulador ni en la sentencia que pone fin al proceso de separación o divorcio, se planteaba en la práctica si se podía o no despachar ejecución para la reclamación del pago de los mismos al progenitor que, no los hubiera satisfecho. Las soluciones en la doctrina y la jurisprudencia eran fundamentalmente dos: una primera que, entendía que al no contenerse en el título ejecutivo mención alguna sobre la obligación de pago por gastos extraordinarios cuyo cumplimiento se reclama en vía ejecutiva, no cabía despachar ejecución forzosa por tales gastos y, en consecuencia, la parte que se estimaba con derecho a reclamar estos, debía acudir a la vía judicial para solicitar y obtener un título judicial que le sirviera para una posterior ejecución[165]. Los argumentos en apoyo de esta posición son expuestos por González del Pozo y son los siguientes: «1. Ni el ejecutante ni el ejecutado aparecen como acreedor y deudor, respectivamente en el título ejecutivo, por lo que no se cumple el requisito del artículo 538.2 de la LEC. 2. Despachar ejecución forzosa por gastos extraordinarios en este caso equivaldría a acordar un acto de ejecución que excede absolutamente de la naturaleza y contenido del título ejecutivo, al no aparecer ni siquiera en el mismo la obligación por la que se despacha ejecución, lo que supondría una manifiesta infracción de lo dispuesto en el artículo 551.1 y la posibilidad de oposición a la ejecución por nulidad radical, conforme al artículo 559.3 de la LEC. Y 3. Porque despachar ejecución por gastos extraordinarios no previstos en el título, supone de algún modo ejecutar un acto contradictorio con el título ejecutivo judicial (art. 563.1 LEC)»[166].

---

[165] Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 22 de abril de 2004 (*JUR* 2004/147479); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/170378).

[166] González del Pozo, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», en *La Ley*, año XXX, núm. 7300, de 10 de diciembre de 2009, pág. 4.

Ahora bien, para los defensores de esta posición, cuál era el procedimiento a seguir para la obtención del título ejecutivo de condena al pago de los gastos extraordinarios. Había dos posiciones: *a)* Un sector entiende que la parte reclamante debe acudir al cauce procesal del juicio verbal especial de los artículos 770 y 753 de la LEC con base a que los gastos extraordinarios son en realidad alimentos, y los mismos no se demandan con fundamento en el Título VI del Libro I del Código Civil (art. 142 y sigs.), sino en el Título VII (art. 154 del CC), lo que conduce al supuesto contenido en el artículo 748.3 de la LEC 167. *b)* Otro sector, mayoritario, opta por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes de la LEC, previsto para determinar en ejecución forzosa, el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios[168].

En cuanto a una segunda posición sostiene que no existiendo previsión alguna se puede solicitar la ejecución forzosa por gastos extraordinarios y, en consecuencia, se puede determinar en ejecución de sentencia la obligación de pago de tales gastos extraordinarios y la proporción que cada progenitor ha de contribuir a su abono[169].

Por otra parte, si los gastos extraordinarios se han fijado genéricamente en la sentencia de separación o divorcio o en el convenio regulador, o se reclama ejecutivamente gastos distintos de los establecidos expresamente en tales títulos ejecutivos, cabe, igualmente, dos posiciones: la de aquellos que señalan que cuando en cualquiera de los casos expuestos se despache ejecución por impago de los gastos extraordinarios, y el ejecutado los considere ordinarios deberá formular oposición frente al auto que despacha ejecución invocando bien la nulidad radical del despacho de ejecución conforme el artículo 559.1.3 en relación con el artículo 531 de la LEC por exceder de la naturaleza y el título judicial la obligación de pago cuya ejecución se solicita al no contener la sentencia pronunciamiento de condena al pago de tales gastos; o bien pluspetición conforme al artículo 557.1.3.ª en relación con el artículo 558.1 de la LEC[170]. Frente a tal posición está la de aquellos que entienden aplicable a este supuesto el procedimiento previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC[171].

Ahora bien, si en el convenio o en la sentencia se establecía un pronunciamiento genérico sobre el pago de los gastos extraordinarios, el cauce procesal adecuado se consideraba que era el previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC desembocando en un juicio verbal[172].

Hecho este breve *excursu* sobre los antecedentes procesales de la materia objeto de estudio, nos corresponde proceder al estudio sistemático de la regla 4.ª

---

[167] Pérez Martín, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.,* pág. 653.

[168] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/153287).

[169] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/33943); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/85939).

[170] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/12012).

[171] Vid., Moreno Catena, V., «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», *op. cit.,* pág. 12; Pérez Martín, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.,* pág. 655. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/132223).

[172] Pérez Martín, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.,* pág. 655.

del artículo 776 de la LEC. Para ello comenzaremos precisando *su ámbito objetivo de aplicación*. En principio, los supuestos de hecho que pueden darse en la práctica cuando se reclamen en ejecución forzosa gastos extraordinarios son: *a)* Que no se contenga pronunciamiento o disposición alguna sobre el pago de los gastos extraordinarios de los hijos en las medidas provisionales o definitivas; *b)* Que en las citadas medidas se imponga de forma genérica la obligación de abonar los gastos extraordinarios, se fijen los requisitos que deben reunir, e, incluso se proceda a una enumeración a título orientativo de los mismos; *c)* Que en tales medidas el gasto extraordinario objeto de reclamación ejecutiva esté previsto y contemplado como tal; *d)* Que en el convenio o en la resolución judicial correspondiente se enumeren con carácter taxativo y cerrado los gastos que tienen la consideración de extraordinario, entendiendo por exclusión el carácter ordinario del que se reclama[173]. Sobre tales bases, la citada norma emplea la expresión, «*no expresamente previstos en las medidas definitiva o provisional*» lo que, se ha interpretado por una parte de la doctrina como que no equivale ni tiene el mismo significado que «*no previsto*», de forma que, solo se aplica cuando se ha previsto de modo genérico la referencia a tales gastos en el título de pago, esto es, alcanza a aquellos gastos que no están previstos de modo específico y claro en el convenio regulador o la resolución judicial, es decir, que no se puede identificar de forma patente tras una simple lectura de lo establecido en las medidas definitivas o provisionales sobre el pago a esos concretos gastos extraordinarios. Por lo que, solo se puede acudir a este procedimiento si la resolución judicial o el convenio establece la obligación genérica de los progenitores de pagar los gastos extraordinarios en una determinada proporción, aunque no se prevé expresamente como extraordinario el gasto cuyo pago se reclama. En consecuencia, queda fuera del ámbito de aplicación de la regla 4.ª del artículo 776 el caso en que la sentencia, o convenio regulador no contengan pronunciamiento alguno sobre el pago de gastos extraordinarios, ya que estaremos en presencia de gastos «no previstos» en las medidas provisionales o definitivas[174]. Frente a esta posición no faltan quienes amplían también a este último supuesto el campo operativo de la citada regla; lo que nos parece más acorde con el espíritu de la norma, al igual que también cuando falta una previsión expresa de la cuantía o se trata

---

[173] González del Pozo, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», *op. cit.,* pág. 6.

[174] González del Pozo, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», *op. cit.,* pág. 6, aunque resulta curioso cuando se pregunta si cabe acudir a el incidente regulado en el artículo 776.4 en los casos de absoluta falta de pronunciamiento sobre el pago de los gastos extraordinarios en el convenio o resolución judicial, señala que el reenvío que el citado precepto hace al Libro III hay que entenderlo a esta regla 4.ª, y por tanto, aplicable a este supuesto (pág. 9); Aragoneses Martínez, S., «La reforma del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de los procesos especiales», en *Guía práctica de la nueva oficina judicial,* coordinador: Julio Banacloche Palao, en *La Ley,* Madrid, 2010, pág. 378, precisa que si no se hubiera previsto nada en absoluto, su reclamación no podría ser objeto de ejecución forzosa por inexistencia de título; Pérez Galván, M., «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que afecta a los procesos de familia», en *La Ley,* año XXXI, núm. 7470, de 17 de septiembre de 2010, pág. 13, precisa que debe acudirse a esta vía en las reclamaciones de gastos fijados de manera genérica o de aquellos otros distintos de los expresamente fijados.

de gastos distintos de los fijados expresamente en la sentencia de separación o divorcio o en el convenio[175].

Por lo que se refiere a la *competencia para tramitar el incidente* por conexión se atribuye al Tribunal que ha conocido del pleito principal de separación o divorcio (art. 61 de la LEC). En cuanto a la legitimación activa corresponde al progenitor custodio que hecho frente al gasto extraordinario que se reclama, sin que el hijo mayor de edad pueda personarse en el pleito en defensa, autónoma o litisconsorcial de sus intereses; y, la legitimación pasiva al progenitor no custodio, al que corresponde el pago de la pensión alimenticia. Para ambas partes, aunque el procedimiento regulador en el artículo 776.4 de la LEC es de naturaleza incidental y no principia por demanda, sino por solicitud para que se declare un gasto como extraordinario, dicha solicitud debe ser suscrita por abogado y procurador (art. 750.1 de la LEC). Igual exigencia para el escrito de oposición que en su caso formule el demandado incidental. De todas formas, resulta necesaria la intervención del Ministerio Fiscal (art. 3.7 de su Estatuto Orgánico y art. 749.2 en relación con el art. 225.3.ª de la LEC).

En cuanto a su *tramitación,* como constituye una cuestión incidental de previo pronunciamiento, en lo no previsto en la regla 4.ª del artículo 776 de la LEC, le será de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 387 a 393 de la LEC. El incidente se inicia con una solicitud del ejecutante que, habrá de cumplir los requisitos del artículo 392. Dicha solicitud habrá de presentarse «previamente al despacho de ejecución», lo que sugiere que la presentación podrá hacerse antes de la presentación de la demanda ejecutiva, o mejor, en la propia demanda ejecutiva[176]. Dicha solicitud habida cuenta de la naturaleza de cuestión incidental, producirá efectos suspensivos (*ex* art. 390 de la LEC).

De la solicitud se dará vista a la parte contraria —de acuerdo con el art. 393.3 de la LEC, será el secretario quien dé traslado del escrito a las demás partes— quien podrá contestar lo que estime oportuno en el plazo de cinco días. Aunque nada dispone la LEC sobre las posibles causas o motivos de oposición, habida cuenta del objeto de la solicitud —que se declare el carácter ordinario o extraordinario de un gasto— la parte ejecutada solo podrá debatir sobre la naturaleza del gasto, sin que pueda suscitarse otras cuestiones como por ejemplo, la falta de conocimiento o la falta de consentimiento del cónyuge requerido del pago. Si la parte contraria se opone, el Tribunal convocará a las partes a una vista —según el art. 393.3 de la LEC ha de ser el Secretario Judicial, lo que representa un olvido del legislador—, que se sustanciará por los trámites previs-

---

[175] Sánchez López, A. D., «El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 53, año XIII, 2011, pág. 41; Díaz Martínez, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 966.

[176] González del Pozo, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», *op. cit.,* pág. 7, considera que también podrá iniciarse el incidente «por escrito presentado por la parte ejecutante, después de interponer la demanda ejecutiva, cuando el juez o tribunal deniegue el despacho de ejecución; por petición realizada por la parte ejecutante en su demanda, formulada con carácter subsidiario de la pretensión de despacho de ejecución; y, aunque se trata de una posibilidad contraria al tener literal de la norma, la posibilidad de proceder a la apertura judicial del incidente, en virtud de solicitud que formule la parte ejecutante dentro del plazo de diez días de que dispone para oponerse a la ejecución».

tos en los artículos 440 y siguientes de la LEC, esto es conforme lo establecido para el juicio verbal. La cuestión será resuelta mediante auto. Si este estima la solicitud, el Secretario alzará la suspensión del procedimiento y el Tribunal dictará auto general de ejecución, contra el que no cabe recurso alguno (art. 551.4 LEC) —sin perjuicio de que el ejecutado pueda impugnar este auto al apelar contra el auto que resuelva la oposición a la ejecución despachada—. Si, por el contrario, el incidente fuera desestimado y se denegara despacho de ejecución, el auto será susceptible de recurso de apelación (art. 393.5 de la LEC). Si bien, este recurso no impide la ejecución forzosa definitiva de la obligación de pago del gasto extraordinario declarado como tal, y sin perjuicio de lo que se resuelva en segunda instancia, pues, la sentencia de apelación desplegará sus efectos *ex nunc*, desde que es dictada, sin que puedan retrotraerse tales efectos, en su caso, revocatorios a la fecha de la resolución incidental de primera instancia, salvo que la apelación así lo establezca expresamente.

Respecto a la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios, simplemente señalar que, a la demanda de ejecución —demanda ejecutiva— se ha de acompañar el auto resolutorio del incidente del artículo 776.4 de la LEC, y en el escrito de oposición del ejecutado es el momento procesal donde podrá invocarse como causa de oposición por motivos de fondo (art. 560 LEC) que no se recabó el consentimiento o aprobación del gasto por parte del progenitor no custodio o, en su defecto, autorización judicial[177].

En cuanto a la posibilidad de formular como motivo de oposición a la ejecución la caducidad de la acción ejecutiva, ha de entenderse que si no se interpone la demanda ejecutiva en el plazo de cinco años desde la firmeza del auto que ha puesto fin al incidente, conforme el artículo 518 de la LEC caduca la posibilidad del despacho de ejecución forzosa por el gasto extraordinario así declarado. Respecto al plazo de la acción para solicitar la declaración incidental regulada en el citado artículo 776.4 de la LEC, no resulta de aplicación la norma del citado artículo 518, pues, prescribe por el trascurso de quince años (art. 1964 del CC), tomándose como *dies a quo* para el cómputo el de la fecha en que tuvo lugar el efectivo pago de los mismos.

En este contexto, conviene precisar que si en la sentencia está expresamente detallado que un gasto tiene carácter extraordinario, podrá acudirse directamente a la demanda de ejecución dineraria[178]; ahora si no se ha previsto su cuantía, y surge discrepancia entre las partes sobre este particular, o sobre la proporción que cada uno de los padres deben contribuir será, asimismo, el proceso de ejecución forzosa el cauce procesal adecuado, como un incidente del mismo; y, por otra parte, debemos recordar que es requisito previo para que opere el incidente del artículo 776.4 de la LEC que el progenitor custodio haya pagado efectivamente el gasto extraordinario; de forma que, antes de que el progenitor que ha suscitado la necesidad, haya hecho el abono del tal gasto, las posibles discrepancias entre las partes sobre su procedencia o no, sobre su necesidad o no, se ha de dirimir en el procedimiento al que se refiere el artículo 156 del Código Civil. Un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que no forma parte del proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios, sino que ha de tramitarse con anterioridad no

---

[177] Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120388).

[178] Como precisa el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 26 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/45135) no hace falta acudir al procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la LEC para su determinación.

solo a la interposición de la demanda ejecutiva, sino antes de que el progenitor custodio haya realizado el pago. La resolución que ponga fin a este proceso, por tanto, no decidirá sobre la necesidad de realizar el gasto extraordinario, sino que atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores sobre si se realiza o no el mismo. La tramitación de este procedimiento excluye la necesidad del incidente declarativo del artículo 776.4 de la LEC.

Finalmente, hay que traer también a consideración que, en todos aquellos casos en que determinados conceptos hayan sido excluidos de modo claro como gastos extraordinarios necesarios, y posteriormente deviene como ordinarios, no solo por su necesidad, sino por su periodicidad y previsibilidad en su manifestación, y por tanto deben ser cubiertos por el deber de alimentos, podrá resultar necesario el que se acuerde un aumento de la pensión alimenticia, para lo cual habrá que acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Código Civil comentado,* vol. I, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: «La reforma del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de los procesos especiales», en *Guía práctica de la nueva oficina judicial,* coordinador: Julio BANACLOCHE PALAO, La Ley, Madrid, 2012.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcios (art. 93 CC),* Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

CARPÍ MARTÍN, R.: «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en *La Ley,* año XXX, núm. 7270, de 27 de octubre de 2009.

CASO SEÑAL, M.: «Medidas en relación con los hijos», en *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil,* director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», en *La Ley,* año XXX, núm. 7300, de 10 de diciembre de 2009.

LÁZARO PALAU, C. M.ª: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

MORENO VELASCO, V.: «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *La Ley,* año XXX, núm. 7189, 4 de junio de 2009.

— «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», en *La Ley,* año XXIX, núm. 7021, de 26 de septiembre de 2008.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: «Gastos extraordinarios», en *Tratado de Derecho de Familia,* T. III, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2009.

ROCA SASTRE, E.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1985.

ROMERO COLOMA, A. M.ª: «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», en *La Ley,* año XXXIV, núm. 8000, de 14 de enero de 2013.
SÁNCHEZ LÓPEZ, A. D.: «El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 53, 2011.
SERRANO CASTRO, Fco. de Asís: «Relaciones paterno-filiales», en *El Derecho,* Madrid, 2010.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 15 de enero de 2001 *(RTC* 2001/1).
- STC, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 *(RTC* 2005/57).
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993/7464).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008 *(RJ* 2008/5794).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (La Ley 9107/2011).
- SAP de Navarra, de 6 de julio de 1993 (*AC* 1993/1944).
- AAP de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de enero de 1996 (*AC* 1996/153).
- AAP de La Rioja, de 18 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3596).
- SAP de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (*AC* 1999/123).
- SAP de Cantabria, Sección 3.ª, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4659).
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de febrero de 2001 *(JUR* 2001/135451).
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de abril de 2002 *(JUR* 2002/197299).
- SAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2003 *(JUR* 2003/67629).
- SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 8 de enero de 2004 *(JUR* 2004/79497).
- SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2005 *(JUR* 2005/204414).
- SAP de León, Sección 1.ª, de 7 de abril de 2006 *(JUR* 2006/296959).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, de 7 de junio de 2007 *(JUR* 2007/312396).
- AAP de Burgos, Sección 2.ª, de 3 de junio de 2008 *(JUR* 2008/347348).
- SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de septiembre de 2009 *(JUR* 2009/452175).
- AAP de Lugo, Sección 1.ª, de 26 de enero de 2010 *(JUR* 2010/91166).
- SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 20 de abril de 2010 *(JUR* 2010/203285).
- AAP de Valencia, Sección 1.ª, de 11 de noviembre de 2011 *(JUR* 2011/64616).
- SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 24 de mayo de 2011 *(JUR* 2011/268333).
- AAP de Madrid, Sección 24.ª, de 8 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/185342).
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de marzo de 2012 *(JUR* 2012/179811).
- SAP de Murcia, Sección 4.ª, de 14 de junio de 2012 *(JUR* 2012/252479).

RESUMEN

PENSIÓN ALIMENTICIA
PATRIA POTESTAD
CRISIS MATRIMONIAL
GASTOS EXTRAORDINARIOS

Los padres tienen el deber de prestar a los hijos una completa asistencia en

ABSTRACT

FOOD PENSION
NATIVE LEGAL AUTHORITY
MATRIMONIAL CRISIS
EXTRAORDINARY EXPENSES

The parents have the duty to give a complete assistance to the children in

todos los ámbitos; cuando tiene lugar la situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja, la obligación de alimentos, en relación a los hijos menores de edad, trasciende a la propia patria potestad, y se funda en la filiación, representando una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, con alcance constitucional como establece el artículo 39.1 de la Constitución Española. Sobre el régimen jurídico de la pensión alimenticia, incidiendo en uno de los aspectos de su contenido que más controversia genera como son la cobertura de los gastos extraordinarios, sin obviar su novedosa tramitación procesal, es la materia sobre la que se va a centrar el presente estudio.

all the areas; when there takes place the situation of matrimonial crisis or break of pair the food obligation in relation to the children minors comes out of the own native legal authority, and it is founded on the filiation, representing one of the obligations of major ethical content of the juridical classification, with constitutional scope since it establishes the article 39.1 of the Spanish Constitution. On the juridical regime of the food pension, affecting in one of the aspects of his content that more controversy generates like they are the coverage of the extraordinary expenses, without obviating his new procedural processing, it is the matter on the one that is going to centre on the present study.

ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PERSONAL DE USO DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS O DE VIVIENDAS DISTINTA A LA FAMILIAR TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular Acreditada Doctora
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO PERSONAL DE USO DE VIVIENDA Y LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA MENOR.—III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO PERSONAL DE USO.—V. SITUACIÓN EN CATALUÑA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP, TSJC) CITADAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO PERSONAL DE USO DE VIVIENDA Y LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS

Desde 1981 que se introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial y tras su ruptura.

El artículo 91 del Código Civil solo permite al juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el artículo 96 del Código Civil. El artículo 774.4 LEC del año 2000 sigue la misma regla[1].

Tampoco el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña permite en principio esta atribución, sino que *solo prevé esta posibilidad* en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio siendo además, la propia autoridad judicial la que procederá a sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias.

Algún sector doctrinal entiende que «los criterios determinantes de la atribución del uso de segundas residencias están relacionados con el nivel económico de la familia, con sus hábitos y con su uso efectivo hasta el momento de la crisis matrimonial, es decir, cuando esta residencia haya sido de gran relevancia para la vida familiar antes de la crisis, atendiendo al nivel de vida de sus miembros»[2].

Por el contrario entiendo que no debemos olvidar que la razón por la que el artículo 96 del Código Civil atribuye a los hijos el uso de la vivienda familiar

---

[1] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel DE LA, «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, págs. 2294 a 2323.

[2] LÓPEZ ROQUE, Carmen, «Atribución judicial de la vivienda familiar y segundas residencias en los procesos de nulidad, separación y divorcio», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Araceli DONADO VARA, María Fernanda MORETÓN SANZ, Fátima YÁÑEZ VIVERO, 2004, ISBN 84-609-3858-1.

radica en la protección de los intereses de los menores[3], a lo que también se equipara el de los mayores incapacitados, y resulta indirectamente beneficioso para ellos, la alternativa de las segundas residencias y su atribución ya sea al padre no custodio, o en caso de custodia compartida ya sea la otra residencia conocida donde vivir cuando estén bajo la custodia del otro progenitor…[4] O, como el propio artículo del Código Civil de Cataluña, indica cuando sea el juez quien la considere más idónea pensando en el propio interés supremo de los menores.

No obstante, no puede utilizarse este planteamiento para la atribución del uso de cualquier bien inmueble que no constituya la vivienda familiar, como nos recordó la STS de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010[5], la cual estableció con claridad como doctrina que *en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*, de ahí que no fuera procedente la atribución a la esposa, como despacho profesional, de una vivienda propiedad del esposo que no constituía el domicilio familiar[6].

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

La cuestión es interesante puesto que la jurisprudencia menor de las Audiencias estaba dividida hasta el pronunciamiento del TS.

Así nos encontramos con que como el artículo 96 del Código Civil no prevé la asignación de otra vivienda distinta a la familiar, las SSAP de Valencia, de 4 diciembre[7]; la SAP de Valencia, de 12 de diciembre[8], y la SAP de Valencia, de

---

[3] El artículo 96.1 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. En consecuencia, el Tribunal Supremo ratifica su doctrina ya declarada conforme a la cual, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil (STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011, recurso 2176/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 236/2011. Número de recurso: 2176/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52203/2011).

[4] Iglesia Monje, M.ª Isabel de la, «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 733, septiembre-octubre, págs. 2842-2858.

[5] STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 284/2012. Número de recurso: 1781/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58285/2012.

[6] Roca Trías, Encarnación, *Libertad y Familia*. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012, pág. 166 y sigs.

[7] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de diciembre de 2002, recurso 680/2002. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Número de sentencia: 640/2002. Número de recurso: 680/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 203717/2002. FJ 3.º: «Interesa también al demandado que se le atribuya el uso de la vivienda de Xirivella, sita en los Jardines del Cid, complejo Alquería Nova, pretensión a la que no puede accederse porque el artículo 96 del Código Civil, al regular la atribución de la vivienda, se refiere tan solo a la familiar, pero no a otras viviendas propiedad de los cónyuges en la que la familia no ha residido habitualmente, por lo que el pronunciamiento del Juzgado *a quo* ha de confirmarse también en este punto».

[8] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 12 de diciembre de 2002, recurso 821/2002. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Número de sentencia: 661/2002. Número de recurso: 821/2002. Juris-

27 de marzo de 2003…[9] siguen el criterio legal, más restrictivo, en base a que el señalado precepto a efectos de la atribución del uso por el juez tras la ruptura *se refiere tan solo a la vivienda familiar, pero no a otras viviendas propiedad de los cónyuges en la que la familia no ha residido habitualmente en ellas, o son distintas de aquella que abrigó la intimidad de la familia…*

Frente a aquellas sentencias que atendiendo al caso concreto, posibilitan la atribución de viviendas distintas para cada uno de los cónyuges a los solos efectos de cubrir las *necesidades de habitación* y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Es lo que ocurre en la SAP de Madrid, de 25 mayo de 2001[10], donde se otorga —en definitiva sin salirse del marco legal— el uso de la vivienda familiar a la esposa custodia de los menores y la segunda residencia al otro cónyuge.

En la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de marzo de 2003[11], se modifica la atribución del uso de la vivienda familiar, en base al criterio de que ninguno de los esposos constituye el interés más necesitado de protección, por lo que, y en aras a facilitar y promover la pronta y fluida liquidación de la sociedad conyugal, y habiendo segunda vivienda susceptible de utilización, procede asignar a cada esposo el uso alternativo por años de ambas, *hasta que la liquidación tenga lugar*. Se posibilita así, el intercambio de las viviendas y la utilización de la segunda residencia siendo el fundamento en este caso del derecho de uso las necesidades de habitación con una limitación temporal concretada y referida a la liquidación del patrimonio que conforma la sociedad de gananciales. Y todo ello porque tras la ruptura no hay hijos.

Existe también una postura intermedia, consistente en declarar la negación de la atribución del uso y disfrute de vivienda distinta a la habitual, y la asignación de la administración a uno de los cónyuges. Así podemos analizar la sentencia

---

dicción: CIVIL. LA LEY 208228/2002. FJ 2.º: «El artículo 96 del Código Civil, que regula la asignación del uso de la vivienda conyugal, no prevé la atribución del uso de otras viviendas distintas de aquella que abrigó la intimidad de la familia, por lo que procede revocar el pronunciamiento de la sentencia que dio al demandado la utilización de una segunda vivienda ganancial, sita en la calle de Campoamor de Valencia».

[9] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2003, recurso 118/2003. Ponente: M.ª Pilar Manzana Laguarda. Número de sentencia: 170/2003. Número de recurso: 118/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60097/2003. FJ 2.º: «No constituyendo pues el domicilio conyugal de los esposos el domicilio sito en Viver, la petición relativa a que se le atribuya su uso al recurrente queda vacía de contenido, motivo por el cual no procede entrar a conocer cuál sea el interés más necesitado de protección».

[10] SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de mayo de 2001, recurso 590/2000. Ponente: Miriam de la Fuente García. Número de sentencia: 528/2001. Número de recurso: 590/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105102/2001. Sentencia que en su FJ 4.º establece que: «Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda sita en la localidad de Horche (Guadalajara) al señor P., no puede ser otra la solución acordada por el juzgador *a quo,* habida cuenta que el matrimonio poseía dos viviendas, una era el domicilio conyugal sito en Getafe, cuyo uso ha sido atribuido a la esposa, y el otro sito en Horche, donde se marchó a vivir el esposo tras la separación de hecho, siendo lo más adecuado para satisfacer todos los intereses en juego, que se reconozca al esposo el derecho a ocuparla, todo ello, aun cuando fuera segunda vivienda, donde la familia pasaba las vacaciones y los fines de semana y demás fiestas, dado que tampoco hay que olvidar que la esposa se queda en el domicilio conyugal privando al esposo de su uso. Por lo expuesto el motivo ha de ser desestimado...».

[11] SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de marzo de 2003, recurso 30/2003. Ponente: María del Rosario Hernández Hernández. Número de sentencia: 269/2003. Número de recurso: 30/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 50700/2003.

de la AP de Madrid, de 19 de julio de 2005[12], que señala que la atribución del derecho personal de uso tras la crisis matrimonial del artículo 96 del Código Civil, no impide que las segundas residencias sean atribuidas a uno u a otro para su administración al ser objeto del patrimonio conyugal hasta su definitiva liquidación, momento en que se establecerá el destino final del mismo.

La SAP de Madrid, de 25 septiembre de 2007[13], en el mismo sentido, indica además, basándose en el artículo 47 CE, que no cabe que uno de los cónyuges

---

[12] SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de julio de 2005, recurso 217/2005. Ponente: M.ª José DE LA VEGA LLANES. Número de sentencia: 608/2005. Número de recurso: 217/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160928/2005.

«En orden a la atribución del uso y disfrute de la vivienda, el juzgado rechaza tal petición por entender que al no constituir vivienda familiar no cabe un pronunciamiento judicial al respecto, en ese procedimiento dejándolo relegado para la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo no existe óbice legal para adoptar medidas respecto a la administración de bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar, que encuentre cobertura en el artículo 103.4 del Código Civil, dentro del ámbito de las medidas provisionales, lo que en lógica interpretación puede tener su vigencia hasta tanto se resuelva la partición de la sociedad de gananciales. En el caso que se examina, además de lo expuesto, avala tal atribución su aceptación por parte de la esposa (art. 90 CC), siempre y cuando se limite hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y corra con los gastos de tal uso» (FJ 4.º).

[13] SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 2007, recurso 642/2007. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 560/2007. Número de recurso: 642/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169680/2007. En el 4.º FJ indica que: «el artículo 96 del Código Civil solo regula la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo de entenderse por tal la que ha venido constituyendo la sede habitual de la vida conyugal con anterioridad a la ruptura de la convivencia de los esposos, no es menos cierto, como viene manteniendo esta Sala, que el referido precepto no impide, en modo alguno, que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103-4.ª sobre entrega de bienes comunes y administración de los mismos, medida que, aun regulada legalmente con carácter provisional, puede prorrogar su vigencia en el procedimiento principal, conforme a lo prevenido en el artículo 91 del Código Civil, en tanto no se liquide el patrimonio común, y a expensas de lo que en tal momento se acuerde sobre el destino definitivo de tal inmueble. Dicha solución, viable cualquiera que fuere el destino que en principio el adjudicatario de la administración quiera dar al inmueble, se refuerza aún más, e inclusive se hace casi ineludible, cuando la finalidad perseguida es la de cubrir las necesidades de alojamiento de quien, por imperativos del artículo 96, ha de salir del domicilio conyugal, no pudiendo quedar desamparado su derecho a ocupar una vivienda digna, que consagra el artículo 47 CE, cuando en el patrimonio familiar existe algún otro inmueble susceptible de cubrir la referida finalidad.

En el supuesto analizado, habiendo de presumirse el carácter ganancial del antedicho inmueble (art. 1361 CC), sin perjuicio de lo que al respecto pueda resolverse en el correspondiente procedimiento liquidatorio, es lo cierto que la falta de regulación judicial de su administración y uso, puede provocar, en primer lugar, situaciones de conflicto entre los mismos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y sigs. del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro. Igualmente el referido criterio decisorio implica el dejar desamparado, en orden a la cobertura de sus necesidades cotidianas de alojamiento, a quien ha de salir, de conformidad con lo acordado en la sentencia, del domicilio familiar, no disponiendo, a tal fin, de otras alternativas, pues, como ha quedado acreditado, el inmueble del que don Francisco es titular privativo viene ocupado por un hijo del mismo y su familia, sin que se haya demostrado, pues ni siquiera se le formuló pregunta alguna al respecto, que tal vivienda ofrezca condiciones, por razones de espacio, para el alojamiento añadido de aquel, así como tampoco las relaciones que el mismo mantenga con el citado grupo familiar, en orden a una posible convivencia en tal entorno.

quede desamparado al salir del domicilio conyugal, teniendo derecho a ocupar una vivienda digna que además se encuentra dentro del patrimonio familiar.

III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS, de 27 de febrero de 2012[14], se había referido a la atribución del derecho personal de uso de la vivienda que fue atribuido al esposo en la sentencia de divorcio *al ser el suyo el interés más necesitado de protección ya que desempeñaba en ella su actividad profesional* y un pronunciamiento distinto supondría un deterioro económico de la familia en *perjuicio del hijo menor*[15].

Pero además, había señalado que la acción de división de la comunidad de bienes no extingue el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento. Su derecho es oponible a terceros.

El Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que la atribución *del uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar*, no puede ser realizado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo[16]. La citada STS, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010, concretó, a fin de unificar doctrina de las Audiencias[17] que:

Razones que hacen prosperar la pretensión revocatoria al efecto deducida, sin perjuicio del destino definitivo que al inmueble objeto de debate haya de dársele en las operaciones liquidatorias del patrimonio común».

[14] STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de febrero de 2012, recurso 2258/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 78/2012. Número de recurso: 2258/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 15725/2012.

[15] El FJ 1.º dice que: «teniendo en cuenta la situación ante la que nos encontramos, donde el hijo, que vive con su madre en la ciudad de Segovia, tiene diez años y recibe una pensión del padre que se ha aumentado en el procedimiento de divorcio, no podemos afirmar que las bases que tuvo en cuenta el Juzgado de Familia, es decir, la necesidad del uso de la vivienda para poder atender a sus necesidades y a las del hijo menor de edad, se hayan alterado en este momento, ya que debemos diferenciar los supuestos en que, en función de las condiciones de provisionalidad y temporalidad de esta medida, se aprecie claramente que las bases sobre las que se sustentaron se han alterado significativamente, careciendo de sentido mantener el derecho de uso, de aquellos otros en los que no se comparten los razonamientos que han llevado al Juzgado de Familia a conceder tal derecho…».

[16] Según el FJ 3.º se trata de una segunda residencia *de facto,* al ser utilizada exclusivamente por uno de los cónyuges, no como domicilio, sino como local profesional. Y ello a pesar de que la propiedad de dicho local era exclusiva del marido al habérsele adjudicado en la liquidación de los gananciales efectuada en el año 1995, casi diez años antes de la crisis matrimonial.

[17] En el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.

«En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar» (FJ 4.º).

«1.ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges.

2.ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del artículo 806 y siguientes LEC, en defecto de acuerdo previo.

3.ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el artículo 103.4.ª del Código Civil, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes».

IV. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO PERSONAL DE USO

Partimos de la doctrina jurisprudencial de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros.

La STS de 859/2009, de 14 de enero de 2010[18], formuló la siguiente doctrina: «…de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia *no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección*».

[18] STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 5806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010. «La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por este último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III del Código Civil. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe».

Previamente la RDGRN, de 10 de octubre de 2008[19], concretó como el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar.

Precisamente tal carácter familiar hace que el derecho de uso tenga una naturaleza especial, consecuencia de sus características especiales como por ejemplo, la *duración* del mismo —que puede ser variable—. Pero la esencia de la figura se encuentra en *la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo*.

El derecho de uso personal protege el interés familiar y especialmente el de los hijos, pues es el domicilio familiar en el que continúan viviendo y conviviendo con el progenitor custodio. La titularidad del derecho de uso se atribuye al cónyuge custodio, «pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento»[20].

Posteriormente la RDGRN, de 14 de mayo de 2009[21], señaló que desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante

---

[19] Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 10 de octubre de 2008. LA LEY 152072/2008. Dice que: «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo —que puede ser variable— así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento».

[20] Reiterando la doctrina de las anteriores RRDGRN de 6 de julio de 2007 (LA LEY 91948/2007) referida a la denegación de la constancia registral del uso a favor de la esposa de la vivienda familiar atribuido por sentencia de divorcio por estar inscrita la vivienda a favor de la esposa como bien privativo, su uso y disfrute le viene asignado por el derecho de propiedad que ostenta; y la de 19 de septiembre de 2007 (LA LEY 139894/2007), la cual concreta que el derecho de uso limita las facultades dispositivas del propietario, por lo que merece la protección registral. En este caso el derecho de uso se atribuye al cónyuge no propietario de la vivienda, y por ello procede la inscripción registral de la propiedad a favor del otro cónyuge.

[21] RDGRN de 14 de mayo de 2009. LA LEY 67918/2009. Dicha Resolución señala que: «A la vista de nuestro Derecho positivo, *el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda,* por lo que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento, pues en tales hipótesis el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso».

Pero además insiste en una cuestión formal: «Por ello mismo, la Resolución de este Centro Directivo, de 10 de octubre de 2008 (LA LEY 152072/2008), confirmó la calificación

sentencia judicial a un cónyuge no titular *no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge,* la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad.

La doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia de 2009, fue confirmada por la STS de 861/2008, de 18 enero de 2010[22], donde se añade que: «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división… Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges…»[23].

---

del Registrador que había denegado la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge titular de la propiedad, sobre la base del fundamento de que en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente».

[22] STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3984/2010. «El Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional [SSTC 135/1986 (LA LEY 657-TC/1987), 159/1989 (LA LEY 570-JF/0000) y 126/1989 (LA LEY 2286/1989)], el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, este debe notificarlo al arrendador a los efectos de la subrogación».

[23] No hay que olvidar que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (ver SSTS de 27 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006).

V. SITUACIÓN EN CATALUÑA

Comienza a valorarse por los Tribunales la existencia de la segunda residencia, en base al interés más necesitado de protección tras la ruptura de la convivencia marital.

La sentencia de la Sección 12.ª de la AP de Barcelona, de 5 de septiembre de 2000[24], modificó la atribución del uso de la vivienda familiar, atribuyéndola a la esposa, al constatarse que el marido estaba ocupando efectivamente la segunda residencia y no ejercitaba el uso de la vivienda familiar que le había sido atribuido en la sentencia de instancia, basándose esta revocación parcial de la resolución en la consideración del interés de la esposa como el que merece especial protección en el sentido del artículo 96 del Código Civil.

Por otra parte, la sentencia de la Sección 18.ª de la AP de Barcelona, de 20 de mayo de 2002[25], revocó la sentencia de primera instancia que atribuía el uso de la segunda residencia «al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia sobre el menor por tenerlo en su compañía ya por atribución ya en régimen de relación y visitas», remitiendo la controversia sobre su uso al juicio declarativo correspondiente, al no precisarse para la residencia habitual y permanente de ninguno de los cónyuges y, además, por pertenecer a un tercero.

Posteriormente, el TSJC, sentencia de 10 de febrero de 2003[26], rechazó la atribución de uso de la segunda residencia del matrimonio acordada a favor de

---

[24] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 5 de septiembre de 2000, recurso 353/2000. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz. Número de recurso: 353/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158806/2000. Modificación de la atribución de la vivienda familiar. La vivienda familiar de los litigantes no está ocupada actualmente por el esposo, que ha pasado a residir en la que era segunda residencia del matrimonio. La precaria situación física y económica de la esposa determina que deba ser protegido su interés de una forma preferente. Se modifica la atribución del uso de la vivienda familiar, que pertenece en proindiviso a ambos litigantes, concediéndose el mismo a la demandante.

[25] SAP de Barcelona, Sección 18.ª, sentencia de 20 de mayo de 2002, recurso 305/2001. Ponente: Enrique Anglada Fors. Número de recurso: 305/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96093/2002.

«…en cuanto a la atribución del uso del apartamento del Valle d'Arán, la Sala también disiente de lo argumentado y resuelto por el Juzgador de Instancia, pues, como ya ha indicado esta Sección, de la que es un fiel y reciente exponente, la sentencia de 3 de enero de 2002, el Codi de Familia, en su artículo 76, yendo más allá de lo establecido en el Código Civil, permite atribuir el uso de la segunda u otras residencias, en el apartado *a)* del número 3, relativo al uso de la vivienda habitual y su ajuar, pero con un añadido realmente significativo "si es el caso". Por ello, *el Tribunal entiende que solo pueden asignarse las otras residencias cuando efectivamente se precisan, esto es, en concepto de residencia habitual y permanente, pues en caso contrario podría exceder de la materia propia de un pleito matrimonial y la atribución del uso de cualquier residencia para periodos de ocio se considera que debe ventilarse en un juicio declarativo,* máxime cuando, como acontece en el presente caso, la propiedad de dicho apartamento no es ni siquiera de los cónyuges hoy en litigio, sino de un tercero —persona jurídica con personalidad propia—. Una interpretación distinta a la efectuada en cuanto a la expresión del término transcrito —aunque puedan existir otras—, cree esta Sala que se hallaría fuera de los parámetros hermenéuticos, teleológicos y sistemáticos del precepto de constante alusión, lo que comporta, por ende, que deba dejarse sin efecto la atribución del uso del apartamento del Valle d'Arán realizado por el juez *a quo.*

[26] TSJC, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 10 de febrero de 2003, recurso 64/2002. Ponente: Guillermo Vidal Andreu. Número de sentencia: 1/2003. Número de recurso: 64/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28978/2003.

la esposa por el Juzgado de Primera Instancia, número 51 de Barcelona (que atribuía el uso de la vivienda, enseres y ajuar, en ella existentes a la madre que residirá en compañía del hijo cuya guarda y custodia se le atribuye, vivienda familiar sita en Barcelona, frente al piso de la segunda residencia sita en el Valle d'Aran, que corresponderá al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia sobre el menor por tenerlo en su compañía ya por atribución ya en régimen de relación y visitas) a pesar de considerarse procedente la compensación económica a su favor, por cuanto queda acreditada la desigualdad patrimonial que constituye el enriquecimiento injusto que la justifica, pero que no tiene la relevancia suficiente para mantener esa medida sobre la segunda residencia.

Actualmente el Derecho Civil de Cataluña, a diferencia del Derecho Común permite, a criterio de la autoridad judicial, la *atribución del uso de otras residencias distintas a la familiar cuando con ello quede mejor garantizado el superior interés de los menores*[27].

La Ponente del TSJC, doña M.ª Eugenia ALEGRET, apoyándose en la doctrina de las sentencias de las Audiencias Provinciales que hemos expuesto, que posibilitan la atribución del uso de residencias diferentes a las que constituyen propiamente la vivienda familiar, expone que «no es cierto que el (antiguo) artículo 83 del Código Civil catalán no prevea la atribución de viviendas diferentes a la familiar, pues dispone que: «el uso de la vivienda familiar se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que esta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión», *lo que abre la vía a que la autoridad judicial pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por otras residencias cuando estas resulten idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*».

Pero insiste en que «la verdadera razón que avala la posibilidad de atribuir el uso de una vivienda distinta a la que constituyó el domicilio familiar descansa en que el Derecho Civil de Cataluña, a diferencia del estatal, sí permite la atribución de otras residencias, pues en caso de desacuerdo entre los cónyuges o cuando este sea perjudicial para los menores, *será el juez quien decida «la atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, y, en su caso, de las demás residencias», ello en los términos expresamente previstos en el artículo 76.3 del Código Civil catalán*[28].

---

[27] STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 50/2012, de 30 de julio de 2012. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. LA LEY 148906/2012, en *Diario La Ley,* núm. 8029, Sección Jurisprudencia, de 22 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 831/2013. En dicha sentencia la esposa solicitaba en su demanda de divorcio la atribución del uso de una vivienda distinta a que constituyó el domicilio familiar, pues sobre este era usufructuaria la madre del esposo, y ello podía ocasionar la pérdida efectiva del uso si en aplicación de la doctrina que sostiene la inoponibilidad de la atribución del uso familiar frente a terceros, la usufructuaria instase una acción de desahucio por precario. Concedido este uso en la instancia, revocó la Audiencia Provincial tal atribución por falta de encaje en el artículo 83 del Código Civil catalán.

[28] «Y es aquí donde yerra la sentencia de la Audiencia, que no valoró las particulares circunstancias del caso, pues debió haber ponderado que el superior interés de la menor exige dotarla con una vivienda estable, siendo del todo inidónea la atribución de la vivienda familiar en situación de precario».

Casa y anula el TSJ de Cataluña la sentencia y acuerda atribuir a la esposa e hija menor el uso de otra vivienda, distinta a la que en su día fue el domicilio familiar, al interpretar el artículo 76.3.*a)* Código Civil catalán en el sentido de que puede concederse el uso de una vivienda diferente a la familiar en el curso del procedimiento matrimonial si las circunstancias

El actual artículo 233-20.6 del Libro II del Código Civil de Cataluña[29] faculta a la autoridad judicial a que pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, aunque solo si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge custodio y de los hijos.

Estas residencias pueden ser tanto las viviendas que se usan transitoria o estacionalmente, como otras que sean susceptibles de uso, aunque vengan siendo rentabilizadas por los cónyuges mientras no son necesarias para la familia, ya que no existe razón alguna para excluirlas.

Por otro lado, no debemos olvidar el cambio que se está produciendo en la sociedad donde prima en todo momento la *autonomía de la voluntad* y sobre todo el *interés superior de los menores*. Así recordemos como la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que en su artículo 4 regula *el pacto de convivencia familiar*, el cual en su apartado 2.º exige que dicho acuerdo deberá establecer al menos [y en su apartado *c)* dispone]: «El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, *así como de otras viviendas familiares que*, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar».

VI. BIBLIOGRAFÍA

Iglesia Monje, M.ª Isabel de la: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, págs. 2294 a 2323.

— «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 733, septiembre-octubre, págs. 2842-2858.

López Roque, Carmen: «Atribución judicial de la vivienda familiar y segundas residencias en los procesos de nulidad, separación y divorcio», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos Lasarte Alvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISBN 84-609-3858-1.

Roca Trías, Encarnación: *Libertad y Familia*. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2012.

del caso lo exigen por darse mayor satisfacción, con tal atribución, a los intereses superiores de los menores. Es claro, pues, que la sentencia recurrida infringe el artículo 76.3.*a)* del CF, toda vez que no ha realizado ponderación alguna de las circunstancias del caso para denegar el uso pretendido con el argumento que no lo permite el artículo 83 del CF, obviando las facultades que otorga al juez el artículo 79.1 en relación con el artículo 76.3.*a)* del CF para que pueda otorgar el uso de otras residencias.

[29] *Artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar… 6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.*

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP, TSJC) CITADAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de febrero de 2012, recurso 2258/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 78/2012. Número de recurso: 2258/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 15725/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 284/2012. Número de recurso: 1781/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58285/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011, recurso 2176/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 236/2011. Número de recurso: 2176/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52203/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3984/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 5806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 2007, recurso 642/2007. Ponente: Eduardo Hijas Fernández. Número de sentencia: 560/2007. Número de recurso: 642/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169680/2007.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de julio de 2005, recurso 217/2005. Ponente: M.ª José de la Vega Llanes. Número de sentencia: 608/2005. Número de recurso: 217/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160928/2005.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2003, recurso 118/2003. Ponente: M.ª Pilar Manzana Laguarda. Número de sentencia: 170/2003. Número de recurso: 118/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60097/2003.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de marzo de 2003, recurso 30/2003. Ponente: María del Rosario Hernández Hernández. Número de sentencia: 269/2003. Número de recurso: 30/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 50700/2003.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 12 de diciembre de 2002, recurso 821/2002. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Número de sentencia: 661/2002. Número de recurso: 821/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 208228/2002.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de diciembre de 2002, recurso 680/2002. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Número de sentencia: 640/2002. Número de recurso: 680/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 203717/2002.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, sentencia de 20 de mayo de 2002, recurso 305/2001. Ponente: Enrique Anglada Fors. Número de recurso: 305/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96093/2002.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de mayo de 2001, recurso 590/2000. Ponente: Miriam de la Fuente García. Número de sentencia: 528/2001. Número de recurso: 590/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105102/2001.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 5 de septiembre de 2000, recurso 353/2000. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz. Número de recurso: 353/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158806/2000.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 50/2012, de 30 de julio de 2012. Ponente: María Eugenia Alegret Burgués. LA LEY 148906/2012. *Diario La Ley*, núm. 8029, Sección Jurisprudencia, de 22 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 831/2013.

- TSJC, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 10 de febrero de 2003, recurso 64/2002. Ponente: Guillermo VIDAL ANDREU. Número de sentencia: 1/2003. Número de recurso: 64/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28978/2003.
- RDGRN de 14 de mayo de 2009 (LA LEY 67918/2009).
- RDGRN de 10 de octubre de 2008 (LA LEY 152072/2008).
- RDGRN de 6 de julio de 2007 (LA LEY 91948/2007).
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (LA LEY 139894/2007).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española. Artículo 47.
- Código Civil. Artículo 96.
- Código de Derecho Civil de Cataluña. Artículo 233-20.6.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven *(BOE* de 25 de abril de 2011).

RESUMEN

ATRIBUCIÓN DEL USO DE SEGUNDAS RESIDENCIAS DERECHO CATALÁN

El Derecho Civil de Cataluña —a diferencia del Derecho Común—, permite que la autoridad judicial establezca, tras la ruptura y en el proceso matrimonial, la atribución del uso de otras residencias distintas a la familiar cuando con ello quede mejor garantizado el superior interés de los menores. El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, pero a los efectos de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales ha indicado únicamente que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse el uso de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

ABSTRACT

USE OF SECOND HOMES CATALAN LAW

Catalan civil law, unlike general law, allows a judicial authority to assign the use of homes other than the regular family home in the legal process ensuing after a marriage has broken up, if by so doing the courts can better secure the higher interest of any underage children. The Supreme Court has had no occasion to give any pronouncements on this point, but in order to unify the doctrine used by provincial appellate courts it has just indicated that the use of homes or other properties other than the family home cannot be assigned in legal proceedings for the dissolution of a marriage without a consensus from the spouses.

1.3. Derechos reales

LA OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR[1]

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. DERECHO DE USO: CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO.—II. OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. Adquisición de la vivienda por un tercero como consecuencia de una ejecución hipotecaria. 2. Adquisición por un tercero como consecuencia de la división de la cosa común.—III. SUPUESTOS DE INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. Supuestos. 2. Requisitos de la inscripción.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DERECHO DE USO: CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO

El derecho de uso de la vivienda familiar, como el derecho subjetivo que implica la facultad de ocupar y habitar la vivienda donde reside y se desenvuelve la vida familiar, tiene una especial naturaleza que oscila desde su vertiente de Derecho privado, por sus rasgos patrimoniales, a su perfil de Derecho público, del Derecho de familia, por sus innegables caracteres y finalidad que no es otra que la protección de los intereses de los hijos menores o del cónyuge más desfavorecido, si no los hubiera[2].

Este derecho de uso caracteriza o sirve para calificar a una vivienda como familiar, pues esta adquiere tal carácter cuando sobre la misma existe un derecho de uso a favor de los integrantes de la unidad familiar. Sin embargo, a pesar de existir siempre, incluso constante matrimonio, es, cuando se produce la ruptura matrimonial, cuando este derecho adquiere notoriedad, independencia y cierta autonomía. Si hasta la ruptura existía pero de forma latente, tras la nulidad, separación o divorcio, se debe adjudicar el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos o al más necesitado de protección si estos no existieran (arts. 90 y 96 CC), independientemente de que este fuera o no el titular dominical de la misma. Cuando se produce la disociación entre la titularidad dominical y el uso de la vivienda familiar es cuando el derecho de uso deviene visible y cuando se pone de manifiesto. Entendiendo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que, realmente, solo existe cuando la ruptura se ha

[1] Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre «La nueva familia ante el Derecho Público y Privado» (DER 2010/17847), contando con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación.

[2] En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1994 afirma que «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía».

producido y su titularidad no coincide con la del dominio de la finca, aunque no siempre sea exactamente así.

Su naturaleza, como hemos dicho, no es pacífica, y esa especial naturaleza ha hecho que la doctrina se divida y defienda muy diversas tesis en torno a la misma[3], cuestión frecuentemente debatida y examinada ya en otros trabajos que hemos publicado en esta misma REVISTA.

Sin entrar de nuevo a analizar su peculiar naturaleza, sí que queremos partir de lo que la Jurisprudencia ha dejado claro en torno a la misma, pues las últimas resoluciones de la Dirección General y las sentencias del Tribunal Supremo, de unificación de doctrina, coinciden en señalar que no se trata de un derecho real, y que tiene una naturaleza especial, a la que califican como derecho familiar.

En este sentido, la RDGRN de 20 de febrero de 2004 afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del CC)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008, y en términos muy parecidos, rechazan la naturaleza de derecho real y lo califican, asimismo, como familiar, las Resoluciones de 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009 19 de julio de 2011.

Baste ver, por ejemplo, la descripción que hace la RDGRN de 14 de mayo de 2009, cuando afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo…», y continúa, «la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para

---

[3] Sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y las distintas posturas, véase: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524. Véase también sobre su carácter de derecho real: RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar,* Tecnos, Madrid, 1987; MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega,* núm. 33, 2001, págs. 91-119; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil,* IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44. Mantienen, por el contrario, que no se trata de un derecho real: ROCA TRÍAS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en AA.VV., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1984; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», en *PPU,* Barcelona, 1992. Y por último consideran que este derecho tiene naturaleza variable según el título en virtud del cual se poseía antes del divorcio o separación: CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* [IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.)], tomo III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, págs. 273-439, y BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3435-3666; O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil,* 1986-1.

los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma [cfr. art. 154 CC *(LEG* 1889/27)], que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial.

En este sentido, dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse a la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7689)], quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca».

Gracias a las sentencias de unificación de doctrina de 14 y 18 de enero de 2010, parece que la postura del Tribunal Supremo, en cuanto a su naturaleza, se aclara y confirma. Estas sentencias corroboran e insisten en que el derecho de uso no se trata de un derecho real, sino de un derecho de naturaleza familiar.

En concreto el Fundamento tercero de la STS de 14 de enero de 2010 afirma: «El artículo 96.I del Código Civil establece que, "en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". El artículo 96 III del Código Civil añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular, "siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV del Código Civil en los siguientes términos: "Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

Y el Fundamento sexto de la STS de 18 de enero de 2010 afirma en términos muy parecidos:

«Naturaleza del derecho de uso.

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho

real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF (LCAT 1998, 422, 521) y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario».

Es decir, el Tribunal Supremo, al igual que la Dirección General, niega su carácter de derecho real y afirma su naturaleza familiar, aunque con cierto contenido patrimonial: supone una limitación a la facultad de disposición, que sí debe ser oponible *erga omnes*.

Si nos fijamos en esta última afirmación, el contenido esencial del derecho de uso de la vivienda familiar, desde un punto de vista patrimonial, es que este consiste en una limitación a la facultad de disposición, y nada más que eso. Limitación a la facultad de disposición del titular dominical de la finca que no lo es del derecho de uso, y que, por lo tanto, debe inscribirse para ser oponible, ya que implica la necesidad del consentimiento del cónyuge atributario del uso siempre que se quiera enajenar la finca por el titular dominical. Si ese consentimiento no se diera, el acto de disposición sería anulable.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia, como ya hemos dicho, son prácticamente unánimes en este sentido: han considerado que el derecho de uso de la vivienda familiar es sobre todo una limitación de las facultades de disposición del titular dominical de dicha vivienda. Esto es lo que claramente establece el artículo 96.4 del Código Civil: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Si la facultad de disposición del titular dominical está sometida a la obtención del consentimiento del no titular, usuario, o autorización judicial, no cabe duda de que está limitada. Como tal limitación dominical es lógico que aparezca recogida en el Registro porque haría ineficaz la transmisión realizada sin el consentimiento o autorización establecida. Esto es lo que Aguirre Fernández[4] ha denominado la perspectiva defensiva o negativa del derecho de uso, de la cual no hay duda.

La DGRN ha suscrito esta idea, y consecuencia de la misma, entiende que cuando la titularidad dominical de la finca sea exclusiva del cónyuge titular del uso, este uso no es necesario inscribirlo, porque obviamente obtiene ese consentimiento, y si la vivienda tuviera carácter ganancial, tampoco sería necesaria la inscripción del uso, porque si todavía no se ha liquidado dicha sociedad, seguirá siendo necesario el consentimiento de ambos cónyuges en todos los actos dispo-

[4] Aguirre Fernández, J., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley,* núm. 7378, abril de 2010, año XXXI, págs. 1-8.

sitivos, y si ya se ha disuelto pero no liquidado todavía, los bienes pertenecen a una especial comunidad donde no hay cuotas, y por tanto se sigue necesitando el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto dispositivo sobre los mismos. De esta forma, el derecho de uso no se inscribe porque la limitación que supone a la facultad de disposición sigue existiendo en cualquier caso, al exigirse ambos consentimientos.

Según esta tesis, solo se inscribirá el derecho de uso, o solo será necesaria su inscripción cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva de un cónyuge y el uso se atribuya al otro. Este es el caso previsto típicamente por el artículo 96.4 del Código Civil, donde el derecho de uso actúa limitando la disponibilidad de la vivienda, al exigir un consentimiento extra, que de otra forma no sería necesario, al ser la vivienda un bien privativo (RRDGRN de 10 de octubre de 2008, 6 de julio de 2007 y 19 de septiembre de 2007, afirman que no es necesaria la inscripción del derecho de uso cuando a favor de un cónyuge sea él mismo el titular dominical de la vivienda).

Sin embargo, y según AGUIRRE, el derecho de uso además de actuar como limitación, con un contenido meramente limitativo de la facultad de disposición del propietario, puede tener un contenido positivo, una serie de facultades, más cercanas al contenido de un derecho real, que deben tenerse en cuenta, pues deben ser también oponibles a terceros, aun cuando excedan de esa limitación.

Estas facultades propias y características del derecho de uso son la facultad de usar y ocupar como residencia la vivienda familiar. Coincidimos y consideramos acertadas estas ideas, y hasta el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado y ha admitido este doble contenido del derecho uso. Baste ver la RDGRN de 14 de mayo de 2009, que recoge la doctrina de la STS de 4 de abril de 1997, y señala que el derecho de uso es un derecho ocupacional y además una limitación de disponer: «…derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7680)]»; es decir, afirma el contenido tanto negativo como positivo del derecho de uso de la vivienda familiar.

Pero, la Dirección General, que reconoce este doble contenido, no va más allá, pues sigue manteniendo la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el tributario del uso sean la misma persona, pues allí no hay limitación a la facultad de disposición que valga[5]. Se olvida de la vertiente positiva del derecho de uso que, desde nuestro punto de vista, además de existir también debe ser oponible.

Por eso, y a diferencia del Alto Tribunal y del Centro Directivo, entendemos que este derecho implica, desde luego, una limitación de la libre disposición del titular dominical de la finca, pero también un derecho de goce o uso por parte de su titular y beneficiarios, un contenido positivo que debería tratarse de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro

[5] Véase, en este sentido, abogando por la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando su titular sea el mismo que el titular dominical, pues se extinguiría entonces por confusión, o bien reforzaría su posición: RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007; 14 de mayo de 2009; 18 de noviembre de 2009; 10 de octubre de 2010; 1 de marzo de 2011 y 19 de julio de 2011.

cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y para ello, inscribible en el Registro de la Propiedad.

¿Debe ser oponible el derecho de uso en sus dos vertientes o contenidos? Lo importante es confirmar su oponibilidad, o no, y el alcance de esta, independientemente de si esa oponibilidad es inherente a su naturaleza por ser derecho real o no. Eso es lo que vamos a analizar en las siguientes líneas y, ya adelantamos que, además, esa oponiblidad se alcanza con la inscripción de este derecho en más supuestos de los expresamente admitidos y recomendados por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Aunque es cierto que la oponibilidad *erga omnes* es propia de los derechos reales, y no existe en los personales por agotarse entre las partes que los pactan, no es menos cierto que existen derechos que son oponibles o adquieren oponibilidad frente a terceros, teniendo, entonces, eficacia real, aunque su propia naturaleza sea la de un derecho personal (arrendamiento, opción de compra, derecho de retorno arrendaticio…).

Con esto queremos señalar que, a efectos de la práctica, importa más si el derecho de uso de la vivienda familiar debe soportarse por un tercer adquirente, que si es un derecho personal o real. Entonces nos preguntamos: ¿Y debe soportarlo? ¿Es oponible el derecho de uso de la vivienda familiar?

No queda duda de que el contenido negativo del derecho de uso como limitación de disponer, es oponible, debe inscribirse y así lo admite tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pero, creemos que también su contenido positivo, como conjunto de facultades de uso ocupacional, debe ser oponible, tal y como sí ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque a veces sin ser consciente de estas afirmaciones, en varias ocasiones[6].

En concreto, existen diversos supuestos en los que creemos que el contenido positivo del derecho de uso debe ser oponible a terceros, y por tanto inscribible, tal y como sostiene AGUIRRE FERNÁNDEZ: *a)* En los supuestos de enajenación forzosa, consecuencia de una ejecución hipotecaria; *b)* En las adquisiciones por terceros en las subastas consecuentes de un proceso de disolución de comunidad (por *actio communi dividundo* en comunidad ordinaria, o por liquidación sociedad gananciales).

En estos supuestos, la jurisprudencia ha abogado por una mayor oponiblidad del derecho de uso, no derivada de su perspectiva negativa, pues aquí no actúa como mera limitación dispositiva, sino en su perspectiva o contenido positivo, con facultades suficientes para ser atendido *per se,* como facultades de uso especial que deben oponerse. Por eso ha considerado que, en estos casos, el derecho de uso será oponible al tercer adquirente del inmueble.

Compartimos este razonamiento. Creo que el derecho de uso, por su propio contenido y esencia, debe ser oponible en estos supuestos, pero también creo

[6] No así la DGRN, para quien esto es secundario y no aboga por la inscripción y oponibilidad del contenido positivo, sino solo del negativo, impidiendo, por tanto, la inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el del uso sean el mismo. Véase las resoluciones citadas en la nota anterior.

que esa oponibilidad debe provenir de su publicidad: sea por su inscripción en el Registro de la Propiedad (que es lo que aquí defendemos, para evitar situaciones controvertidas), o de la posesión que genera apariencia, como otros derechos reales, pues esta publicad posesoria lleva al conocimiento del derecho por un tercero, destruyendo su buena fe.

En este sentido, y siguiendo en este punto a LÓPEZ FRÍAS[7], pueden darse distintos supuestos en relación con el derecho de uso que, a nuestro entender, deben ser oponibles.

1. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA POR UN TERCERO COMO CONSECUENCIA DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Ejecutada la finca, vivienda familiar, como consecuencia del impago de la obligación garantizada con hipoteca, un tercero adquiere en subasta dicha finca. Se plantea el problema de sí, establecido un derecho de uso sobre dicha vivienda familiar, este derecho de uso es oponible o no al tercer adquirente; es decir, si debe respetarlo, o por el contrario puede ignorarlo y echar al usuario poniendo fin al mismo.

Analizamos el supuesto típico del 96.4 del Código Civil de que la titularidad de la vivienda es exclusiva del cónyuge no titular del derecho de uso.

En este supuesto, y siguiendo a la misma autora, hemos de distinguir las diferentes situaciones:

a) El derecho de uso es anterior a la constitución de la hipoteca. En estos casos, el titular dominical hipoteca, después de la separación o divorcio, su vivienda sobre la que ya existe un derecho de uso a favor del excónyuge. Aquí el excónyuge puede impugnar la constitución de la hipoteca al tratarse este hecho de un acto de disposición clarísimo, por tanto, si se hizo sin su consentimiento, puede solicitar la anulabilidad de dicha hipoteca. Si este derecho de uso está inscrito, no podrá nunca el acreedor hipotecario alegar su buena fe para que no le afecte la impugnación del acto, y si no lo estuviera, pero lo hubiera podido conocer por otros medios (a similitud de lo dispuesto en el art. 1320.2 CC) también le afectaría. Pero, para evitar esta situación, es mucho mejor el inscribirla para darle la publicidad necesaria. En este sentido la RDGRN de 31 de marzo de 2000 afirma que un separado, dueño exclusivo de la vivienda familiar, puede hipotecarla sin consentimiento del excónyuge, siempre que el derecho de uso no esté inscrito. La inscripción, por tanto, adquiere relevancia, no ya solo en cuanto a la oponibilidad, sino en cuanto al contenido negativo del derecho de uso, como mera limitación de la disposición.

Si no impugnara la hipoteca, puede ocurrir que llegue un momento en que se ejecute y la adquiera un tercero. En estos casos, habrá que distinguir si el derecho de uso está inscrito o no. Como la situación que describimos se trata del supuesto típico de inscripción según la DGRN, probablemente ya lo esté, y si lo está con anterioridad a la hipoteca ejecutada, afectará, entonces, como carga anterior y debiendo respetarlo,

[7] LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, págs. 111-136.

al tercer adquiriente a quien resultara oponible, sin que quepa alegar nunca protección registral.

Si, a pesar de ser el derecho de uso anterior a la constitución de la hipoteca, tiene inscripción retrasada a esta en el Registro, entendemos que la ejecución de la misma arrastrará y cancelará el asiento de este derecho de uso, como consecuencia del principio de prioridad registral y el artículo 674.2 LEC. Pero, ¿además de cancelarse el asiento, se hace inoponible el derecho y el adjudicatario puede echar a los ocupantes de la vivienda, o por el contrario sí se le puede oponer a pesar de ser cancelado su asiento? La SAP de las Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999, afirma que el derecho de uso en este caso sigue siendo oponible a terceros, y que el tercero adjudicatario no es tercero hipotecario (art. 32 LH), al faltarle la buena fe, pues el derecho de uso, aunque posterior, estaba inscrito en el registro antes de su propia adquisición, luego no puede ser inoponible al mismo, y debe respetarlo. Sin embargo esta solución es criticable, y como afirma LÓPEZ FRÍAS, dependerá la oponibilidad o no, no de la buena fe del propio adjudicatario sino del acreedor hipotecario ejecutante. Si este tuvo buena fe, y no conoció el derecho de uso, el adjudicatario adquirirá la vivienda como libre de cargas, en virtud de la inoponibilidad del artículo 32 LH, pero sí el acreedor la conoció, y se prueba, el tercero adjudicatario, solo podrá alegar la protección de la fe publica registral, si él mismo es de buena fe y desconoció la carga, y esto solo ocurre si no está inscrita, aunque sea con posterioridad a la hipoteca. Luego su inscripción vuelve a ser necesaria para su plena oponibilidad.

En cualquier caso, considero que, por la aplicación del principio de prioridad y purga de cargas consecuente a una ejecución hipotecaria, difícilmente se puede sostener la oponibilidad de este derecho una vez cancelado, pues iría en contra de la seguridad jurídica que otorga el Registro y las normas de ejecución en las que confía el tercer adquirente de la finca, ya que, al estar ese derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca, debe cancelarse y liberarse a la finca. Es cierto que conoce la carga cuando adquiere, pues así consta en el Registro, pero al ser posterior, también conoce el principio de purga de cargas posteriores y de prioridad registral que le favorecen dando lugar a la cancelación e inoponibilidad del derecho.

Si el uso no está ni siquiera inscrito en el Registro, entiendo que, lo no inscrito pudiendo hacerlo —art. 32 LH—, no debería resultar oponible al tercer adquirente, y esto sea un derecho de uso de la vivienda familiar, o sea un derecho de usufructo, o de propiedad anterior por una doble venta. El principio de fe pública registral, en su vertiente de inoponibilidad de lo no inscrito, en relación, de nuevo, con el principio de prioridad y los que rigen la ejecución, deberían hacer inoponible el mismo al tercer adquirente adjudicatario de la finca hipotecada. De ahí que su oponibilidad dependa estrechamente de su inscripción.

Sin embargo, LÓPEZ FRÍAS entiende que la oponibilidad de este derecho dependerá de la adquisición de buena o mala fe del acreedor hipotecario: si es de buena fe, el tercero adquiere libre de cargas la finca, pues como ya hemos dicho su adquisición depende de la hipoteca que le dio lugar, pero si el acreedor tiene mala fe y conoce la existencia del derecho de uso al tiempo de constituir la hipoteca —y siempre que esta no se hubiera impugnado por el excónyuge atributario del uso—, deberá el

tercer adquirente de la finca demostrar su buena o mala fe para que se aplique la publicidad registral, siendo solo entonces inoponible para el mismo tal derecho. Si fuera de mala fe, sostiene esta autora, el derecho de uso sí le sería oponible a pesar de no estar inscrito.

Creo que ese derecho de uso no tiene o no puede tener mayor oponibilidad que cualquier derecho real, y si cualquiera de ellos, cuya oponibilidad no solo no es discutida, sino que es rasgo identificador de aquellos, es siempre oponible *erga omnes*, salvo frente a un titular registral cuando el derecho real no se ha inscrito, con mayor motivo ha de predicarse esta misma solución con respecto al derecho de uso, de naturaleza real discutida.

Hacerlo oponible sin estar inscrito frente a otro titular inscrito, desde mi punto de vista, es dotarle de una oponibilidad mucho mayor, alterando los principios hipotecarios y de la ejecución. Y, aunque existan sentencias que lo hacen, creo que, o están equivocadas, o bien, realmente el derecho de uso es un derecho de una naturaleza y eficacia absolutamente peculiar y distinta de cualquier otro, lo que, entiendo, debería dejar claro el legislador, y no lo ha hecho.

b) Cuando el derecho de uso se constituye después del derecho de hipoteca, implica que se hipotecó la vivienda constante matrimonio, y después se produjo la separación o divorcio con la atribución del uso a un cónyuge distinto del titular. Posteriormente se produce la ejecución de la hipoteca, y un tercero adquiere la finca hipotecada. ¿Le es oponible el derecho de uso? En este caso, tanto si el derecho de uso no está inscrito, como si lo estuviera con posterioridad a la hipoteca, consideramos que la ejecución de la hipoteca produciría el efecto de la purga de cargas, cancelándose, desde luego, el asiento registral que lo recogería, pero haciéndolo también plenamente inoponible al tercer adjudicatario. Y esto es así, siguiendo la tesis de López Frías, porque el derecho del adjudicatario deriva de la hipoteca anterior, del derecho tal y como se constituyó, y en ese momento no existía ningún derecho de uso que pudiera mermar o disminuir tal garantía. El valor de la garantía no puede verse minorado por un derecho de ocupación que no existía al tiempo de constituirse esa hipoteca. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma en alguna sentencia que prevalece el derecho de hipoteca por aplicación estricta de las reglas de ejecución. Se rechaza, por tanto, desde el Tribunal Supremo, y también desde nuestra parte, lo que afirmaba la SAP de Madrid de 29 de mayo de 2010, alegando que subsistía en este caso el derecho de uso, que se hace oponible por su inscripción al tercer adquirente adjudicatario, pues lo conoce, ya, en el momento de su adquisición. Esta tesis desconoce los principios de prioridad registral, de la ejecución hipotecaria, y el origen del derecho del adjudicatario que deriva del derecho de hipoteca inicial y del acreedor. Si en el caso anterior hemos defendido la inoponibilidad del derecho no inscrito o inscrito con posterioridad aunque de constitución anterior, más aún lo haremos en este caso y con los mismos argumentos que aquí no tienen fisura.

La postura aquí defendida y corroborada por el Tribunal Supremo nos parece lógica y razonable, el derecho de uso es posterior a la hipoteca y por lo tanto por prioridad registral e inoponibildiad —que recordemos que están estrechamente unidos—, no puede ser oponible.

Nos alejamos, de este modo, de una oponibilidad absoluta de este peculiar derecho como a veces se ha pretendido, ajustándolo por supuesto a la

misma oponiblidad de todos los derechos con eficacia real, dependiendo asimismo del juego de los principios hipotecarios de prioridad y fe pública. Considerar lo contrario, como se ha hecho en alguna sentencia, es admitir la posibilidad de una carga oculta para el tercer adquirente que se fía del Registro, a modo de una hipoteca legal tácita; hacer esto sería dotar al derecho de uso de una «super oponibilidad», que solo puede establecer si así lo quisiera el legislador. No entiendo, por tanto, posible su oponibilidad en estos casos.

Creemos, en definitiva, que es un derecho oponible, que esa oponiblidad es mucho más efectiva si se inscribe en el Registro, pero que, obviamente, está sometida a las reglas registrales, y que si no estuviera inscrito, también se sometería a los principios registrales y civiles de la fe pública (inoponibilidad de lo no inscrito) y buena fe.

2. Adquisición por un tercero como consecuencia de la división de la cosa común

Nos planteamos, ahora, el supuesto en el que la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, de carácter privativo (la compraron de solteros, o bien en régimen de separación de bienes), o cuando la vivienda familiar tuviera carácter ganancial, y tras la ruptura, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, originándose entonces una comunidad ordinaria entre ambos cónyuges.

En estos casos, y tras el divorcio, se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los excónyuges, y el otro solicita la división de la vivienda familiar, que muchas veces se traduce en la subasta y venta de la misma a un tercero que la adquiere. ¿Debe ese tercer adquirente soportar el derecho de uso de uno de los copropietarios? ¿Es oponible ese derecho de uso?

Como sabemos, en comunidad ordinaria ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en indivisión, teniendo en su mano la facultad irrenunciable, imprescriptible y personalísima de solicitar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*, art. 400 CC).

Por eso, entendemos que cualquiera de ellos puede hacerlo, sin necesidad del consentimiento del otro, a pesar de la dicción del artículo 96.4 del Código Civil, y por el hecho de que la división en sí misma no es considerada un acto dispositivo sobre la vivienda, sino un mero acto declarativo o especificativo de los derechos de los copropietarios, por el que la cuota se materializa en una parte real (aunque como hemos dicho, muchas veces acaba con la venta de la misma). No podría impugnarse, por tanto, dicho acto de división por el cónyuge atributario del uso, aunque no prestara su asentimiento[8].

En ese caso, y cuando la vivienda deba venderse en subasta ante la imposibilidad de división real de la cosa, nos planteamos si ese adquirente debe respetar o no el derecho de uso atribuido a uno de los excopropietarios.

---

[8] En contra de esta opinión se encuentra Moralejo Imbernón, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *ob. cit.,* págs. 117-119, afirmando que los cónyuges deben pedir, de común acuerdo, la división de la vivienda común, siendo por tanto de aplicación el artículo 96.4 del Código Civil, también en este supuesto de vivienda común y no exclusiva, basándose en que el derecho a pedir la división debe subordinarse al interés superior de la protección a la familia. Sin embargo, entendemos que si el derecho de uso es oponible al tercer adquirente, este interés y la protección familiar se salvaguardan.

La jurisprudencia ha sido bastante unánime a este respecto, y considera por regla general que el derecho de uso es, en este caso, oponible al adquirente y que debe respetarlo hasta su extinción[9]. En este sentido, la SSTS de 14 y 18 de enero de 2010 afirman que «el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único o en subasta consiguiente a la acción de división», y en la STS de 27 de febrero de 2012 además de confirmar que puede llevarse a cabo la acción de división por un copropietario, añade que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido al otro cónyuge, pues su interés se ha considerado más digno de protección.

Reproducimos el Fundamento séptimo de la STS de 18 de enero de 2010, por su claridad e importancia:

«La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar.

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1.ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero, una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división [ver SSTS de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999/9493), 4 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000/9323), 28 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/3040) y 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/2342), entre otras]. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

De estas sentencias y muchas otras parece deducirse con total claridad la oponibilidad del derecho de uso, y nada dicen acerca de la necesidad, siquiera, de inscripción del mismo en el Registro, aunque en varias de ellas sí se habla del conocimiento por el tercer adquirente. Podemos, entonces, considerar que a todas luces este derecho es oponible, es más, volvemos a una super oponibilidad, porque sin estar inscrito, parece afirmarse tal cualidad.

Nosotros entendemos que debería exigirse la inscripción de este derecho para dotarle de oponibilidad, tal y como ocurre con el resto de derechos reales, y evitar las dudas o conflictos que muchas veces han surgido. Entendemos que sería mucho mejor inscribir también en estos casos el derecho de uso atribuido a uno de los copropietarios, haciendo de esta forma indubitada su oponibilidad, y no contraviniendo el principio de inoponibilidad registral (art. 32 LH y 606 CC).

Es decir, creemos que aunque este es uno de los supuestos donde la DGRN tradicionalmente evita o desaconseja la inscripción del derecho de uso, por ser cotitular dominical el propio cónyuge atributario, debería admitirlo, aconsejarlo

[9] Véanse SSTS de 22 de diciembre de 1992; 14 de julio de 1994; 16 de diciembre de 1995; 3 de mayo de 1999; 28 de marzo de 2003; 26 de junio de 2007; 3 de diciembre de 2008; 14 y 18 de enero de 2010; 1 de abril de 2011 y 27 de febrero de 2012.

y exigirlo, pues es la forma de admitir la oponibilidad que al mismo le atribuye el Tribunal Supremo, sin que nos parezca desmesurada y contradictoria con nuestro ordenamiento y principios registrales.

En definitiva, el derecho de uso es oponible, pero la oponibilidad absoluta más allá de la de cualquier derecho real, aun pasando por encima de terceros adquirentes de buena fe —como afirma alguna desafortunada sentencia—, creo que no es razonable sostenerla. Pero, sin embargo, sí que comparto y creo que la inscripción en el Registro de ese derecho de uso le dota de la publicidad y oponibilidad necesaria que soluciona muchos de los conflictos planteados en la realidad, evitando la discusión de si debe ser oponible o no; siempre que esté inscrito, y se respeten los principios registrales, entiendo que sí.

Por todo ello, creemos que es buena la inscripción en el registro para conseguir o mejorar la oponibilidad o para ajustarla a derecho —tal y como se acaba de exponer— y esto, porque tal y como hemos ido adelantando, el derecho de uso no es solo una mera limitación de la facultad de disposición en el supuesto típico del artículo 96.4 sino, que también tiene un contenido de carácter positivo (uso ocupacional) que debe ser oponible en otros muchos casos.

III. SUPUESTOS DE INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Supuestos de inscripción

Según lo que se acaba de exponer, el derecho de uso debe ser oponible a terceros también en su vertiente positiva, y para ello es aconsejable su inscripción. De este modo, y de forma similar a cómo hace Aguirre Fernández[10], podemos destacar los siguientes y distintos supuestos en los que parece recomendable la inscripción del derecho de uso para conseguir o mejorar su oponibilidad:

a) Supuesto típico previsto por el artículo 96.4 del Código Civil: Titularidad dominical exclusiva de un cónyuge con uso atribuido al otro: En este caso, el derecho de uso a la vivienda tiene desde luego un contenido negativo pero también un contenido positivo. Es cuando no se duda de su inscripción y de la importancia de esta para su plena oponibilidad. La inscripción en estos casos no se duda, se permite y facilita, y ya hemos dicho cómo es mejor inscribir para conseguir la oponibilidad que no hacerlo; eso sí con oponibilidad sujeta, igual que cualquier otro derecho de eficacia real, a los principios y reglas registrales y de la ejecución.

b) Cotitularidad ordinaria privativa de la vivienda, es decir, copropiedad de la vivienda para ambos cónyuges, o bien titularidad ganancial de la vivienda: La tesis tradicional mantiene que no es necesaria la inscripción del derecho de uso considerado únicamente desde una perspectiva negativa, pues simplemente por estar en comunidad, se necesitará el consentimiento de ambos copropietarios para realizar cualquier acto de disposición (copropiedad, sociedad de gananciales o comunidad postganancial); pero de nuevo, sí es conveniente la inscripción del derecho de uso como derecho de contenido positivo oponible al tercer adquirente

[10] Aguirre Fernández, B., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *ob. cit.*, págs. 1-8.

de la vivienda tras la enajenación en subasta subsiguiente a la división de la cosa común; así no quedaría duda de su oponibilidad.
De igual forma, si uno de los cónyuges pretendiera la enajenación de su cuota, como esta puede llevarse a cabo sin consentimiento de la otra parte, según normas generales de la comunidad de bienes, es conveniente que el adquirente de la cuota conozca el derecho de uso que grava o recae también sobre la misma, y para ello, nada mejor que la inscripción en el Registro.

c) Titularidad privativa y exclusiva de la vivienda del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso. No sería necesaria la inscripción del derecho de uso desde su perspectiva negativa, al coincidir la titularidad dominical y la del derecho de uso, pero sí puede ser interesante, una vez más, para destacar su contenido positivo, con respecto a su oponibilidad a un tercer adquirente, por ejemplo, en una subasta por apremio o embargo por deudas del titular. Como este derecho de uso, de origen no patrimonial, queda fuera de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y tiene una finalidad diferente y superior que es la protección de la familia, puede tener como consecuencia su exclusión de la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil, sin que el derecho de uso se vea afectado por esta circunstancia. Se garantiza, así, el derecho de uso de la residencia de la familia, y para ello, si se ha constituido e inscrito con anterioridad a este embargo, el adquirente queda afectado por el uso seguro.

d) Si la vivienda es propiedad de un tercero: Puede ocurrir que se tenga la posesión del mismo en virtud de un contrato de arrendamiento, en estos casos, ya resueltos por el artículo 15 LAU, también sería interesante su inscripción para facilitar lo dispuesto en el precepto legal. Si por el contrario la vivienda pertenece a un familiar, normalmente padres del excónyuge que no tiene atribuido el uso, se considera que el titular del uso tiene la posesión en precario[11]. En este caso, entendemos que no será ni necesaria, ni posible, la inscripción del derecho de uso, ni desde la vertiente negativa, como limitación a la facultad de disposición del artículo 96.4 del Código Civil, protegiendo la familia, ni para hacerlo oponible a un tercer adquirente, pues no puede inscribirse por falta de tracto (¿quién concede el derecho, unos terceros cuando es la sentencia la que lo constituye?)[12]. Además, la jurisprudencia[13], acertadamente, ha

---

[11] Ver numerosas sentencias que consideran posible la constitución del derecho de uso en este supuesto, y que son precaristas: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda como vivienda familiar, por resolución judicial» (SSTS de 29 de octubre, 30 de octubre, 13 de noviembre y 14 de noviembre de 2008, 14 de enero de 2010, 18 de enero de 2010 y 30 de abril de 2011).

[12] Sobre este tema, véase el completo estudio de Cuadrado Pérez, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3149-3193.

[13] Se ha afirmado en numerosas ocasiones que la sentencia por la que se le atribuiría el uso a la vivienda familiar, en su caso, no es un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial (SSTS de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010).

dicho que en este caso el derecho de uso no es oponible nunca a terceros, porque no puede generarse más derecho que el que ordinariamente se tenía sin que la sentencia, que atribuye el derecho de uso, sea título suficiente para generar un derecho oponible a esos terceros (titulares dominicales) que no han sido parte en el proceso de separación o divorcio.

e) Inscripción constante matrimonio. Creemos que, incluso, cuando el matrimonio no se ha roto, y por tanto no ha «surgido» el derecho de uso de la vivienda familiar como derecho independiente, es conveniente inscribir este uso porque así se confirma la consideración de una vivienda como familiar, y por tanto, se facilita lo dispuesto en el artículo 1320.2 del Código Civil en relación con el artículo 91.1 RH[14] y el supuesto del artículo 144 RH. Es decir, si el uso está inscrito sobre una vivienda, no hay duda de que esa es la vivienda familiar, y sería más difícil que uno de los cónyuges dispusiera de la misma sin el consentimiento del otro. De este modo se facilita o evita el que el cónyuge disponente hubiera hecho una manifestación errónea del carácter de la vivienda familiar. Si el uso, y por lo tanto el carácter familiar de la vivienda, está inscrito, no podría alegarse la buena fe del adquirente, y la mala manifestación del disponente.

Muy parecido ocurre con lo dispuesto en el artículo 144.5 RH, relativo al embargo de la vivienda familiar. Cuando la vivienda familiar embargada pertenezca en exclusiva a alguno de los cónyuges, y del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien embargado, el Registrador suspenderá la práctica del asiento hasta que no se le acredite que no se trata de la vivienda familiar o que se ha producido la notificación del embargo al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH (RRDGRN de 13 de junio de 1998, 25 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2000). De este modo, si ya consta inscrito el uso y el carácter familiar de la vivienda, no sería necesario esperar a la acreditación de tal extremo.

Por tanto, en todos estos supuestos, donde realmente hay derecho de uso de la vivienda (en sentido positivo y negativo), creemos conveniente y necesaria su inscripción. Necesaria para su oponibilidad, y conveniente para no quebrantar nuestros principios registrales, limitando, en consecuencia, dicha oponibilidad a los principios de prioridad y fe pública.

Y la DGRN ha impedido su inscripción por falta de tracto (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007).

[14] Artículo 91.1 RH: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario, para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges, que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Artículo 1320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

2. Requisitos de la inscripción

Vamos a analizar ahora cómo debe inscribirse este derecho de uso en el Registro de la Propiedad, limitándonos a ampliar lo ya dicho en otro trabajo de esta Revista[15]:

— Título para inscribir: El documento público necesario para su inscripción será la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, o en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 del Código Civil.
La DGRN ha afirmado también que el testimonio judicial por el que se acredita el convenio y que este ha sido aprobado por sentencia que acuerda la separación (RDGRN de 19 de julio de 2011) también es título bastante para inscribir el derecho de uso.

— Asiento registral: La forma de inscribir este derecho puede ser, en primer lugar y tal y como afirma Montero Aroca[16], a través de una anotación preventiva que recoja la medida previa o preventiva, adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil[17] —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Aunque no sabemos si este asiento sería el más adecuado para la inscripción.
Una vez consolidado este derecho y atribuido por sentencia judicial, desde luego, puede llegar al Registro a través de una nota marginal, que recoja las limitaciones que afectan a la facultad de disposición del titular (art. 96.2 RH)[18].
Pero, sin embargo, y como argumento a favor de que el derecho de uso es más que una mera limitación dispositiva, este derecho ya constituido por la sentencia judicial de aprobación del convenio puede llegar al Registro a través de un asiento de inscripción, como de hecho ocurre. Por lo tanto, es algo más que una limitación de la facultad de disposición, tiene un contenido positivo propio que lo hace acreedor de su asiento de inscripción.

— Tracto sucesivo: Igualmente, la inscripción de este derecho implica el cumplimiento del principio de tracto sucesivo, lo que impide, como ya hemos dicho antes, la inscripción del mismo cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se constituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007). Esto impide claramente la inscripción del derecho de uso cuando los cónyuges poseyeran como meros precaristas la vivienda familiar, o incluso como comodatarios, al resolverse este derecho personal con el vínculo conyugal y continuar en la misma a título de precario. Este derecho al uso, sin título alguno, dependiente

---

[15] Véase Goñi Rodríguez de Almeida, M., «La especial naturaleza del derecho de uso: Su inscripción en el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*

[16] Véase Montero Aroca, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-261.

[17] Artículo 103.2 del Código Civil: «Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos, las medidas siguientes:
2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar…».

[18] Artículo 96.2 RH: «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal».

de la voluntad de los propietarios de la vivienda, no puede constituirse por la sentencia judicial, sin más, que no sirve en este caso de título para constituir un derecho distinto de aquel del que procedía, sin que los verdaderos titulares registrales constituyan el derecho, y por tanto, con una falta evidente de tracto sucesivo.

— Especialidad registral: A pesar de que no es un verdadero derecho real, por lo que «respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen a la inscripción de los derechos reales» (RDGRN de 5 de junio de 2008), su posibilidad de inscripción, lo somete también, al principio de especialidad registral, y por eso, entendemos que debe definirse con claridad:

a) La naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.ª y 6.ª RH, aunque esta precisión basta con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008 y 20 de febrero de 2004.

b) Aunque no es necesario señalar el plazo exacto de duración de este derecho, por no ser propiamente un derecho real, siempre tiene un plazo máximo: el de la vida del cónyuge a quien se atribuye o de los menores de edad (RDGRN de 20 de febrero de 2004), por lo que siempre cumplirá este requisito formal. Recordemos que no puede limitarse por pacto su duración determinada, al ser un derecho en protección familiar, pues esa duración determinada iría en perjuicio de los menores que podrían perder el derecho de uso. La DGRN ha señalado que la peculiar naturaleza familiar de este derecho exige que tenga una duración determinada aunque variable (RRDGRN de 18 de noviembre de 2009, 14 de mayo de 2009 y 19 de julio de 2011).

c) La tesis tradicional, tanto del TS como de la DGRN, es que se trata de un derecho cuyo titular es el cónyuge a cuyo cargo permanecen los hijos, bastando por tanto que se inscriban a nombre de este, sin que sea necesario especificar el nombre de los hijos que son meros beneficiarios. En este sentido, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, dice que «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios pero no titulares del derecho» (igualmente RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008, 27 de agosto de 2008, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009, 1 de marzo de 2011 y 19 de julio de 2011).

Esta resolución disocia claramente entre el interés protegido por el derecho —el interés familiar y facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge que tiene su custodia—, y la titularidad del mismo que se otorga únicamente al cónyuge bajo cuya custodia quedan, ya que basta con solo su consentimiento para remover la limitación a la disposición de la vivienda. Por lo tanto, entiende esta resolución que no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, «que son beneficiarios pero no titulares», y afirma que basta que el cónyuge beneficiario del uso dé su consentimiento, para que pueda disponerse, enajenarse, la vivienda por el otro cónyuge titular de la misma.

Sin embargo, parece que se inicia un cambio a este respecto por la DGRN. La reciente RDGRN de 19 de mayo de 2012 introduce

una nueva posibilidad, sin excluir la anterior, que es la posibilidad de inscribir el derecho de uso a nombre de los hijos. Es posible, si así se ha establecido por los cónyuges en el convenio regulador, que los titulares del derecho de uso sean los hijos menores, y no el otro cónyuge. Si el juez así lo ratifica en su sentencia de aprobación del convenio, considera la DGRN que estos son los titulares del derecho, y a su nombre concreto y específico corresponde entonces inscribirlo. De hecho el propio artículo 96 del Código Civil otorga el uso a «los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», previendo esa posibilidad, y el artículo 90 del Código Civil recoge un contenido mínimo del convenio regulador, siendo posible, por tanto, si no se perjudica a los menores establecer más acuerdos por los cónyuges, que pueden ser aprobados por el juez. Nada obsta, entonces a ese pacto por el que se atribuya el derecho de uso a los hijos, y que en consecuencia se pueda inscribir. Entonces, habrá que hacer constar en el Registro las circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, dando cumplimiento de este modo a lo prescrito por los artículos 9.4 LH y 51.9 RH, pues su especial naturaleza de derecho familiar no le excluye del principio de determinación registral.

No nos parece desacertada esta resolución, pues, en efecto, la especial naturaleza y finalidad de este derecho (la protección de la familia y el interés más necesitado de protección) hace posible que se atribuya el derecho de uso a los hijos directamente, y por tanto se pueda inscribir. Se puede evitar, así, algún pacto entre los progenitores por el que se tratara de dejar, a los realmente protegidos por la norma, sin vivienda familiar; aunque, en contra, hay que señalar las enormes dificultades que esto puede suponer en orden a la capacidad para disponer la vivienda por los hijos menores.

IV. CONCLUSIONES

El derecho de uso de la vivienda familiar tiene una especial naturaleza y características a medio camino entre los derechos patrimoniales y familiares. De este modo, no puede olvidarse que dos son las ideas motrices de este derecho: la necesidad de protección de los hijos menores o al cónyuge más desprotegido en su caso, y la utilización de una vivienda concreta —la familiar—.

Pero, además, el contenido del derecho de uso tiene una doble vertiente: *a)* negativo: como mera limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular de la vivienda; *b)* positivo: integrado por las facultades de uso, y ocupación similares a las de un derecho real.

Este doble contenido, hace que deba ser oponible, no solo como limitación de disponer, sino también como derecho con contenido patrimonial positivo que puede y debe afectar a terceros adquirentes.

En concreto, esta oponibilidad del contenido positivo se comprueba en dos situaciones: adquisición por terceros de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso como consecuencia de una ejecución hipotecaria, y como consecuencia de la división de la cosa común.

En ambos casos el tercer adquirente debe respetar el derecho de uso ya establecido con anterioridad, respetando siempre los principios hipotecarios de prioridad y fe pública, así como los de la ejecución.

El derecho de uso es por tanto oponible, pero esa oponibilidad está limitada o sometida a los principios de nuestro ordenamiento. No abogamos por una super oponibilidad del derecho de uso en cualquier situación, a modo de una carga oculta, o similar a una hipoteca legal tácita, salvo que así lo dispusiera el legislador en aras al interés protegido.

Para favorecer y ordenar su oponibilidad creemos que es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad; de este modo se promueve su oponibilidad frente a terceros dentro de un orden registral. Eso sí, abogamos por ampliar los supuestos de inscripción de este derecho para conseguir esa finalidad.

La inscripción de este derecho debe hacerse a través de un asiento de inscripción, lo que corrobora su contenido positivo, en virtud de sentencia judicial de separación o divorcio, y respetando el principio de especialidad y tracto sucesivo, y a favor del cónyuge titular, aunque últimamente parece permitirse que se inscriba a nombre de los hijos, en aras de su carácter especial de derecho familiar.

En definitiva, es un derecho muy especial con rasgos propios que lo sitúan al margen de cualquier clasificación ordinaria de los derechos, pero que puede someterse a los principios registrales, en orden a limitar y ordenar su oponibilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE FERNÁNDEZ, J.: «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley,* núm. 7378, abril de 2010, año XXXI, págs. 1-8.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3435-3666.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44.

CUADRADO PÉREZ, C.: «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3149-3193.

CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* [IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.)], tomo III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012.

ESPIAU ESPIAU, S.: «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», en *PPU,* Barcelona, 1992.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil,* IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LÓPEZ FRÍAS, A.: «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, págs. 111-136.

MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-261.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, 2001, págs. 91-119.

O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1.

RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROCA TRÍAS, E.: «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en AA.VV.: *Comentario a las reformas del Derecho de Familia,* vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

SSTS

- 22 de diciembre de 1992.
- 14 de julio de 1994.
- 31 de diciembre de 1994.
- 16 de diciembre de 1995.
- 4 de abril de 1997.
- 3 de mayo de 1999.
- 27 de diciembre de 1999.
- 4 de diciembre de 2000.
- 28 de marzo de 2003.
- 8 de mayo de 2006.
- 26 de junio de 2007.
- 30 de octubre de 2008.
- 13 de noviembre de 2008.
- 14 de noviembre de 2008.
- 3 de diciembre de 2008.
- 14 de enero de 2010.
- 18 de enero de 2010.
- 1 de abril de 2011.
- 30 de abril de 2011.
- 27 de febrero de 2012.

RRDGRN

- 13 de junio de 1998.
- 25 de octubre de 1999.
- 25 de febrero de 2000.
- 29 de febrero de 2000.
- 9 de marzo de 2000.
- 17 de diciembre de 2002.
- 18 de diciembre de 2003.
- 20 de febrero de 2004.
- 3 de junio de 2006.
- 6 de julio de 2007.
- 19 de septiembre de 2007.
- 5 de junio de 2008.
- 27 de agosto de 2008.
- 10 de octubre de 2008.
- 14 de mayo de 2009.
- 18 de noviembre de 2009.
- 10 de octubre de 2010.
- 1 de marzo de 2011.
- 19 de julio de 2011.
- 19 de mayo de 2012.
- 31 de marzo de 2000.

SAP

- Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999.
- Madrid, de 29 de mayo de 2010.

RESUMEN

DERECHO DE USO DE LA VIVENDA FAMILIAR OPONIBILIDAD E INSCRIPCIÓN

El derecho de uso de la vivienda familiar por su peculiar naturaleza y contenido en el que confluyen elementos patrimoniales y también del Derecho de Familia produce unos efectos especiales. Entre ellos, consideramos que es un derecho que debe ser oponible erga omnes, *y por tanto conocido por todos, pues debe afectarle sobre todo a terceros adquirentes de la vivienda a la que se atribuye tal uso. Por ello, analizamos en el presente trabajo cuándo y en qué ocasiones el derecho de uso de la vivienda familiar es o debe ser oponible, y por lo tanto, cuándo debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para facilitar dicha oponibilidad, ampliando los, hasta ahora, tradicionales supuestos de inscripción del derecho de uso y los requisitos de la misma.*

ABSTRACT

RIGHT TO USE THE FAMILY HOME ENFORCEABILITY AND REGISTRATION

The right to use the family home is an unusual one; it contains elements of property law and family law, which combine to give it special effects. One such effect is that it is a right that must be enforceable erga omnes *and therefore known to all. Above all it will affect any third party who purchases or otherwise acquires the home at issue. When and on what occasions is the right to use the family home enforceable, and when ought it to be enforceable? When, therefore, should the right be registered to facilitate enforceability? The hitherto traditional assumptions regarding registration of the right of use and the requirements involved should be expanded upon.*

1.4. Sucesiones

AUTORES DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS NO APLICADAS Y SUCESIÓN MORTIS CAUSA: *INDISPONIBILIDAD* INTER VIVOS *DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN*

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora (TU acreditada)
Vicesecretaria docente del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. LA OBRA PLÁSTICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CREADOR EN LOS SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DE LA CREACIÓN POR EL TITULAR: SU INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* Y LOS DERECHOS DE SUS CAUSAHABIENTES: 1. El derecho de participación, seguimiento o *Droit de suite,* su intransmisibilidad *inter vivos* y su imputación legal a sus causahabientes, según determine cada Estado: Notas preliminares sobre la Ley 3/2008 y la derogación del artículo 24 del TRLPI. 2. El derecho de participación y el mercado secundario de las obras de arte: La doctrina y la vinculación de este derecho de seguimiento con los derechos de contenido patrimonial. 3. Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. 4. La Propiedad Intelectual como propiedad especial dotada del derecho de uso y disfrute: particularidades en el derecho de participación (SAP de Madrid, de 13 de marzo de 1998). 5. Los derechos de contenido patrimonial o de explotación y los derechos extrapatrimoniales o morales: la exclusión de los derechos morales y del derecho de participación de la masa hereditaria.—II. PABLO SERRANO Y SU OBRA ESCULTÓRICA: LA INFRUCTUOSA DEFENSA DEL DERECHO MORAL DE SU OBRA «VIAJE A LA LUNA EN EL FONDO DEL MAR: 1. Antecedentes de hecho: obra escultórica de grandes dimensiones encargada para su exposición pública que se destruye irremisiblemente por el desmontaje no autorizado por el autor. 2. El derecho moral a la integridad de la obra y la legitimación *mortis causa* de sus herederos o persona designada por el autor en disposición de última voluntad: la STS de 9 de diciembre de 1985, siendo ponente Beltrán de Heredia y Castaño. 3. Legitimación procesal para el ejercicio de los derechos morales de los herederos del escultor: la denegación del amparo a la viuda del escultor por la STC 35/1987, de 18 de marzo de 1987, en una restrictiva intelección de la retroactividad y fuerza expansiva de la Constitución.—III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS JUDICIALES: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS: 1. STJUE, de 15 de abril de 2010 y el sujeto titular del derecho de participación de la obra de Dalí: el artículo 6 de la Directiva no impide que el Derecho de un Estado miembro admita como beneficiarios del mencionado derecho únicamente a los herederos forzosos. 2. Reproducción de la obra escultórica por entidad pública, sin autorización para ello: la SAP de Madrid, de 22 de enero de 2010, y la infracción del derecho de reproducción del autor de una escultura por la entrega de réplicas como premio al mejor pasador de la liga de baloncesto. 3. SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000: El artículo 348 del Código Civil hace referencia, en todo caso, al derecho a gozar y disponer de una cosa, que el

PROPIETARIO DEL SOPORTE DE LA CREACIÓN INTELECTUAL TIENE SOBRE EL MISMO, DENTRO DE LOS LÍMITES Y DE LAS LIMITACIONES FIJADAS POR LA LEY. 4. SAP DE ALICANTE, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006: LA DENOMINADA «REVENTA» PREVISTA EN EL ARTÍCULO 24 TRLPI, SE REFIERE A CUALQUIER TRANSMISIÓN A TÍTULO ONEROSO REALIZADA DESPUÉS DE LA PRIMERA CESIÓN (A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO) REALIZADA POR EL AUTOR, SIEMPRE QUE LA ENAJENACIÓN SEA EN PÚBLICA SUBASTA O EN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O CON LA INTERVENCIÓN DE UN COMERCIANTE O AGENTE MERCANTIL. 5. SAP DE MADRID, DE 12 DE FEBRERO DE 2008: EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA REVENTA. 6. SAP DE MADRID, DE 19 DE ABRIL DE 2005: EL SUPUESTO DE LA PLURALIDAD DE TITULARES Y LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN.—IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA OBRA PLÁSTICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CREADOR EN LOS SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DE LA CREACIÓN POR EL TITULAR: SU INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* Y LOS DERECHOS DE SUS CAUSAHABIENTES

1. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN, SEGUIMIENTO O *DROIT DE SUITE*, SU INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* Y SU IMPUTACIÓN LEGAL A SUS CAUSAHABIENTES, SEGÚN DETERMINE CADA ESTADO: NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA LEY 3/2008 Y LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL TRLPI

El artículo 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, determina el contenido de este derecho de participación, de seguimiento o *Droit de suite*, como es generalmente denominado.

En particular, reconoce a los autores de obras de artes gráficas o plásticas, el derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa realizada tras la primera cesión materializada por el creador. Este derecho corresponde el autor y, al resultar intransmisible *inter vivos*, será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original.

En definitiva, y como declara el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se trata de un derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra del que resulta titular el autor o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que cada legislación nacional confiera este derecho.

En el caso del ordenamiento jurídico español, la finalidad de la reforma abordada en el año 2008, no era otra que la necesaria adaptación de la regulación del derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, a lo dispuesto por la Directiva 2001/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001.

En su virtud, se promulga la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, que deroga el artículo 24[1], y la Disposición Adicional segunda del Texto Refundido de la Ley

[1] Decía este artículo 24 integrado en la Sección 3.ª *Otros derechos*. Artículo 24. *Derecho de participación*. 1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del

de Propiedad Intelectual 1/1996[2], al tratarse de contenidos en materia de derecho de participación de los autores de obras de arte plásticas.

El dictado legal del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas[3], establecido en su artículo 14 ter [*Droit de suite sobre las obras de arte y los manuscritos: 1. Derecho a obtener una participación en las reventas; 2. Legislación aplicable; 3. Procedimiento*[4]], declara:

1. En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.
2. La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

---

vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas. 2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquella cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario. 3. El derecho establecido en el apartado 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor. 4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con este del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación. 5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que reglamentariamente se establezca y regule [vid. su comentario, GUTIÉRREZ VICÉN, *Comentarios a la LPI,* RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), Pamplona, 2007, págs. 190 y sigs.].

[2] La DA 2.ª concretaba la revisión del porcentaje y cuantía del artículo 24.2. La revisión del porcentaje y de la cuantía a que se refiere el artículo 24.2 de esta Ley, se realizará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En su comentario, CASAS VALLÉS ya ponía de manifiesto la necesaria transposición de la Directiva [vid., *Comentarios a la LPI,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., págs. 2200 a 2201].

[3] Acta de París del 24 julio de 1971, enmendado el 28 de septiembre de 1979. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlin el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

[4] Como es sabido, esta intitulación no forma parte del texto, si bien se incluye a efectos meramente ilustrativos.

3. Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir.

En síntesis, retornamos a los dominios de categorización de las creaciones científicas, artísticas o literarias como propiedades especiales, en tanto en cuanto recaen sobre bienes calificados de inmateriales y duración determinada. Categoría esta de Derecho especial, excepcionada en lo que al reconocimiento de la autoría de la obra o su integridad se refiere[5]. Pretendemos con ello destacar las nociones de titularidad, dominio, propiedad en resumidas cuentas y, como tal, derecho real, dotado del uso y disfrute del bien inmaterial y, a su vez, sobre su materialización y sus distintas manifestaciones jurídicas con contenido patrimonial.

En las obras plásticas se evidencia de forma prístina, esta doble titularidad dominical, compartida —si se me permite la expresión— entre el autor de la obra, sujeto activo de la propiedad intelectual por el hecho de su creación, y por el titular del soporte material en que se ha plasmado dicha creación artística. Esta particularidad recién escenificada entre autor y propietario del soporte de la creación, la reintegra a los dominios de las propiedades especiales, cuya duplicidad de titulares, la del creador que ostenta de forma perpetua la titularidad intelectual de la creación, y la del titular del soporte, genera a su vez, ciertos derechos y facultades de ambos que pueden entrar en conflicto.

De este modo, el titular del soporte material de la obra podrá enajenar la obra plástica, en el ejercicio de las facultades, potestades y derechos que le incumben como propietario. Este es el momento transmisivo en que el derecho de participación del autor de la creación artística nace, siempre que se den las condiciones fijadas en la norma reguladora[6].

2. El Derecho de participación y el mercado secundario de las obras de arte: La doctrina y la vinculación de este derecho de seguimiento con los derechos de contenido patrimonial

Por su parte, y a la vista del proyecto de Ley de propiedad intelectual del año 1986, el maestro Espín Cánovas no dudaba en fijar el derecho de participación entre las facultades de carácter económico o patrimonial. Declaraba al respecto que, «comprendidas en la propiedad intelectual integran el derecho de explotación que corresponde de modo exclusivo al autor y se ejercitan por medio de la reproducción de la obra, de su representación pública y su transformación, a cuyas facultades hay que agregar el derecho a participar en el precio de la reventa de objetos en que se materialice la propiedad intelectual de las obras de arte»[7].

Casas Valles, certeramente advierte: «El *Droit de suite* ha sido descrito… como el derecho del artista a participar económicamente en el mercado secundario

---

[5] Vid., artículos 14, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 de noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

[6] Vid., en la materia, Bercovitz G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Madrid, 1997, y Bondía Román, «La compraventa de una obra de arte», en *Estudios de Derecho de Obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Madrid, 2006, págs. 199 a 224.

[7] «El proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986», en *Diario La Ley*, 1986, pág. 972.

de sus obras. Se trata de una definición deliberadamente amplia e imprecisa. A partir de ella, las opciones son muchas, pudiendo dar lugar a configuraciones legales muy diferentes entre sí. Los parámetros más importantes manejados para esa ulterior definición afectan:

- A los sujetos beneficiados (el autor, sus herederos, la comunidad artística en general, instituciones culturales...);
- al objeto o tipo de obras a las que se aplica el derecho, tanto desde el punto de vista del género al que pertenecen (artes plásticas, artes aplicadas, obras de arquitectura, manuscritos literarios y musicales...) como en atención a su propia naturaleza (originalidad, carácter único, múltiples hasta cierto número...);
- asimismo, a las condiciones exigidas a la transmisión (onerosidad, realización mediante subasta, carácter público, intervención de profesionales, precio mínimo...);
- y finalmente —destacándose entre estas últimas, hasta convertirse en el rasgo fundamental— a la necesidad o no de que exista plusvalía a favor del transmitente»[8].

En similar línea, OLLERO asevera que este «derecho de continuidad» (el *Droit de suite* francés) lleva a reconocer al autor, que ya vendió, un «dominio eminente» o «propiedad retenida» sobre su obra, según señala N. PÉREZ SERRANO[9], quien, aun reconociendo las «finalidades tan nobles como justas» de tales derechos, teme que puedan dar paso a «infidelidades contractuales» o «constante inseguridad jurídica», lo que aconsejaría indemnizaciones que opongan tasa a «demasías, caprichos» e incumplimientos. De «dominio residual» y «propiedad residual» se hablará en el voto particular del magistrado A. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ —Fundamentos tercero y cuarto— a la sentencia a que nos referimos en la nota siguiente (…) Se ignora con todo ello un principio básico: el comprador adquiere un «derecho de propiedad, solo limitable por la ley o la voluntad de las partes»; principio que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de diciembre de 1985, que cierra la segunda etapa del caso Pablo Serrano, considera en vigor por falta de desarrollo legal del Convenio de Berna[10].

Vista la general indeterminación sobre la naturaleza de este derecho de participación, toda vez que su ejercicio se traduce en una contrapartida por la venta de su obra, corresponde ahora constatar los términos de la legislación vigente que puso final al antiguo artículo 24 del TRLPI.

---

[8] CASAS VALLES, «Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)», en *Anuario de Derecho Civil,* XLV, enero-marzo de 1992, págs. 155 a 206.

[9] «El derecho moral de los autores», en *Anuario de Derecho Civil,* 1949 (11-1), pág. 27.

[10] «Texto y comentario sobre esta sentencia, a la que forzosamente volveremos a aludir, en S. ORTIZ NAVACERRADA y X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, sentencia del TS de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil», en *Actualidad Civil*, 1986(9), págs. 593-614; el pasaje aludido: pág. 597.

3. Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original

Como anticipábamos, el derecho de participación de los artistas plásticos en el precio de reventa de sus obras fue introducido en el Derecho español con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. La Exposición de Motivos de la Ley 3/2008, decía con exactitud: «Concebida como una figura destinada a extender los derechos de explotación del autor de una obra plástica más allá de la primera transmisión, su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea resultaba muy desigual. La incidencia de las disparidades referidas a la existencia y configuración del derecho de participación en el funcionamiento del mercado interior determinó la adopción de la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Constituye el objeto de esta Ley adaptar la regulación del derecho de participación a lo dispuesto por la Directiva 2001/84/CE»[11].

[11] Pese a que, en líneas generales, la configuración del derecho presenta numerosos rasgos en común con la regulación contenida en la Directiva, se introducen ahora algunos cambios derivados del proceso de armonización comunitaria. En línea con el modelo existente en el ordenamiento español, el derecho se define como la participación en un porcentaje del precio de reventa de la obra, y se aplica ahora a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario. A la enumeración ejemplificativa contenida en la Directiva, que se refiere a salas de ventas, galerías de arte y marchantes, la regulación española añade las salas de subastas y además alude a cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación, con el fin de evitar que puedan quedar excluidas del pago del derecho las reventas efectuadas por sujetos que, aun desempeñando de forma habitual actividades en el mercado del arte, actúen al margen de los circuitos tradicionales. Se incorpora asimismo la figura de los profesionales del mercado del arte que presten sus servicios a través de Internet, con el propósito de atender al surgimiento de estos nuevos modelos de negocio. Las reventas que quedan excluidas son aquellas que se realizan directamente entre particulares que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte; por tanto, conforme a la Directiva 2001/84/CE, el derecho de participación no se aplica a los actos de reventa efectuados por personas que actúen a título privado a museos no comerciales abiertos al público. Se ha optado por eximir de la aplicación del derecho de participación las reventas promocionales, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido adquirida directamente del autor, con el fin de facilitar la incorporación de la obra de nuevos artistas al mercado del arte. Se fija el precio de activación del derecho en 1.200 euros, en línea con otros ordenamientos de nuestro entorno. La norma comunitaria deja libertad a los Estados miembros para que determinen este umbral mínimo de activación, siempre que no supere 3.000 euros. El sistema de porcentajes decrecientes por tramos de precios, que contrasta con el anterior sistema de porcentaje único, constituye una de las principales novedades que se incorporan a consecuencia de la Directiva, y se completa con la previsión, imperativa en la norma comunitaria, de que el obligado no pagará en ningún caso más de 12.500 euros como consecuencia de la aplicación del derecho de participación. Se mantiene la opción de nuestro ordenamiento jurídico por la gestión colectiva voluntaria del derecho de participación. De este modo, los titulares del derecho podrán optar libremente entre encomendar la gestión a una entidad de gestión o ejercitar su derecho individualmente. La Ley tiene como objetivo, igualmente, asegurar la transparencia y el control necesarios en el ejercicio del derecho de autor. Finalmente, y como especificidad de nuestro ordenamiento jurídico, se mantiene la obligación de las entidades de gestión de ingresar las cantidades percibidas y no repartidas al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. Desaparece por tanto la obligación de ingresar el importe de los derechos no reclamados en el Fondo, que se nutrirá

Su primer artículo concreta el contenido del derecho de participación y dice: «Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, *tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor.* Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor».

Determinado el contenido, el segundo de sus artículos enumera quiénes son los *Sujetos del derecho:* «1. El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento» [12].

Por su parte el artículo 3 sobre *Reventas sujetas al derecho de participación*, determina que: 1. El derecho se aplicará a todas las reventas en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte tales como salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado. 2. El derecho se aplicará igualmente cuando los profesionales del mercado del arte lleven a cabo las actividades descritas a través de prestadores de servicios de la sociedad de la información, de conformidad con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 3. Se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el periodo transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros, excluidos impuestos [13].

Por cuanto se refiere a este trabajo, resulta esencial el artículo 6 al concretar sus características, fija que «el derecho de participación es inalienable, irre-

---

únicamente del importe de los derechos recaudados por la entidad de gestión que no hayan sido repartidos a sus titulares. La existencia del Fondo asegura, por otra parte, un control público sobre la correcta administración del derecho, y a tal efecto le corresponde emitir un informe anual sobre la base de la información que le proporcionen las entidades de gestión.

[12] Sigue en su párrafo 2. La protección del derecho de participación se reconoce a los autores españoles, a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a los nacionales de terceros países con residencia habitual en España. Para los autores que sean nacionales de terceros países y no tengan residencia habitual en España, el derecho de participación se reconocerá únicamente cuando la legislación del país de que el autor sea nacional reconozca a su vez el derecho de participación a los autores de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus derechohabientes.

[13] *Artículo 4. Umbral de aplicación.* El derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario. *Artículo 5. Cálculo del importe.* El importe de la participación que corresponderá a los autores estará en función de los siguientes porcentajes: *a)* El 4 por 100 de los primeros 50.000 euros del precio de la reventa. *b)* El 3 por 100 de la parte del precio de la reventa comprendida entre 50.000,01 y 200.000 euros. *c)* El 1 por 100 de la parte del precio de la reventa comprendida entre 200.000,01 y 350.000 euros. *d)* El 0,5 por 100 de la parte del precio de la reventa comprendida entre 350.000,01 y 500.000 euros. *e)* El 0,25 por 100 de la parte del precio de la reventa que exceda de 500.000 euros. En ningún caso el importe total del derecho podrá exceder de 12.500 euros. Los precios de reventa contemplados en este artículo se calcularán sin inclusión del impuesto devengado por la reventa de la obra.

nunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos setenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor»[14].

[14] *Artículo 7. Gestión del derecho de participación.* 1. El derecho de participación reconocido en el artículo 1 podrá hacerse efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, cuya legitimación será conforme a lo establecido en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Las entidades de gestión deberán actuar de modo eficaz y transparente tanto en la recaudación como en la distribución del derecho, y siempre con pleno respeto a las obligaciones que establecen las normas aplicables. 2. Las entidades de gestión notificarán al titular del derecho cuya gestión haya sido cedida que se ha hecho efectivo el pago a que se refiere el artículo 9 en el plazo máximo de un mes desde que este haya tenido lugar. 3. Las entidades de gestión liquidarán el importe debido al titular, en concepto de derecho de participación, en el plazo máximo de un año a contar desde el momento del pago, salvo que en dicho plazo el titular reclame la liquidación, en cuyo caso esta se efectuará en el mes siguiente a la reclamación. 4. Cuando el derecho de participación se refiera a una obra creada por dos o más autores, su importe se repartirá por partes iguales entre los autores de dicha obra, salvo pacto en contrario. *Artículo 8. Deberes de los sujetos obligados.* Los profesionales del mercado del arte que hayan intervenido en una reventa sujeta al derecho de participación estarán obligados a: 1. Notificar al vendedor, al titular del derecho de participación y a la entidad de gestión correspondiente la reventa efectuada. La notificación se hará por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la remisión y recepción de la notificación en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de la fecha de la reventa y deberá contener en todo caso: *a)* El lugar y la fecha en la que se efectuó la reventa. *b)* El precio íntegro de la enajenación. *c)* La documentación acreditativa de la reventa necesaria para la verificación de los datos y la práctica de la correspondiente liquidación. Dicha documentación deberá incluir, al menos, el lugar y la fecha en la que se realizó la reventa, el precio de la misma y los datos identificativos de la obra revendida, así como de los sujetos contratantes, de los intermediarios, en su caso, y del autor de la obra. 2. Retener el importe del derecho de participación del autor en el precio de la obra revendida. 3. Mantener en depósito gratuito, y sin obligación de pago de intereses, la cantidad retenida hasta la entrega al titular o, en su caso, a la entidad de gestión correspondiente. 4. Cuando haya intervenido en la reventa de la obra más de un profesional del mercado del arte, el sujeto obligado a efectuar la operación, tanto en lo referido a la notificación, como la retención, el depósito y el pago del derecho, será el profesional del mercado del arte que haya actuado como vendedor y, en su defecto, el que haya actuado de intermediario. *Artículo 9. Pago del derecho.* Efectuada la notificación a que se refiere el apartado primero del artículo 8, los profesionales del mercado del arte harán efectivo el pago del derecho a la entidad de gestión correspondiente o, en su caso, a los titulares del derecho, en un plazo máximo de dos meses. *Artículo 10. Responsabilidad solidaria.* Los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación conforme al artículo 3, responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho. *Artículo 11. Derecho de información.* 1. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual podrán exigir a cualquier profesional del mercado del arte de los mencionados en el apartado primero del artículo 3, durante un plazo de tres años a partir de la fecha de la reventa, la información indicada en el apartado 1 del artículo 8 que resulte necesaria para calcular el importe del derecho de participación. 2. Los titulares del derecho de participación o, en su caso, las entidades de gestión deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en la presente Ley. *Artículo 12. Plazo de prescripción.* La acción de los titulares para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa. *Artículo 13. Fondo de Ayuda a las Bellas Artes.* 1. La Ad-

4. La Propiedad Intelectual como propiedad especial dotada del derecho de uso y disfrute: particularidades en el derecho de participación (SAP de Madrid, de 13 de marzo de 1998)

De lo dicho se sigue que, en buena lógica, las propiedades especiales estén recogidas, a su vez, en el Libro segundo de nuestro Código Civil, *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*. Título IV, *De algunas propiedades especiales*. Capítulo III, *De la propiedad intelectual.*

El artículo 428 declara: «El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad».

A renglón seguido, el artículo 429 del Código Civil, teniendo en cuenta la normativa especial existente con carácter previo a la codificación, asevera que «la Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no

---

ministración del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes corresponde a una Comisión adscrita al Ministerio de Cultura, sin perjuicio de su autonomía funcional. Dicha Comisión está presidida por el Ministro de Cultura o la persona en quien él delegue y estará integrada por representantes de las Comunidades Autónomas, de los sujetos obligados y de las entidades que gestionan el derecho de participación en la forma en que se determine por vía reglamentaria. 2. Las cantidades percibidas por las entidades de gestión en concepto de derecho de participación no repartidas a sus titulares en el plazo establecido en el artículo 7.3 por falta de identificación de estos y sobre las que no pese reclamación alguna, deberán ser ingresadas en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes en el plazo máximo de un año. 3. Las entidades de gestión estarán obligadas a notificar a la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, en el primer trimestre de cada año, la relación de cantidades percibidas por el derecho de participación y los repartos efectuados, así como los motivos que hayan hecho imposible el reparto de las cantidades ingresadas en el Fondo. 4. La Comisión Administradora del Fondo publicará, con carácter anual, un informe sobre la aplicación del derecho de participación. Disposición transitoria. Reventas afectadas. La presente Ley se aplicará a las reventas efectuadas con posterioridad a su entrada en vigor. *Disposición Derogatoria.* Derogación normativa. Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes: *a)* Artículo 24 y Disposición Adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *b)* Artículos 1.*a),* 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. *Disposición Final primera.* Título competencial. Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva que corresponde al Estado en materia de legislación sobre propiedad intelectual, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.9.ª de la Constitución y respetando, en todo caso, las competencias autonómicas en materia de cultura fijadas por los Estatutos de Autonomía. *Disposición Final segunda.* Desarrollo de la Ley. Se autoriza al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de esta Ley. *Disposición final tercera.* Aplicación supletoria. En lo no previsto en esta Ley será de aplicación supletoria el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Disposición final cuarta.* Distribución de los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. El Gobierno en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, llevará a cabo las modificaciones normativas precisas para distribuir territorialmente entre Comunidades Autónomas, los recursos del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes a fin de que sean estas administraciones las que, de acuerdo con su competencia exclusiva en la materia, gestionen directa e íntegramente los citados recursos en sus respectivos territorios. Los criterios y mecanismos de reparto deberán a su vez, acordarse con las Comunidades Autónomas.

previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad»[15].

De modo que como aprecia la SAP de Madrid, de 13 de marzo de 1998, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia que: «precisamente lo que caracteriza a la propiedad, y por tanto, insuprimible de ella, es la plenitud de dominación, ser el derecho que confiera todos los aprovechamientos posibles, todas las posibilidades de actuación sobre el bien de que en cada caso se trate, sin necesidad de enumerarlas y caracterizarlas singularmente».

Sigue la resolución ratificando la vieja doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «Dicha amplitud máxima del contenido de la propiedad intelectual ha sido además reiteradamente afirmada en la Jurisprudencia. Así la sentencia de 26 de junio de 1912; la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 1930 y de 4 de abril de 1936. En definitiva, resulta, que la propiedad intelectual que el Código y la Ley especial atribuyen al autor, o a su adquirente, se quiso configurar como concepto *capaz de asegurar al autor todos los aprovechamientos o posibles utilidades derivados del producto de su trabajo,* tanto los ya conocidos en el momento, como aquellos que se preveía "habían de inventarse en el futuro" (art. 1.º del Reglamento). Ya en relación, al estricto término "derecho de explotación", tanto a juicio de los profesores Lacruz como Escribano, es, sin ningún género de dudas, equivalente a lo que en el artículo 348 del Código Civil, se designa como goce; y comprende por ello, tanto lo que se entiende por "uso" como el "disfrute" del bien en cuestión. Habría que pensar entonces que el énfasis en la "explotación" o "goce" de la obra reside en el aspecto del disfrute (art. 394 del CC) es decir, en la imputación al autor o su adquirente, en tanto que titular de la facultad de "explotación" de la obra (art. 428 del CC) de los rendimientos y utilidades derivados de dichas actividades de explotación. Por ello, al ser la idea de enajenación incompatible con la de "goce" de un bien; no había previsión en la Ley de 1879 ni en su Reglamento, de la posibilidad de que el autor percibiese los rendimientos derivados de la explotación ajena de su obra conservando su titularidad. En ninguno de los dos textos se regulan los negocios autorizativos o de cesión a terceros de modalidades concretas de utilización de la obra, participando el autor, como sus propietarios, en los beneficios derivados de dicha utilización autorizada por él».

Uno de los precedentes judiciales es la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1913, que ventila un asunto sobre la propiedad literaria vendida, estando ajustado a derecho el negocio de transmisión en virtud de la legislación vigente, por la viuda e hijos de Modesto Lafuente autor de la *Historia General de España*, a una editorial. En el ejercicio de los derechos que el ordenamiento les confería, los titulares de los derechos de explotación, en la escritura de dicha venta los compradores se declaraban subrogados en todos los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles a los vendedores[16].

---

[15] Vid., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 599 a 601; «Comentarios a los artículos 428 y 429 del Código Civil», Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch (dirs.), en *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692; Rams Albesa, «Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

[16] Dice en su considerando primero, teniendo en cuenta el derecho vigente a la sazón, de 10 de junio de 1847, «quedó sometido el aludido contrato, dado que, á tenor de los artícu-

Sin embargo, aquella circunstancia y condición de derecho inmaterial se traduce en que al autor o autora de la creación científica, literaria o artística, no se le reconoce en idéntica medida los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias. Es en la Revolución francesa el momento en el que la monarquía pierde el control de la impresión, cobrando entidad propia el derecho a la propiedad sobre las obras del intelecto humano y, por ende, el reconocimiento de la libertad de creación y pensamiento[17].

Siguiendo con el control del privilegio de la impresión y como expone el profesor ROGEL VIDE, «con el transcurso de los años y con todo, el privilegio [de los libreros-impresores titulares del privilegio mediante el cual se les concedía la exclusiva o el monopolio de explotación sobre ciertas obras] se va haciendo impopular, siendo el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, de 10 de abril de 1710, la primera norma que rompe con el privilegio de los editores, reconociendo el derecho que corresponde a los autores, en cuanto creadores de sus obras. Así, en lugar de que el impresor reciba un monopolio y se encargue de pagar al autor unos honorarios, ocurrirá a la inversa: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor en las condiciones económicas que convengan. De este modo, el Estatuto de la Reina Ana inaugura lo que podría llamarse el ciclo del derecho positivo de la propiedad intelectual, ciclo que alcanza su consagración en la Francia de la Revolución, en relación con todas las obras del espíritu y no simplemente con las literarias»[18].

En el país galo se cuestionarían estas nuevas tendencias con más intensidad y profundidad que en otras naciones, es la polémica surgida entre Condorcet, *Fragmentos sobre la libertad de prensa,* y Diderot, *Carta sobre el comercio de librería,* «el primero abogando por el servicio social de las ideas del intelectual, y el segundo por la intrínseca originalidad de las mismas, y por tanto, por la individualización del intelectual»[19].

5. LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL O DE EXPLOTACIÓN Y LOS DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES O MORALES: LA EXCLUSIÓN DE LOS DERECHOS MORALES Y DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LA MASA HEREDITARIA

De lo que se ha anticipado y de lo que luego se verá, en el contenido del derecho de autor se encuentra tanto el conjunto de los derechos patrimoniales o de explotación[20] como los derechos morales y, por último, otros de naturaleza

---

los 2.º y 7.º de la indicada ley pudieron pactar los cedentes y conforme al artículo 28 entrar los cesionarios en el pleno goce y disfrute de la exclusiva propiedad de la *Historia* referida, con los mismos derechos y facultades que, mientras vivió, correspondieron á su autor, que al fallecer pasaron á sus herederos los quí vendores, y éstos han enajenado á los demandantes».

[17] Vid., en este sentido, el extenso capítulo que mi maestro, el profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, dedica a la Propiedad Intelectual, así como el derecho de Propiedad en la codificación y el que lleva por título «Consideración actual de la propiedad privada», en sus *Principios de Derecho Civil,* IV, *Propiedad y Derechos reales de goce,* Madrid, 2010, 10.ª ed.

[18] ROGEL VIDE, «Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

[19] SÁNCHEZ GARCÍA, «La Propiedad Intelectual en la España contemporánea, 1847-1936», en *Hispania,* LXII/3, 212, 2002, pág. 995.

[20] Vid., artículo 14 y sigs. del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

debatida, como la compensación equitativa por copia privada o el de participación o *Droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas en favor de los creadores y transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*.

II. PABLO SERRANO Y SU OBRA ESCULTÓRICA: LA INFRUCTUOSA DEFENSA DEL DERECHO MORAL DE SU OBRA «VIAJE A LA LUNA EN EL FONDO DEL MAR»

1. Antecedentes de hecho: obra escultórica de grandes dimensiones encargada para su exposición pública que se destruye irremisiblemente por el desmontaje no autorizado por el autor

Directamente relacionado con la creación de obras plásticas escultóricas y los derechos devengados por el hecho de su creación, es la larga batalla judicial entablada por el conocido escultor aragonés Pablo Serrano Aguilar (1908-1985), autor de una obra ejecutada por encargo y destinada a su exposición en el vestíbulo de un hotel sito en Torremolinos.

En julio de 1962 se inaugura el hotel Tres Carabelas diseñado, dicho sea de paso, por el arquitecto Antonio Lamela; poco después de la presentación en sociedad del mencionado hotel y, por ende, de la obra de grandes dimensiones que presidía su hall, la entidad adquirente alegando que «no se ajustaba al boceto» y que no armonizaba con el estilo del establecimiento, ordenó sin previo aviso ni autorización, su desmontaje. La obra original, compuesta por distintos elementos de hierro fundidos entre sí, de grandes dimensiones y de más de una tonelada de peso, no soportó estas operaciones de desmantelación y lo que quedaba de sus componentes, deslavazados entre sí, fueron almacenados lejos de la vista del público[21].

El autor de la escultura «Viaje a la luna en el fondo del mar» emprendió infructuosamente distintas pretensiones en vía judicial, proseguidas a su fallecimiento por su viuda. En este sentido, varias son las circunstancias por las que se trae causa fundadamente de esta controvertida historia jurisdiccional, en definitiva y siquiera de forma indirecta debemos apelar al derecho de participación, o por mejor decir y dada la destrucción de la obra, a la imposibilidad de posteriores transmisiones que hiciesen viable su ejercicio. Por tanto, en la obra única e irrepetible, la facultad de ejercitar este derecho se volatiliza con la descomposición de la creación escultórica, cuestión distinta es que nada impida exigir un resarcimiento por esta pérdida en su doble vertiente moral y patrimonial.

Por otra parte, presenta un singular protagonismo la estrategia elegida por la defensa de los intereses del escultor, dirigida a la sazón por García de Enterría, en la que se invoca el derecho fundamental a la creación artística previsto en el artículo 20 de la Constitución[22].

---

[21] Desde la perspectiva penal, el hecho podría ser encuadrado dentro de los tipos cualificados contra la Propiedad intelectual, así lo estiman Arroyo Zapatero y García Rivas, quienes destacan por otra parte, que la STS de la Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 1985, condena a la empresa a devolver los materiales a su autor (vid. «Protección penal de la PI», en *Estudios de Derecho Penal económico,* Universidad Castilla-La Mancha, 1994, pág. 179, n. 48).

[22] Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos: (…) *b)* A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

A mayor abundamiento, cobra especial relevancia técnica la continuidad de las posteriores acciones impetradas por la viuda del escultor, toda vez que ostentaba legitimación suficiente para el ejercicio de los derechos morales, como derechos irrenunciables e inalienables que son[23].

Por fin, ha de destacarse que el ejercicio de las acciones que redunden en beneficio y garantía de ciertos derechos morales carecen de limitación temporal y, en particular, por cuanto afecta al derecho moral, que corresponde al autor, de «exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación»[24].

Adicionalmente al eco nacional e internacional dispensado al caso, dado el notable reconocimiento del artista[25], las autoridades judiciales competentes en las distintas instancias se enfrentaban a un doble dilema: de una parte la calificación de la naturaleza jurídica del derecho moral de autor y, por extensión, pese a su general intransmisibilidad, la legitimación del ejercicio de las acciones dirigidas a su protección y garantía. De otra, la determinación del derecho aplicable al momento de los hechos que se remontaban a 1962 y la extensión

---

[23] Recuérdese el contenido del artículo 15 del vigente Texto Refundido, sobre *Supuestos de legitimación* mortis causa. 1. Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3.º y 4.º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderán a sus herederos. Para el análisis y estudio de la transmisibilidad del derecho moral, vid., Cámara Águila, «Comentario al artículo 15», en *Comentarios a la LPI,* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., págs. 241 y sigs. Con acierto relaciona este precepto con las disposiciones del artículo 42 sobre la particular omisión del sustantivo «transmisión», por lo que más que transmitir, en puridad la ley imputa el ejercicio de estos derechos a sus herederos.

[24] Artículo 14.4 de la LPI. Martínez Espín, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la LPI,* Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., págs. 209 a 237.

[25] Vid., *El País,* 25 de marzo de 1987; en el de 20 de enero de 1985 declaraba: «Estoy muy desanimado», declaró el escultor Pablo Serrano a este periódico tras conocer la sentencia. «He perdido el juicio, sí. Creo que he perdido los dos, el jurídico y el mío. Uno se cansa de defender estas cosas, pero mi abogado, Eduardo García de Enterría, es partidario de seguir adelante hasta llegar al Tribunal Constitucional»; en el de 9 de febrero de 1985, Camilo José Cela decía: «La propiedad privada de una obra de arte no implica necesariamente su exclusividad de uso. La propiedad privada de un terreno de labranza, sí. Afortunadamente para todos nosotros, incluso el tipo de sociedad basado en teorías como la de Locke fue dulcificado y moderado en lo referente a las propiedades privadas y los derechos conferidos. Ya no es la persona individual la que goza de única consideración, y los límites de ejercicio de la propiedad se marcan de acuerdo con los intereses comunes. No parece demasiado lógico, pues, que ese otro tipo mucho más irregular de relación entre una obra de arte y la persona que la adquiere tenga que transcurrir por cauces más estrechos que los que han acabado ordenando, por ejemplo, los espacios verdes y las carreteras»; o las propias palabras del artista recogidas en la Tribuna Libre del *ABC* del 3 de febrero de 1985, intituladas «Un protagonismo incómodo», y por su parte, el Catedrático de Derecho Administrativo y abogado del artista, también en el *ABC* el 12 de abril de 1987, cuestionaba la falta de valentía de las resoluciones judiciales que, como dejaba entrever el propio TC, se habían acogido a un defecto procesal para desestimar la demanda, amén de calificar el derecho moral del autor como una mera recreación de la literatura jurídica «Pablo Serrano y el Derecho moral de autor».

de la retroactividad de la Constitución a la vista de la mencionada alegación al artículo 20[26].

2. El derecho moral a la integridad de la obra y la legitimación *mortis causa* de sus herederos o persona designada por el autor en disposición de última voluntad: la STS de 9 de diciembre de 1985, siendo ponente Beltrán de Heredia y Castaño

La configuración actual del derecho moral de autor y sus manifestaciones se remonta al Convenio de Berna, y como destaca Plaza Penadés, de la revisión

[26] La STS de 20 de febrero de 1998, en un asunto que estima el recurso de casación interpuesto por los herederos del escultor Alfonso, autor del boceto original para el monumento a Cervantes, con el cual gana el concurso nacional en 1915, monumento que se levantaría después en la plaza de España de Madrid, por el contrario no prosperan las aspiraciones del codemandado que «aspira a que, por el cambio del boceto original que era de yeso por el actual existente de bronce, no solo se carece de derecho por los actores para reivindicar el mismo —lo que sí ha obtenido éxito por no acreditarse el requisito de la identidad del objeto reivindicado— sino que, también, ha de prevalecer para desconocer los derechos de *propiedad intelectual* sobre la explotación de la creación artística correspondiente, aparte de que se denuncia la contradicción porque pese a que la cesión de derechos entre los codemandados fue válida, no se permiten los efectos de su explotación comercial, lo que desde luego, no se comparte, por los siguientes argumentos:1) Que aún justificando que el recurrente fuese adquirente o mero receptor o poseedor del boceto originario al entregárselo su tía, la viuda de don Salvador en 1974, es bien claro que el cambio del boceto en yeso por el actual de bronce —luego objeto de los negocios de cesión y reproducción por la entidad Kenton, S. A., lo fue por una conducta unilateral del propio recurrente que, sin perjuicio de otras consecuencias en detrimento del *causante* del cambio, no debe valer para burlar los legítimos derechos de explotación de la obra, que, en la misma línea del recurso, sí habrían existido, si ese cambio no hubiera acontecido. 2) Que como la propia normativa reconoce, la diferencia entre los derechos de propiedad sobre el soporte material o boceto cuestionado y los derechos de explotación en los términos del artículo 56-1.º *Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales*, del Real Decreto Legislativo de 12-4-1996, y aún admitiendo la titularidad posesoria e, incluso, dominical por trasunto del artículo 464 del Código Civil, del codemandado hoy recurrente, sobre el boceto transmitido y diferente al original deben pervivir los derechos sobre su explotación a favor de los actores, porque, se insiste, de lo contrario, aquel cambio material del boceto causado por el recurrente derivaría en la elusión de los derechos así reconocidos, lo que es absolutamente improcedente. 3) Por todo ello, son inútiles las elucubraciones del recurso sobre el juego de la exigencia de originalidad *(ex* arts. 2, 3-1.º, 17, 18 y 56 LPI, que se citan en relación con los arts. 1091, 1255, 1258, 1261, 1271 y 1278 CC), que se afirma no concurre en el boceto actual de bronce, porque, por lo razonado, debe funcionar el mismo, en especial en lo relativo a los derechos de explotación, como una especie de subrogación real del primitivo original de yeso, y, por ende, produciendo los mismos efectos entre el titular y sus causahabientes (actores y codemandados), derivados de la tutela de los derechos de *propiedad intelectual* que se reconocen en la sentencia recurrida, que se confirman. 4) Por último —se vuelve a repetir— admitiendo, pues, esa titularidad *ab initio* posesoria del recurrente sobre el boceto existente, se permite la cesión que hace a la codemandada en abril de 1990 (en una suerte de transferencia *a non domino),* y según el FJ 13 de la sentencia recurrida no se accede a su nulidad (firme el no recurrirse ese particular por los actores), lo que no obsta a que se invaliden las consecuencias de esa cesión del objeto material cedido —el boceto— si es que las mismas afectan a los derechos de explotación diferenciados por repetido artículo 56, ya que la posibilidad de la transmisión de la propiedad del boceto, no puede comprender derecho alguno sobre la explotación de la obra recogida en el mismo; por lo cual procede la desestimación del presente recurso, con los efectos derivados».

materializada en junio de 1928, señalando después que estos derechos se incorporan al ordenamiento jurídico español el 23 de abril de 1932, fecha en la que entraba en vigor esta reforma del convenio. Con todo y precisamente con ocasión de esta infructuosa batalla legal emprendida por el artista, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1965, aprecia que dicha alteración de la dicción normativa era meramente programática[27], de modo que hasta la reforma de 1987 no fue reconocido en la LPI este derecho, en términos muy similares a los actualmente vigentes.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1985, se descarta la equiparación entre el derecho moral de autor y los derechos de naturaleza personalísima. Y así se dice que «su pretensión, como demandante, se basaba en el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, que le otorgaba la paternidad de la obra, que le permitía poder impedir que se deforme o mutile, con la facultad de reproducción e incluso de retirarla de la circulación, con base en lo cual solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su propiedad artística, que habrían de ser fijados en periodo de ejecución de sentencia; pretensión a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad artística, que habrían de ser fijados en periodo de ejecución de sentencia; pretensión, a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad, solo limitable por la ley o la voluntad de las partes, decidiéndose la disputa en instancia y en casación, en favor de lo segundo, con apoyo en la legalidad aplicable a cuyo tenor el artista puede reproducir su obra y exponer la reproducción, pero no disponer del ejemplar concreto adquirido por quien lo compra, al que no se puede obligar a ser desposeído de lo que adquirió, sin que pueda deducirse otra cosa del Convenio de Berna de 1886, ni de las Conferencias de Roma de 1928 y de Bruselas de 1948, ratificados por España, pero que no tuvieron el necesario desarrollo positivo en nuestro país, donde continuaba rigiendo la vieja Ley de 10 de enero de 1879, que no permitía una solución diferente, en relación con el artículo 1902 del Código Civil, que fue el alegado en apoyo de la pretensión ejercitada por la vía procedimental permitida».

Sigue la resolución apreciando que «el derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo 20 de la Constitución, apartado uno, letra *b),* a cuyo tenor "se reconocen y protegen los derechos... a la producción y creación artística", precepto que está incluido en la Sección primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y, conlleva la necesidad de la exteriorización, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquellos a los que se exterioriza —público, adquiriente, receptores— el primero de los cuales tiene por objeto un "bien inmaterial", mientras que en el segundo

[27] Vid. Plaza Penadés, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la LPI,* Rodríguez Tapia (dir.), Pamplona, 2007, págs. 124 y 125.

es un "bien material"; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de esta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en Derecho Comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia, de elaboración de un Proyecto de ley, en tramitación; pero que la Constitución no solo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues, tiene buen cuidado, respecto de este y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos, a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el *apartado cuarto del artículo veinte* al hablar de "los *preceptos de las leyes que lo desarrollen" y en el apartado primero* del *artículo cincuenta y tres, donde se añade que "solo por ley"*, que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos».

3. Legitimación procesal para el ejercicio de los derechos morales de los herederos del escultor: la denegación del amparo a la viuda del escultor por la STC 35/1987, de 18 de marzo de 1987, en una restrictiva intelección de la retroactividad y fuerza expansiva de la Constitución

Lo cierto es que, como veremos, la STC se caracteriza por un singular repliegue de sus efectos retroactivos, cuando en la actualidad podemos constatar que dicha fuerza expansiva ha virado en sentido positivo, alcanzando sus efectos incluso las relaciones *inter privatos*[28].

Son sus Fundamentos jurídicos: «1. El presente recurso se interpone en amparo de derechos fundamentales distintos: *a)* el de tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, que se imputa a las sentencias recurridas en virtud de las cuales se declaró que la garantía jurisdiccional civil, prevista y regulada en la Sección III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, es procedimiento inadecuado para la protección de los derechos de producción y creación artística y al honor, respectivamente consagrados en los artículos 20.1.*b)* y 18.1 de la Constitución, y *b)* el de estos mismos derechos, el segundo alegado alternativamente, que se consideran vulnerados al no haberlos protegido la jurisdicción frente al acto por el cual la empresa «Industrias Turísticas, Sociedad Anónima» (INTURSA), propietaria del Hotel «Tres Carabelas», de Torremolinos (Málaga), procedió al desmontaje y posterior almacenamiento de la figura escultórica, realizada por el escultor don Pablo Serrano Aguilar en el vestíbulo de dicho hotel, en cumplimiento de contrato por el cual percibió la cantidad de 75.000 pesetas».

Sigue la decisión del TC declarando en su Fundamento segundo lo siguiente: «La demanda de amparo, en fundamento a su tesis de que la declaración judicial de inadecuación de la garantía jurisdiccional civil de la Ley 62/1978 constituye vulneración del derecho a la tutela judicial, realiza el notable y meritorio esfuerzo

---

[28] «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit:* igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», en *RCDI*, 723, págs. 550 y sigs; «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, 722, pág. 2890 y sigs.

de desarrollar una larga y exhaustiva argumentación, apoyada en textos constitucionales y legales y en un minucioso examen de abundantes sentencias de este Tribunal, dirigida a razonar que dicha garantía jurisdiccional es el cauce procesal adecuado para la protección judicial de los derechos fundamentales anteriormente mencionados. Todo ese esfuerzo dialéctico no culmina, sin embargo, en la conclusión de que las referidas sentencias deben ser anuladas para que se dicten otras en las que se resuelva su pretensión de fondo, sino con la alegación de que este Tribunal debe entrar en el examen de esta pretensión de fondo de acuerdo con la doctrina, recogida en las sentencias 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de diciembre, y 31/1984, de 7 de marzo, según la cual, al no obtenerse protección de derechos fundamentales en procedimiento de la Ley 62/1978, debe entenderse agotada la vía judicial procedente y entrarse directamente, sin reenvíos previos, a decidir el fondo del amparo constitucional. Esta conclusión es exacta, porque las sentencias citadas en la demanda, a la que cabe añadir la 148/1986, de 25 de noviembre, establecen que la utilización de la vía especial y sumaria de la Ley 62/1978 deja expedito el camino del recurso de amparo, cuando la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de esta venga fundada en estimaciones procesales o pronunciamientos de fondo, pues la vía judicial previa ha cumplido su finalidad en ambos casos, incluido el supuesto de que la jurisdicción la haya declarado inadecuada, pues también en este la decisión judicial está proclamando que estima inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y tal declaración es, precisamente, la que abre el cauce procesal subsidiario del recurso de amparo».

Y en el Fundamento tercero se aborda esta fuerza expansiva de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Son sus argumentos los que reproducimos a continuación: «La pretensión de amparo del derecho de producción y creación artística y, alternativamente, del derecho al honor se ejercita frente a un acto de un particular realizado, según la propia demanda, en el año 1962 e impugnado por el artista mediante el ejercicio de la acción civil que dio lugar a la sentencia desestimatoria del Juzgado número 5 de Madrid, de 9 de septiembre de 1963, confirmada en apelación por la de la Audiencia Territorial de 6 de mayo de 1964 y en casación por la del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1965. Estos datos temporales plantean como primer problema el de la aplicación retroactiva de la protección de los derechos fundamentales a actos anteriores al 29 de diciembre de 1978, en que entró en vigor nuestra Constitución. La demanda sostiene que la situación originada el año 1962 con el desmontaje de la obra de su lugar de emplazamiento, sin consentimiento de su autor, tiene carácter duradero ("se perpetúa") y que, en consecuencia, la entrada en vigor de la Constitución, la cual, a su juicio, integra el derecho de autor en el derecho fundamental a la producción y creación artística, "por su sola fuerza normativa y calificadora de comportamientos —actos y omisiones— ha operado el 'milagro' de conceder relevancia, como violadora de la esfera de los derechos fundamentales del artista, a una situación creada por la demandada y recurrida (el almacenamiento de los materiales de la composición escultórica) con mucha anterioridad, y que hasta el 29 de diciembre de 1978 era perfectamente lícita, si no jurídicamente indiferente". Estos asertos los apoya la demanda en una exégesis e interpretación de las sentencias que cita, extrayendo de las mismas, con referencia a la estructura interna de alguna de ellas, doctrina favorable a la aplicación retroactiva de los derechos fundamentales cuando las situaciones vulneradoras de ellos no hayan agotado sus efectos, condición que considera concurrente al supuesto de autos. Frente a dicha expansiva doctrina es de considerar, en la línea de las sentencias

números 9/1981, de 31 de marzo, y 43/1982, de 6 de julio, que a pesar de no existir en la cláusula final de la Constitución, ni en ningún otro pasaje del Texto constitucional precepto alguno que establezca su retroactividad en términos generales o en relación con los derechos fundamentales, la Constitución tiene la significación primordial de establecer un orden de convivencia, singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo por ello reconocerse que puede afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad, ya que, además, la Disposición Transitoria segunda, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo contra actos o resoluciones anteriores que no hubieran agotado sus efectos. Pero esta doctrina de carácter general debe ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta sus peculiaridades, sin admitir en ningún supuesto una retroactividad de grado máximo que conduzca a aplicar, sin más matización, una norma constitucional a una relación jurídica, sin tener en cuenta que fue creada bajo el imperio de una legalidad anterior, así como la época en que consumió sus efectos. En el caso de autos nos encontramos con tres sentencias, la última, definitiva y con efecto de cosa juzgada, con fecha de 21 de junio de 1965. Nos encontramos, por tanto, ante una situación plenamente agotada trece años antes de la vigencia de la Constitución, sin que exista después de este acto alguno posterior derivado de la misma. En contra de ello es manifiestamente inaceptable el argumento de que la situación que se estima vulneradora de los derechos fundamentales invocados se ha perpetuado, permaneciendo igual desde que se realizó el acto de desmontaje y almacenamiento de la escultura, pues es obvio que esto ocurre siempre que las consecuencias de actos humanos no son restituidas por un acto posterior, y así sucede, por ejemplo, con todas las indefensiones que pudieran haberse producido en los procesos judiciales, fenecidos antes de la vigencia de la Constitución o con todos los atentados a la libertad ideológica o a la libre circulación de personas realizados con anterioridad a la Constitución, y es claro que, de aceptarse la tesis de la demanda, se abriría el recurso de amparo a todos esos supuestos o análogos con la consecuencia inadmisible de aceptar que este proceso constitucional debe remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha, que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran, incluidas las que hubiesen sido objeto de procedimientos judiciales y mantenidas en sentencias firmes de acuerdo con la legalidad vigente en su momento. Debe, por tanto, declararse que, no permitiendo nuestra Constitución una retroactividad de grado máximo, los derechos fundamentales ejercitados aquí por la demandante no fueron vulnerados por un acto realizado el año 1962, en el que esos derechos no estaban constitucionalmente garantizados».

Sigue su Fundamento cuarto ahondando en los argumentos destinatarios del amparo interpuesto por la viuda del escultor aseverando lo que sigue: «A igual conclusión desestimatoria se llegaría si, aceptando los términos en que se formula el amparo, se entendiese que este no va dirigido contra un hecho pasado —el desmontaje y almacenamiento de la obra escultórica—, ocurrido el año 1962 y creador en aquel tiempo de una situación, cuyos efectos jurídicos quedaron total y definitivamente agotados por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 1965, sino que se promueve contra un hecho —el almacenamiento de las piezas desmontadas de la obra— que está realmente presente, con plena actualidad, en el momento de entrada en vigor de la Constitución, y que, por ello, desde el primer día en que esta se produce, constituye una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en sus artículos 20.1.*b)* y 18.1, que legitima

la interposición del recurso de amparo para obtener su protección, al margen de todo problema de derecho transitorio. En tal supuesto, sería de considerar que el recurso de amparo no es una garantía procesal que pueda ser eficazmente utilizada por el recurrente en cualquier fecha o momento, según su libre voluntad, sino que viene sometida al ineludible requisito temporal de ser promovida dentro del plazo al cual la somete la Ley, de forma tal que su observancia es condición necesaria para la apertura del proceso a la cuestión de fondo. Este plazo no ha sido respetado en el supuesto de autos, pues, en la propia tesis de la demanda, la alegada vulneración de derechos fundamentales se habría producido el 29 de diciembre de 1978, en que comenzó la vigencia de la Constitución por mandato de su Disposición Final, y el plazo de veinte días previsto en el artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se habría iniciado el 15 de julio de 1980, según lo establecido en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 14 del mismo mes, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de igual día, y, por tanto, la presente pretensión de amparo incurriría en innegable y manifiesta extemporaneidad, ya se tome como fecha inicial de su ejercicio la del amparo judicial —8 de marzo de 1984—, ya la de este amparo constitucional— 10 de enero de 1986. Acoger el criterio contrario sería tanto como admitir que las situaciones que, en virtud de la vigencia de la Constitución, pudieran merecer la calificación de vulneradoras de derechos fundamentales reconocidos en ella podrían ser impugnadas en amparo constitucional si así lo decidiera el recurrente en cualquier fecha posterior a dicha vigencia, aunque estuvieran alejadas del comienzo de esta seis años, según ocurre, como mínimo, en el caso aquí contemplado. Esta consecuencia es claramente inaceptable y, en su virtud, de superarse la desestimación de la demanda, por los argumentos de irretroactividad de la Constitución que se dejan más arriba expuestos, se desembocaría ineludiblemente en su inadmisión por extemporaneidad, convertida en esta fase procesal en causa de desestimación».

III. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS JUDICIALES: SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

1. STJUE, de 15 de abril de 2010, y el sujeto titular del derecho de participación de la obra de Dalí: el artículo 6 de la Directiva no impide que el Derecho de un Estado miembro admita como beneficiarios del mencionado derecho únicamente a los herederos forzosos

Como antes hemos tenido ocasión de constatar, la reforma operada por la Ley 3/2008, para transponer la Directiva, tenía en cuenta los límites y el margen de actuación que cada legislador nacional tenía para regular este derecho de participación[29].

En este sentido, en la causa controvertida, el Derecho aplicable era el francés, en virtud del cual se declaraba que: «Tras la muerte del autor, el derecho de participación previsto en el artículo L.122-8 corresponderá a sus herederos, y a su

[29] Vid., en especial, Plaza Penadés, «El derecho de participación del artista en la reventa de sus obras (Droit de Suite) en la Unión Europea y su repercusión en el Derecho español», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil,* Martínez-Calcerrada y Gómez (coord.), 2, 2001, págs. 2119 a 2134, y Siegrist Ridruejo, «Derecho de participación y coleccionismo, incidencias en la regulación europea del *Droit de suite* sobre el mercado del arte», en *Unión Europea Aranzadi,* 31-12-2004, págs. 5 a 13.

cónyuge en cuanto al usufructo previsto por el artículo L. 123-6, con exclusión de cualquier legatario o causahabiente, durante el año natural en curso y los setenta años siguientes», prescripciones no coincidentes con la regulación nacional por cuanto en ella se determina como sujetos del derecho de participación al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento.

En la controversia ventilada por la sentencia de 15 de abril de 2010 (asunto C-518/0831), estaban personados la Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), el Gobierno francés, el español y el italiano además de la Comisión de las Comunidades Europeas. Literalmente el conflicto se representa en estos términos: «Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (en lo sucesivo, VEGAP), por una parte, y por otra parte la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (en lo sucesivo, ADAGP) así como el señor Bonet Domènech, las señoras Bas Dalí y Domènech Biosca, el señor Domènech Biosca y las señoras Ana-María Busquets Bonet y Mónica Busquets Bonet, que son los miembros de la familia del pintor Salvador Dalí, respecto a los importes correspondientes al derecho de participación percibido por las ventas de las obras de arte de este último».

En cuanto a la legitimación del Gobierno español, se justifica como heredero de Dalí, tal y como se recoge en el Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo, por el que se encomienda al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de la propiedad intelectual de titularidad estatal derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domènech.

Así, declara que a su vez, «mediante el Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero, fue aceptada por el Estado español la herencia dispuesta por don Salvador Dalí y Domènech. El conjunto de los bienes incluidos en dicha herencia, dada su naturaleza artístico-cultural, fueron afectados al Ministerio de Cultura. El artículo 96 de la Ley del Patrimonio del Estado atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la administración y explotación de las propiedades incorporales del Estado, salvo que por Real Decreto se atribuya específicamente el ejercicio de tales competencias a otro Departamento ministerial u Organismo autónomo. Dado que los bienes se encuentran afectados al Ministerio de Cultura, y considerando la especialización competencial de dicho Departamento en materia tanto artístico-cultural como de derechos de la propiedad intelectual, parece oportuno encomendar al mismo Ministerio la administración de los derechos de la obra daliniana. Asimismo, para la correcta administración y explotación de los mencionados derechos, se autoriza a que dicho Departamento, si lo estima oportuno, formalice directamente y con carácter exclusivo y temporal con la Fundación Gala-Salvador Dalí, al amparo de lo establecido en los artículos 31 y 33, en relación con el 96, de la Ley del Patrimonio del Estado, la explotación de la propiedad incorporal de titularidad estatal derivada de la obra del insigne pintor, lo cual viene motivado por la especialización de dicha institución en la obra daliniana, presencia de la Administración del Estado en su Patronato, así como por la flexibilidad y versatilidad de la institución, que permiten prever una adecuada administración y explotación de derechos de tal naturaleza». Pues bien, el Real Decreto «autoriza al Ministro de Cultura para, en su caso, otorgar temporalmente, de forma directa y con carácter exclusivo, el ejercicio de las facultades de administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual, derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domènech, en favor de la Fundación Gala-Salvador Dalí. La autorización a que se refiere el párrafo anterior se llevará a efecto mediante Orden Ministerial a dictar por el

Ministro de Cultura, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda y de la Intervención General de la Administración del Estado».

Algún tiempo después, el Real Decreto 403/1996, de 1 de marzo, por el que se amplían las competencias encomendadas al Ministerio de Cultura sobre la administración y explotación de los derechos de la propiedad intelectual de titularidad estatal, derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domènech, recogidas en el Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo. En su virtud, y como bien dice en su preámbulo, «el Estado Español fue instituido por don Salvador Dalí y Domènech, heredero universal de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas, mediante testamento otorgado el 20 de septiembre de 1982, aceptándose la herencia mediante el Real Decreto 185/1989, de 10 de febrero. Posteriormente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley del Patrimonio del Estado, se dictó el Real Decreto 799/1995, de 19 de mayo, por el que se encomienda al Ministerio de Cultura la administración y explotación de los derechos de propiedad intelectual de titularidad estatal derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domènech. El Ministerio de Cultura, mediante Orden Ministerial de 25 de julio de 1995, cedió a la fundación "Gala-Salvador Dalí" la administración y explotación de los citados derechos. *Los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, abarcan tanto los derechos personales y de imagen como los de explotación de la obra artística en cualquiera de sus formas. No obstante, la complejidad que ha adquirido la explotación de tales derechos se acentúa en el caso de la obra de don Salvador Dalí y Domènech, principalmente por su transcendencia universal, dado que se ven afectados por las legislaciones de distintos países, lo cual aconseja que se atribuya expresamente al Ministerio de Cultura los derechos de titularidad estatal derivados de la propiedad industrial, de imagen, marcas, patentes, y demás derechos inmateriales derivados de la obra artística de don Salvador Dalí y Domènech de los que es titular el Estado Español, ampliando el Real Decreto 799/1995. Todo ello, sin perjuicio de su posible cesión a la fundación "Gala-Salvador Dalí"*, lográndose de esta forma la adecuada unidad y eficacia en la gestión, administración y explotación de los derechos derivados de la obra daliniana, con una mayor seguridad jurídica».

Volviendo al asunto judicial, para llegar a su declaración final, el Tribunal de Justicia dice: «Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho interno, como el artículo L. 123-7 del CPI, que reserva el derecho de participación únicamente a los herederos forzosos, con exclusión de los legatarios testamentarios. Con carácter preliminar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck, 292/82, Rec. pág. 3781, apartado 12; de 14 de octubre de 1999, Adidas, C-223/98, Rec. pág. I-7981, apartado 23; de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. pág. I-4983, apartado 41, y de 10 de septiembre de 2009, Eschig, C-199/08, Rec. pág. I-8295, apartado 38). En este aspecto, hay que observar de entrada que la redacción de la Directiva 2001/84 no contiene ninguna indicación sobre el concepto de "causahabientes" del autor de la obra mencionado en el artículo 6, apartado 1. A falta de toda definición expresa de ese concepto, es preciso examinar los objetivos que impulsaron la adopción de la Directiva 2001/84.27».

A renglón seguido, la sentencia trae a colación la doble finalidad perseguida por la Directiva 2001/84, «a saber, como resulta de sus considerandos tercero y cuarto, *garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras*, por una parte. Se trata por otra parte, como precisan los considerandos noveno y décimo de la misma Directiva, de *poner fin a las distorsiones de la competencia en el mercado del arte, ya que el pago de un derecho de participación en algunos Estados miembros puede llevar a desplazar las ventas de obras de arte a los Estados miembros en los que no se aplica ese derecho*. El primer objetivo pretende asegurar cierto nivel de remuneración a los artistas. Por esa razón el derecho de participación se define como inalienable e irrenunciable, incluso por adelantado, conforme al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/84. Pues bien, no se advierte que la realización de ese primer objetivo resulte perjudicada en absoluto por la atribución del derecho de participación a determinadas categorías de sujetos de derecho con exclusión de otros al fallecer el artista, atribución que tiene carácter accesorio en relación con ese objetivo. En lo que atañe al segundo objetivo, se reveló indispensable prever una armonización que abarcara las obras de arte y las ventas objeto del derecho de participación, así como la base y el porcentaje de este. En efecto, como se desprende claramente del considerando noveno del preámbulo de la Directiva, el legislador de la Unión quiso corregir una situación en la que las ventas de obras de arte se concentraban en los Estados miembros en los que no se aplicaba el derecho de participación, o bien este se aplicaba con un porcentaje inferior al vigente en otros Estados miembros, y ello en perjuicio de los establecimientos de venta en subasta o de los comerciantes de arte establecidos en el territorio de los últimos Estados. Este segundo objetivo explica la elección de la base jurídica con fundamento en la cual se adoptó la Directiva 2001/84, a saber, el artículo 95 CE. Dicha elección confirma que la adopción de esta se inscribe en el marco de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tienen por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Por consiguiente, como resulta de los considerandos decimotercero y decimoquinto de la misma Directiva, no es necesario suprimir las diferencias entre las legislaciones nacionales que no pueden perjudicar al funcionamiento del mercado interior, y, para dejar tanto margen de decisión como sea posible a las autoridades nacionales, basta con limitar la armonización a las disposiciones nacionales que influyan más directamente en el funcionamiento del mercado interior».

En definitiva, «este análisis se refuerza por el considerando vigésimo séptimo de la Directiva 2001/84, del que resulta que, si bien el legislador de la Unión ha querido que los derechohabientes del autor disfruten plenamente del derecho de participación a la muerte de este, en cambio, conforme el principio de subsidiariedad, no ha estimado oportuno intervenir por medio de esa Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros, atribuyendo así a cada uno de estos la facultad de definir las categorías de personas que puedan calificarse como causahabientes en su ordenamiento nacional. De lo antes expuesto resulta que, a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, *los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte*».

A la vista de los anteriores antecedentes, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de

participación en beneficio del autor de una obra de arte original, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que *reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios*. No obstante, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación».

2. Reproducción de la obra escultórica por entidad pública, sin autorización para ello: la SAP de Madrid, de 22 de enero de 2010, y la infracción del derecho de reproducción del autor de una escultura por la entrega de réplicas como premio al mejor pasador de la liga de baloncesto

Se trae a colación esta sentencia, toda vez que en ella se ventila la presunta vulneración del derecho de reproducción del autor por la entrega por parte de la entidad demandada de estatuillas como trofeo al mejor pasador de la Liga ACB. En este sentido, la entrega que hizo el autor a un representante de la entidad pública demandada, no otorga ni transmite los derechos sobre la misma. A mayor abundamiento es la viuda del autor de una obra escultórica quien demanda a la sociedad estatal de Correos, prosperando en primera instancia sus pretensiones, con la condena a indemnizarla por daños morales y patrimoniales derivados de la infracción de sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Interpuesta apelación, la demandada recurrente logra que se estimen parcialmente sus alegaciones y se aprecie que únicamente se ha producido una infracción de los derechos de propiedad intelectual por la reproducción de la escultura, reduciéndose el importe de la indemnización.

Dice el Fundamento primero de la resolución judicial: «La representación de doña Flora, en su condición de viuda y legitimada *mortis causa* en los derechos de don Alejandro, formuló demanda contra Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A., por infracción de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra escultórica "El Cartero", de la que es autor el señor Alejandro, en reclamación de la condena de la demandada al pago de 24.000 euros en concepto de reproducción de dos estatuillas de la referida obra y por la distribución y comunicación pública de las mismas, solicitando igualmente la cantidad de 1.500 euros en concepto de daño moral. En esencia, en la demanda se alega que don Alejandro es el autor de la obra escultórica "El Cartero", adquirida por la entidad Llosemar, S. A. a su autor para su instalación en la vía pública por el Ayuntamiento de Baracaldo (Vizcaya), habiéndose entregado por el autor al representante de Correos en Vizcaya una reproducción a escala de dicha obra en el acto de inauguración tras la colocación de la escultura y que la entidad demandada habría vulnerado los derechos de autor sobre la referida obra por la reproducción de dos estatuillas y su distribución y comunicación pública sin la debida autorización al hacer entrega de las mismas como premio patrocinado por la entidad demandada en las ceremonias de entrega de premios de las finales de la Liga ACB de las temporadas 2003 y 2004 a los mejores pasadores de la liga —Dejan Bodiroga y Sarunas Jasickevicius respectivamente—».

En otro de los fundamentos, la sentencia aprecia que, dado el tenor literal del artículo 56.1 en que se dice que: «El adquirente de la propiedad del soporte

a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última», por lo que añade que «sobre este particular ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 25 de marzo de 2008, en un supuesto con cierta identidad al presente, trayendo a colación la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1998, cuando afirma que "la adquisición de una obra plástica no implica la adquisición del derecho de autor o de facultades del mismo sobre esa obra. Quien compra un cuadro o una escultura no puede reproducirla, ni distribuir copias de la misma, ni comunicarla públicamente ni transformarla o autorizar su transformación". Entiende la Sala que lo mismo ocurre cuando la adquisición se hace a título gratuito o sin más contraprestación que el pago de los costes de elaboración material de la obra, sin que pueda suponer que se cedieron a esta todos los derechos de autor sobre tal obra, ni siquiera los derechos de explotación, al entender la Sala que para ello sería necesario pacto expreso o algún acto concluyente inequívocamente significativo de tal cesión, que no se ha producido en el caso de autos, sobre todo si se tiene en cuenta las reticencias con que el ordenamiento jurídico ha contemplado siempre la posibilidad de una enajenación definitiva, perpetua y global de los derechos de autor, incluso si se reducen a su faceta patrimonial, así como la inalienabilidad de los derechos morales de autor. De lo expuesto resulta que lo cedido gratuitamente fue el *corpus mechanicum* de la obra escultórica del actor. Este *corpus mechanicum* adquirido por la demandada, como recuerda la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2000, es menos que los derechos de explotación sobre tales obras, y menos aún que el *corpus mysticum* que supondría la totalidad de los derechos de autor sobre las mismas, que engloba no solo los derechos patrimoniales sino también los morales. Debe indicarse por tanto que se ha llevado a cabo por la parte demandada la reproducción de la obra escultórica del señor Alejandro, puesto que se han hecho copias de tal escultura, extremo no cuestionado por la demandada sin perjuicio de atribuirse el derecho a realizarlas».

Ahora bien, «como también se razonaba en la aludida sentencia, no puede entenderse que haya existido una distribución de la obra en sentido técnico-jurídico por cuanto que en la propiedad intelectual la distribución supone el ofrecimiento del original o de la reproducción de la obra al público, a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, la entrega de reproducciones de la obra a un círculo muy restringido de personas, únicamente los jugadores ganadores de los trofeos, excluye que se haya producido propiamente una distribución ilícita de las obras escultóricas del actor. En cuanto a la comunicación pública, mientras que en otro tipo de obras (por ejemplo, las musicales, cinematográficas o teatrales) esta modalidad de ejercicio del derecho de autor tiene una gran importancia, en el caso de las obras plásticas la comunicación pública suele quedar reducida a la exposición pública de las mismas (art. 20.2.*h* de la actual ley). La Sala entiende que el hecho de que la entrega de los trofeos en la final de la Liga ACB tenga una amplia cobertura mediática y que resulten emitidos reportajes audiovisuales o publicadas fotografías de los premiados sosteniendo las esculturas entregadas como galardón no es propiamente una exposición pública de las obras, puesto que tales reportajes o fotografías no van dirigidos a la comunicación pública de dichas obras escultóricas, sino que la aparición en los mismos de tales esculturas es un aspecto secundario respecto del personaje ganador del trofeo y del acontecimiento en sí».

En resumidas cuentas y a la vista de lo que se acaba de reproducir, a juicio del ponente, «únicamente se infringieron los derechos de propiedad intelectual del

autor de la obra escultórica por reproducción de la misma, lo que ha de tener su reflejo en una cierta rebaja en la indemnización inicialmente concedida, sin que puedan ampararse otras alegaciones de la apelante en orden a que su actuación habría sido involuntaria, lo que ha de rechazarse desde el momento en el que, sin tratar de apercibirse sobre la autoría y derechos sobre una estatuilla que dice encontrar en un despacho de Correos, decide aventurarse a su reproducción para su entrega como trofeos en actos de cierta repercusión y con fines promocionales como patrocinador del premio, sin que tampoco pueda compartirse la culpa que pretende hacerse descansar en el propio autor de la obra escultórica por haber entregado en su día una réplica a escala de la misma».

3. SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000: El artículo 348 del Código Civil hace referencia, en todo caso, al derecho a gozar y disponer de una cosa, que el propietario del soporte de la creación intelectual tiene sobre el mismo, dentro de los límites y de las limitaciones fijadas por la Ley

En el supuesto de autos se reitera alguno de los aspectos que hemos tenido ocasión de mencionar, así, advierte el ponente que: «Es característica de la obra plástica única, en cuanto no obtenida con técnicas que permitan una reproducción en serie, la identidad plena entre la creación y el soporte material en que se expresa. Es decir, una indisoluble unión entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. Ello trae como consecuencia, en los casos en que la titularidad sobre uno y otro no coincidan en el mismo sujeto, la necesidad de organizar la coexistencia de los dos derechos de propiedad concurrentes, ambos reconocidos en el artículo 33 de la Constitución Española y declarados compatibles por el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Y, en concreto, la necesidad de determinar en qué medida la existencia de uno limita, extrínsecamente, el contenido del otro»[30].

Sigue la resolución diciendo: «El derecho de propiedad no se concibe hoy como una suma de facultades, sino como el más amplio señorío posible sobre la

[30] En el supuesto ventilado, los demandantes, «en la condición (el primero) de autor de una serie de obras fotográficas (denominada *fottogrammes),* resultantes de someter los negativos a un complejo proceso artístico y técnico que determina que, aunque la imagen sea la misma, las copias constituyan ejemplares únicos, y (ambos) en la de coautores en colaboración de una compleja creación (denominada fauna secreta) formada por fotografías, dibujos, animales disecados y documentos, alegaron en la demanda, en síntesis, que la demandada, Fundació Caixa de Catalunya, a la que habían transmitido la propiedad de los objetos que eran expresión de sus obras plásticas, al conservarlas negligentemente, había dado lugar, en adecuada relación de causalidad, a su destrucción material, en unos casos, y a su deterioro, en otros, con lesión de las facultades morales y patrimoniales integradas en el derecho subjetivo que, sobre la obra artística y como autores, les reconoce el artículo 1 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual —RDL 1/1996, de 12 de abril. Por ello, pretendieron la condena de la propietaria de los soportes a indemnizarles, en sus respectivos casos, en los daños y perjuicios, morales y patrimoniales, ocasionados con la destrucción y deterioro de aquellos y a la reparación y reposición de las obras no destruidas. Tales pretensiones fueron estimadas íntegramente en la primera instancia, por medio de la resolución recurrida por la demandada. Se trata, en definitiva, de decidir si la demandada debía conservar las cosas de su propiedad por ser la expresión o soporte de una obra artística; si, en su caso, incumplió ese deber y si ello se tradujo en daño para los derechos intelectuales concurrentes y en qué medida».

cosa, caracterizado por su abstracción y su elasticidad. El artículo 348 del Código Civil hace referencia, en todo caso, al derecho a gozar y disponer de una cosa, que el propietario del soporte de la creación intelectual tiene sobre el mismo, dentro de los límites y de las limitaciones que, aquellos de modo general y estas en cada caso, le sean aplicables. El autor de la obra plástica única conserva, no obstante, la enajenación de la cosa material a la que incorporó su creación; ciertas facultades morales y patrimoniales, integradas en el derecho subjetivo real de que es titular, con la inherencia, reipersecutoriedad y oponibilidad *erga omnes,* propias de esa categoría. A) En concreto, en el orden moral, sigue siendo titular de las facultades a exigir respeto a la integridad de la obra —art. 14.4.º— y de tener acceso al ejemplar único —art. 14.7—. B) En el orden patrimonial, el autor conserva la facultad a la exposición pública de la obra, mas solo si hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original; así como la facultad a participar en el precio de determinadas reventas —art. 24— o *Droit de suite*».

4. SAP de Alicante, de 19 de diciembre de 2006: la denominada «reventa» prevista en el artículo 24 TRLPI se refiere a cualquier transmisión a título oneroso realizada después de la primera cesión (a título oneroso o gratuito) realizada por el autor, siempre que la enajenación sea en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil

Reventa es la transmisión a título oneroso que se produce después de la primera transmisión. Transmisión *mortis causa pro indiviso* de Derecho de autor: En el recurso de apelación se impugnan cuatro pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia, a saber: *a)* el derecho de las herederas a la participación en el precio de la reventa previsto en el artículo 24 TRLPI; *b)* la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997 (documento núm. 2 de la demanda) constituye una reventa; *c)* la condena al pago de los intereses desde la fecha del requerimiento notarial de fecha 25 de octubre de 2000; *d)* la imposición de las costas causadas en la instancia a la demandada.

Respecto de la primera de las cuestiones apuntadas, hemos de partir del tenor del artículo 56.1 TRLPI: «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Significa, aplicándolo a las obras plásticas, que el dominio sobre el soporte material a la que se incorpora la obra no legitima, por sí solo, al propietario para el ejercicio de los derechos de explotación, entre cuyas especies se incluye el derecho de participación en el precio de la reventa, previsto en el artículo 24 TRLPI.

En nuestro caso, consta que los propietarios de las obras plásticas que fueron objeto de transmisión mediante la escritura otorgada el día 10 de diciembre de 1997 adquirieron el dominio a título de herencia del causante don Vicente, quien a su vez adquirió el dominio de esas obras plásticas a título de legado en la herencia del autor, don Esteban, conforme al testamento otorgado por este último, de fecha 21 de febrero de 1985 (documento núm. 11 de la demanda). En ese legado solo se transmitía el dominio de las obras plásticas que pudieran existir en el momento del fallecimiento del testador y que se hallaran en su poder por no haber sido objeto de venta, al igual que los cuadros y objetos de arte que se encontraran en la casa del testador sita en la AVENIDA000 número NUM000 de El Plantío (Madrid). Si el objeto del legado fue el pleno dominio

de las obras plásticas del testador, ningún otro derecho pueden arrogarse los causahabientes del legatario.

En el testamento del autor de las obras plásticas se instituían herederas por terceras partes iguales a su hermana, doña Sofía y a sus sobrinas, hijas de esta, doña María Milagros y doña María Rosa, respecto del «resto de todos sus bienes, derechos y acciones». Quiere decirse con ello que los derechos de propiedad intelectual sobre las obras plásticas (ente ellos, el derecho a la participación en el precio de la reventa) que son, conforme dispone el artículo 3.1 del TRLPI, independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual, pertenecen pro indiviso a las herederas, las cuales han suscrito el contrato de adhesión de socios con la Entidad Gestora actora (documentos 5 a 10 de la demanda).

Así las cosas, debe confirmarse que correspondía a los vendedores en la compraventa otorgada el día 10 de diciembre de 1997, el dominio sobre el soporte material de las obras plásticas y corresponde a las herederas del autor los derechos de propiedad intelectual sobre esas obras plásticas.

La interpretación pretendida por la apelante sobre la voluntad del testador de que el legado de las obras plásticas llevaba consigo la transmisión de los derechos de propiedad intelectual inherentes a las mismas no concuerda con, de un lado, que el objeto del legado era «el pleno dominio» y «la plena propiedad» de los soportes materiales (cuadros, guaches y objetos de arte), y de otro lado, con la expresa atribución a las herederas del «resto de todos sus bienes, derechos y acciones».

En la segunda alegación del recurso se impugna que la compraventa celebrada el día 10 de octubre de 1997 pueda ser calificada como «reventa» a los efectos del derecho de participación previsto en el artículo 24 TRLPI porque las dos transmisiones anteriores fueron a título gratuito (legado del autor a favor de don Vicente y posterior adquisición a título de herencia por los que vendieron las obras plásticas el día 10 de octubre de 1997) y porque no puede aplicarse retroactivamente la Directiva 2001/84, de 27 de septiembre .

Hemos de partir de que sobre el conjunto de las obras plásticas denominado «La Colección» se produjeron tres transmisiones: 1) transmisión a título de legado del autor a favor de don Vicente; 2) transmisión a título de herencia a favor de los herederos del legatario; 3) compraventa realizada por los herederos a favor del Ayuntamiento de Alicante, de fecha 10 de octubre de 1997, en la que intervino la mercantil demandada como mediadora. Como observamos, las dos primeras transmisiones fueron a título gratuito y, únicamente, la tercera, es a título oneroso.

La Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia sobre que el término «reventa» comprende las ventas posteriores a la primera cesión realizada por el autor, pues es la que mejor se adecua a la finalidad de este derecho consistente en garantizar a los autores de las obras plásticas una participación económica en el éxito de sus obras y se corresponde con el significado que se desprende del artículo 14 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 («ventas posteriores a la primera cesión operada por el autor»), y el artículo 1 de la Directiva 2001/84/CEE, de 27 de septiembre de 2001 («porcentaje sobre el precio de venta obtenido en cualquier reventa de que sea objeto la obra tras la primera cesión realizada por el autor»).

En definitiva, la «reventa» prevista en el artículo 24 TRLPI se refiere a cualquier transmisión a título oneroso realizada después de la primera cesión (a título oneroso o gratuito) realizada por el autor, siempre que la enajenación sea en pública subasta o en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

Es cierto que esa Directiva no estaba en vigor en el momento de la compraventa pero es indudable su función interpretativa y, en ningún caso, cabe alegar la falta de aplicación del Convenio de Berna que también mantiene la interpretación anteriormente expuesta.

5. SAP de Madrid, de 12 de febrero de 2008: el cómputo del plazo de prescripción y la carga de la prueba de la reventa

Sobre este cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de este derecho y, en su caso, la carga de la prueba de la reventa declara la SAP de Madrid, de 12 de febrero de 2008 que: «en relación con la excepción de prescripción, debe indicarse que la sentencia apelada razona en su Fundamento de Derecho segundo que, en aplicación del artículo 24-5 de la Ley de Propiedad Intelectual, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de tres años está constituido por la fecha en la que el revendedor comunica a la entidad de gestión el hecho y condiciones de la reventa, por lo que, considerando que en el supuesto analizado nunca llegó a existir esa clase de comunicación, todas las consideraciones que a continuación lleva a cabo la resolución sobre la interrupción del plazo de prescripción son simples reflexiones efectuadas *ex abundantia* (…)».

En cuanto a las obras realmente revendidas y el precio en el que lo fueron, «hay que tener en cuenta que, tratándose de subastas cuya celebración es publicitada a través de catálogos, la entidad de gestión VEGAP, ante el incumplimiento sistemático por parte de la demandada de su obligación legal de notificación, no podía hacer otra cosa, en orden a acreditar la realidad y cuantía de las operaciones, que la que efectivamente hizo, esto es, destacar a un propio ante la sala subastadora con ocasión de cada uno de los eventos anunciados con el fin de que tomase debida nota de lo allí acontecido. A partir de ahí, si el testimonio de la persona destacada por VEGAP no le ofrece a la apelante suficientes garantías de imparcialidad, debería ser ella quien acreditara el destino dado a las obras que asegura no fueron vendidas y el precio en el que se remataron aquellas que sí lo fueron al tener que obrar forzosamente en su poder los medios probatorios capaces de acreditar unos y otros extremos toda vez que, de acuerdo con la denominada teoría de la "facilidad" o de la "cercanía de la fuente probatoria", que representó en su día un temperamento de origen jurisprudencial al excesivo rigor que en ocasiones representaba la aplicación a ultranza de la norma distributiva del ya derogado artículo 1214 del Código Civil, cada parte está obligada a demostrar en el proceso aquellos hechos cuya prueba tiene a su alcance o le resulta próxima o de fácil obtención (STS de 25-6-87, 29-10-87, 18-11-88, 12-12-88, 17-6-89, 18-4-90, 23-10-91, 15-11-91 y 13-12-92, entre otras). Criterios que recientemente han recibido sanción positiva a través del artículo 217-6 LEC 1/2000».

6. SAP de Madrid, de 19 de abril de 2005: el supuesto de la pluralidad de titulares y legitimación activa de las entidades de gestión

Ha sido muy controvertida la legitimación activa de entidad de gestión, extremo ya pacífico entre la doctrina y jurisprudencia[31], y, por lo que se refiere a la

[31] SAP de Madrid, de 9 de julio de 2001, legitimación activa de las entidades de gestión para instar las acciones conducentes a la retribución correspondiente por venta de obra plás-

pluralidad de titulares, la sentencia mencionada declara que «el derecho llamado de participación (*Droit de suite* en la doctrina francesa) faculta a su titular, que puede ser un artista plástico o su heredero, para recibir del vendedor de una obra plástica una participación del 3 por 100 del precio de la reventa, siempre que la obra esté valorada en más de 300.000 pesetas y que la reventa se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Es un derecho especial y autónomo, esencialmente patrimonial, integrado dentro del haz de facultades contenidas en la propiedad intelectual y tiene su fundamento en una extensión o prolongación de los derechos de explotación del artista más allá de la primera transmisión, con independencia de la revaloración de la obra (que en cualquier caso ordinariamente se produce). Es un derecho irrenunciable, intransmisible por actos *inter vivos* y temporal, siendo su duración toda la vida del autor y sesenta años más, computados desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o declaración de fallecimiento del autor (…)».

Dicho lo cual añade que «no puede olvidarse que aunque *la Ley no establece la gestión obligatoria del derecho de participación de los artistas plásticos por las entidades de gestión, no es menos cierto que, dada la multiplicidad de posibles titulares de derechos de participación en reventa (autor, sucesores* mortis causa *hasta setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor),* y pudiendo estos ser tanto españoles o extranjeros, el cumplimiento de la obligación de notificación de la reventa a que hace referencia el número 4 del artículo 24 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, resulta muy difícil, si no imposible para el vendedor o revendedor conocer quiénes pueden ser los eventuales titulares de dichos derechos y un domicilio para la notificación (lo que no puede servir para eximirse del cumplimiento de dicha obligación) por lo que la intervención de la entidad de gestión correspondiente, en este caso VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP), debe considerarse imprescindible»[32].

---

tica: «La referida cuestión ha sido objeto de controversia por la doctrina de las Audiencias Provinciales, si bien hoy día la mayoría entre las que se encuentra esta Sección, estima que la legitimación de las Entidades de Gestión, les viene dada por ministerio de la ley y por vía indirecta o por sustitución, fundamentalmente en base a lo que establecen los artículos 132 y 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ya que prevén la existencia de entidades encargadas de la gestión de la explotación de los derechos de autor, siempre y cuando hayan sido previamente autorizadas por el Ministerio de Cultura, señalando el artículo 135 que las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, debiendo entenderse, partiendo de lo antes dicho, y como señala la reciente STS (Sala 1.ª) de 29 de octubre de 1999, que la expresión "derechos confiados a su gestión", puesta en relación la de "en los términos que resulten de sus Estatutos" se refiere a todos aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, y no solo a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares de los mismos les hayan sido confiados para su gestión, atribuyéndose así a estas Entidades, legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad».

[32] SAP de Madrid, de 3 de marzo de 2003, estará legitimada la entidad si hay adhesión del autor a la entidad gestora: «En ambas se le decía que, pese a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 24, 145, 147 y 150), no basta con la certificación y autorización administrativa para gestionar los derechos de participación económica de los artistas plásticos

Sigue subrayado el sentenciador que la dificultad de determinar los plurales titulares no exime a la entidad subastadora de la obligación de notificación de la reventa y en particular advierte que «no puede dejar de llamar la atención que la demandada FERNANDO DURÁN, S. A., que en todo momento alude al peligro de doble reclamación para oponerse a la demanda, no haya probado ni intentado probar siquiera que haya intentado cumplir con su obligación de notificar la subasta pública a los autores o personas eventuales titulares del derecho de participación, por lo que su defensa puramente negativa debe considerarse que tiene como única finalidad eludir el pago de los legítimos derechos de los artistas plásticos o de sus herederos, negándose a reconocer la representación de la actora, todo ello en contra de lo dispuesto por la Ley y de lo que resulta acreditado por la prueba practicada en autos, posición que por ello no puede ser amparada»[33].

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO CONJUNTO DE DERECHOS TRANSMISIBLES *MORTIS CAUSA* Y SUS ESPECIALIDADES

La Propiedad Intelectual ostenta la singular caracterización de «especial», toda vez que recae sobre un derecho inmaterial. Esta condición se traduce en que el autor o autora de la creación científica, literaria o artística, carece de la simetría e igualdad de los derechos de goce y disfrute de los titulares de las propiedades ordinarias.

En este sentido, en el contenido del derecho de autor se encuentra tanto el conjunto de los derechos patrimoniales o de explotación (Reproducción, Distribución, Comunicación Pública y Transformación) y los denominados derechos morales. Adicionalmente al titular de la creación se le reconocen otros de naturaleza debatida, como la compensación equitativa por copia privada o el de participación o *Droit de suite* de los autores de obras de artes plásticas previsto

---

cerca de los establecimientos dedicados a la reventa de sus obras, ni basta con la existencia de unos estatutos *ad hoc,* sino que es preciso que los autores en cuestión se hayan adherido a la entidad gestora o hayan pactado con ella la gestión de sus derechos. El artículo 7.º de esos Estatutos exige, en su párrafo segundo, para ser socios de la entidad, instancia del interesado y acuerdo del Consejo de Administración. Para ser "adherido", exige solicitar la admisión».

[33] La anterior resolución fue recurrida y resuelta por el ATS, de 7 de diciembre de 2005, desestimatorio, así dice: «nos encontramos ante un litigio seguido por razón de la cuantía en el que esta no alcanza el límite exigido en el artículo 477.2.2.º de la LEC, que por ello tiene impedido el acceso al recurso de casación y, en consecuencia, al recurso extraordinario por infracción procesal por aplicación de la Disposición Final decimosexta de la LEC (…) la recurrente no puede hacer coincidir la cuantía del procedimiento con el interés económico que para ella pueda suponer obtener una sentencia favorable cara a la posible formulación frente a ella de otras demandas similares a la que inició el proceso que nos ocupa; nos hallamos ante un juicio en el que se reclamaron 11.250.95 euros y 16.907,92 euros, además de los intereses legales contabilizados desde el día siguiente al del vencimiento del plazo legal de dos meses para hacer efectivo dichos importes, correspondientes a liquidaciones efectuadas a partir del año 1999, es decir, que ni siquiera teniendo en cuenta junto con el principal los intereses reclamados a la fecha de presentación de la demanda (regla 1.ª, art. 251, y regla 2.ª, art. 252), la cuantía del proceso alcanza el límite exigido en el artículo 477.2,2.º de la LEC. Y, tampoco cabe tener en consideración las alegaciones formuladas en el escrito de queja sobre la existencia de "interés casacional", cauce de acceso al recurso de casación que fue el invocado por la recurrente y que resulta ser inadecuado».

en el artículo 24 en favor de los creadores y transmisible únicamente por sucesión *mortis causa*, precepto que derogaría la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, reconoce a los autores de obras de arte gráficas o plásticas, el derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa realizada tras la primera cesión realizada por el creador. Este derecho, corresponde el autor y, al resultar intransmisible *inter vivos*, será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original.

En definitiva, y como declara el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se trata de un derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra del que resulta titular el autor o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que cada legislación nacional confiera este derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

BALTAR TOJO: «Castelao y la Ley de Propiedad Intelectual de 1879: un curioso incidente legal», en *Boletín de ANABAD*, XXIX, 1, págs. 95 a 105.

BERCOVITZ, G.*: Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Madrid, 1997.

BONDÍA ROMÁN*:* «La compraventa de una obra de arte», en *Estudios de Derecho de Obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Madrid, 2006, págs. 199 a 224.

CASAS VALLES: «Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)», en *Anuario de Derecho Civil,* XLV, enero-marzo de 1992, págs. 155 a 206.

— «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la LPI,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., págs. 409 a 444.

CHICO Y ORTIZ: «Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual», en *RCDI,* 584, 1988, 107 a 131.

GUTIÉRREZ VICÉN: «Comentario al artículo 22», en *Comentarios a la LPI*, Madrid, 2007, págs. 191 a 204.

HERNÁNDEZ GIL: «Contenido de la sucesión», en *Obras completas,* 4, Madrid, 1989, págs. 483 a 487.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil,* V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.

LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil,* VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2009, 6.ª ed.

— *Principios de Derecho Civil,* IV, *Propiedad y Derechos reales de goce,* Madrid, 2010, 10.ª ed.

MACÍA BOBES: «El derecho de participación en la reventa de obras plásticas», en *Diario La Ley,* 7478, año XXXI, 2010.

MARTÍNEZ ESPÍN: «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la LPI,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Madrid, 2007, 3.ª ed., págs. 209 a 237.

OLLERO TASSARA: «Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate», en *Revista de Derecho Político,* 27-28, 1988, págs. 113 a 180.

ORTEGA DOMÉNECH: «El resurgimiento europeo del *Droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica», en *Anuario de Propiedad Intelectual,* 2001, 2002, págs. 253 a 334.

ORTIZ NAVACERRADA y O'CALLAGHAN MUÑOZ: «Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1955, sobre derecho moral de autor (escultura de Pablo Serrano): notas sobre su temática procesal y civil», en *Actualidad Civil*, 9, 1986, págs. 593 a 614.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN y TORREMANS*:* «Disposiciones transitorias en las leyes sobre Propiedad intelectual: ¿una espada de Damocles para los contratos internacionales?», en *Revista de Propiedad Intelectual,* 39, 2011, págs. 13 a 36.

PÉREZ SERRANO: «El derecho moral de los autores», en *Anuario de Derecho Civil*, II-I, 1949 págs. 7 a 27.

PLAZA PENADÉS*:* «El derecho de participación del artista en la reventa de sus obras *(Droit de suite)* en la Unión Europea y su repercusión en el Derecho español», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil,* MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (coord.), 2, 2001, págs. 2119 a 2134.

— «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la LPI,* RODRÍGUEZ TAPIA (dir.), Pamplona, 2007, págs. 124 a 143.

RAMS ALBESA: «Comentario a los artículos 42 y 43 de LPI», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

RIVERO HERNÁNDEZ*:* «Reproducción de la obra plástica, propiedad de museos y colecciones privadas», en *RCDI,* 622, 1994, págs. 1149 a 1198.

ROGEL VIDE: «Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil,* Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 del CC y Ley 28/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual), Edersa, Madrid, 1990.

ROMERO COLOMA: «La protección constitucional de los derechos de los artistas», en *Actualidad Administrativa*, 2000, LVII, pág. 1113, tomo 3.

SIEGRIST RIDRUEJO: «Derecho de participación y coleccionismo. Incidencias en la regulación europea del *Droit de suite* sobre el mercado del arte», en *Unión Europea Aranzadi,* 31-12-2004, págs. 5 a 13.

TOBIO RIVAS y GINER PARREÑO: «Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original», en *Derecho de los Negocios,* 222, 2009, pág. 57.

TRIANA LÓPEZ: «Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión *mortis causa* del derecho de autor», en *Anuario de la Facultad de Derecho,* 27, 2009, págs. 373 a 409.

VICENTE DOMINGO*: El* Droit de suite *de los artistas plásticos,* Madrid, 2007.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 15 de abril de 2010.
- STS de 26 de junio de 1912.
- STS de 26 de junio de 1913.
- STS de 4 de octubre de 1930.
- STS de 4 de abril de 1936.
- STS de 12 de febrero de 1946.
- STS de 9 de diciembre de 1985.
- STS de 20 de febrero de 1998.
- ATS de 7 de diciembre de 2005.
- SAP de Alicante, de 19 de diciembre de 2006.
- SAP de Barcelona, de 29 de septiembre de 2000.
- SAP de Madrid, de 22 de enero de 2010.

- SAP de Madrid, de 12 de febrero de 2008.
- SAP de Madrid, de 19 de abril de 2005.
- SAP de Madrid, de 3 de marzo de 2003.
- SAP de Madrid, de 9 de julio de 2001.

RESUMEN

PROPIEDAD INTECTUAL Y DISPONIBILIDAD MORTIS CAUSA *DERECHO DE PARTICIPACIÓN O* DROITE DE SUITE

El artículo 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, determina el contenido de este derecho de seguimiento o Droit de suite, *como es generalmente denominado. En particular, reconoce a los autores de obras de arte gráficas o plásticas, el derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa realizada tras la primera cesión realizada por el creador. Este derecho corresponde el autor y, al resultar intransmisible* inter vivos, *será imputado a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento del creador de la obra original. En suma, y como declara el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se trata de un derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra del que resulta titular el autor o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que cada legislación nacional confiera este derecho. Con estos antecedentes básicos, en este artículo revisaremos tanto las particularidades de la mencionada Ley 3/2008 —que adaptó la regulación del derecho de participación en beneficios del autor de una obra de arte original a lo dispuesto por la Directiva 2001/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, y que derogó el artículo 24 y la Disposición Adicional del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996— como*

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY AND MORTIS-CAUSA *DISPOSABILITY RESALE RIGHT OR* DROIT DE SUITE

Section 1 of Spanish Act 3/2008 of 23 December defines the contents of the resale right for the benefit of the author of an original work of art, more commonly known as Droit de suite. *It acknowledges that the authors of works of visual art have a right to receive from the seller a share of the price of any resale after the artist's first sale. This right belongs to the author. As it cannot be transferred* inter vivos, *it goes to the artist's successors after the death or declaration of death of the original work's creator. To sum up, as the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works declares, it is an inalienable right to an interest in resale of the work and it belongs to the author or, after the author's death, the persons or institutions to whom each country's legislation confers that right. After reviewing this basic background, an examination is made of the special features of Spanish Act 3/2008, which adapted the Spanish regulations on the resale right for the benefit of the author of an original work of art to the terms of Directive 2001/54/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001, and repealed section 24 and the additional provision of the Revised Intellectual Property Act (Spanish Act 1/1996). One such special feature is the presence of and controversy surrounding this right in court proceedings. In court the main aspects in conflict pertain to the legal standing of management entities as plaintiffs, the plurality of pos-*

la presencia y controversia de este derecho en vía jurisdiccional. En sede judicial, los principales aspectos en conflicto afectan a la legitimación activa de las entidades de gestión, la pluralidad de posibles beneficiarios y singulares disputas sobre obras escultóricas e, incluso, conflictos de ley aplicable con un sistema no coincidente, como la sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de abril de 2010, en la que resuelve que Directiva citada ut supra *no impide que el Derecho de un Estado miembro admita como beneficiarios únicamente a los herederos forzosos.*

sible beneficiaries, one-off disputes over sculptures and even conflicts of applicable law vis-à-vis a disagreeing system, such as the Court of Justice's ruling of 15 April 2010, which finds that the EU directive does not prevent the law of a Member State from accepting only the heirs entitled by law to a share in the estate as the beneficiaries.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA PERMUTA DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA JURÍDICA: a) Como derecho personal. b) Como derecho real o *IUS AD REM* sobre la obra futura.—III. MODALIDADES: 1. Permuta de solar por construcción futura. 2. Permuta de solar por participación en porcentaje de lo construido. 3. Cesión de derecho de vuelo a cambio de viviendas o locales futuros. 4. Reserva de vuelo y transmisión de propiedad de solar con prestación subordinada de obra. 5. Participación del aportante del solar en los beneficios de la venta. 6. Autopromoción en comunidad. 7. Contrato de obra con contraprestación en especie consistente en la entrega de unidades construidas.—IV. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES OBJETO DEL CONTRATO: 1. Planteamiento. 2. La transmisión del dominio en los contratos sobre cosa futura. 3. La cesión de solar a cambio de edificación futura.—V. ASPECTOS REGISTRALES.—VI. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: 1. Incumplimiento del cesionario. 2. Incumplimiento del cedente.—VII. BIBLIOGRAFÍA.— VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad y como consecuencia del desarrollo del sector inmobiliario, ha adquirido importancia la permuta a propósito de la figura jurídica que surge cuando el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, locales comerciales y/o plazas de garaje, un porcentaje de edificación, un derecho de vuelo o incluso prestaciones mixtas que incluyan una cantidad pecuniaria.

La operación económica de permuta de solar por edificaciones futuras no constituye en la praxis un tipo específico de contrato, sino más bien una diversidad de formas contractuales distintas, que se caracterizan por el hecho de que el titular de un solar enajena su propiedad o un derecho de vuelo a un tercero a cambio de una contraprestación futura en especie, o mixta de especie y dinero, consistente en la entrega (normalmente en propiedad, pero puede ser también en arrendamiento) de determinados pisos o locales en la construcción futura.

Para los promotores inmobiliarios esta operación es atractiva ya que no requiere privarse actualmente de la liquidez que requiere una compraventa ordinaria. Por su parte, para los propietarios de los solares es un modo de acceso a la vivienda más barato que el recurso al mercado, además de permitirles aprovecharse de la plusvalía futura de las viviendas residuales con objeto de revenderlas

posteriormente en el mercado, sin adquirir la condición de promotor a efectos de la responsabilidad por defectos constructivos[1].

A cambio de sus ventajas, la permuta tiene también sus riesgos. Para el cedente es arriesgada porque la contraprestación que se le debe se dilata en el tiempo y depende de factores poco controlables como la solvencia económica del promotor, que le permita concluir la obra. También soporta los riesgos jurídicos de que los inmuebles prometidos pasen a poder de tercero antes de su entrega al cedente (caso en el que por aplicación del art. 1295 *in fine*, se protege al tercero y no procede la resolución contractual sino el cumplimiento por equivalente aún cuando ni aquel ni el cesionario hubieran inscrito su derecho[2]), así como a los riesgos urbanísticos de que el terreno resulte expropiado o sometido a venta forzosa, con la consiguiente reducción del aprovechamiento urbanístico, el promotor no llega a adquirir o ve extinguidas las sucesivas facultades urbanísticas previstas en la legislación aplicable. Es difícil sustraerse a estos riesgos[3]. Si se establece una condición suspensiva o resolutoria para la cesión, ello impedirá que el promotor pueda obtener financiación bancaria para construir (incluso si se pacta posposición registral de la condición, como se infiere del supuesto contemplado en la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2003) y sería una falta de estímulo para cualquier tercero que estuviera dispuesto a adquirir viviendas o locales en el edificio a construir.

Estos riesgos no quedan minorados mediante la fórmula de que el cedente retenga en su patrimonio los derechos reales correspondientes y conceda al promotor un simple derecho personal en forma de contrato de obra con pago en especie de los pisos o locales residuales. Es evidente que el promotor requerirá, por lo menos, un derecho real consistente que le permita construir y retener la propiedad sin necesidad de actos futuros que dependan del cedente y que pueda ser concedida en garantía al financiador. Es difícil, en este sentido, que un pro-

---

[1] En este sentido, véanse las SSTS de 18 de diciembre de 1990: Los cedentes del suelo se limitaron a transmitir el solar en que la edificación ha sido construida, generando con ello una permuta con prestación subsidiaria de obra, determinante de un contrato atípico *do ut des,* subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil. Ello no origina en los transmitentes del solar el carácter de promotor-constructor y por tanto no les alcanza la responsabilidad constructiva del artículo 1591 del Código Civil, y en sentido similar se pronuncia la STS de 11 de junio de 1994: El propietario del terreno que se limita simplemente a permutarlo con un constructor, a cambio de una parte (determinado número de pisos o de locales comerciales) de la obra que el constructor edifique sobre dicho terreno no puede considerarse promotor-constructor a los efectos de hacerlo responsable de los vicios constructivos del artículo 1591 del Código Civil.

[2] La sentencia del TS, de 16 de diciembre de 2002, contempla la improcedencia de la resolución de una permuta de suelo por inmueble a edificar por la existencia de terceros adquirentes de buena fe. Ante el incumplimiento del cesionario procede la indemnización de daños y perjuicios.

[3] Así la sentencia del TS, de 18 de febrero de 2005, señala que la escritura de permuta confiere un título de dominio sobre la finca agrupada al promotor adquirente de ella, y otro sobre «cosa futura» (en la división de la construcción, una vez realizada) a los que entregaron aquellos, aun siendo garantizados por una condición resolutoria si el adquirente no cumpliere sus compromisos. Esta compra de «cosa futura» precisaba, para llegar a constituir título de dominio para sus adquirentes, de la construcción y entrega de su posesión a los mismos, lo que no se hace hasta la escritura de constitución de la propiedad y entrega de la posesión (con la pérdida voluntaria de la condición resolutoria no ejercitada), escritura posterior a la anotación del embargo.

motor acepte (como ocurrió, sin embargo, en las SSTS de 16 de noviembre de 1994 y de 20 de noviembre de 1991) que el cedente haga suyas las construcciones por vía de accesión y se comprometa a título de deuda a entregar al contratista diversos pisos en pago de la obra. También el constructor se arriesga a perder la inversión ya realizada, si el cedente resuelve por incumplimiento y los tribunales deciden considerar que el primero es un constructor de mala fe a efectos del artículo 362 del Código Civil.

Conciliar todos estos intereses no es fácil. En la práctica, el modo más eficaz de conciliar los intereses de todas las partes sería transmitir directamente la propiedad del solar a cambio de la prestación de una garantía independiente, como un aval bancario a primer requerimiento del cedente, por el que el banco se obligara a pagar una vez que hubiera recibido la reclamación de aquel o como en el caso contemplado en la sentencia del TS de 21 de abril de 1989, previa contratación por el promotor cesionario de un seguro de crédito y caución con indemnización exigible a primer requerimiento del cedente, sin posibilidad de oponer excepciones por parte del garante.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Doctrinalmente se ha discutido la naturaleza de este contrato y podemos señalar tres corrientes: la mayoría de nuestros juristas se inclinan por considerarla como permuta especial de cosa presente por cosa futura. Otro sector prefiere hablar de permuta con prestación subordinada de obra, existiendo también posturas intermedias que lo califican como contrato atípico, contrato de aportación, etc.

Así, MERINO HERNÁNDEZ[4] configura esta modalidad contractual como «permuta de solar por pisos a construir», indicando que «de los pocos autores que de ella se han ocupado, todos dan en calificar al negocio de permuta, aunque no ordinaria, sino teñida de cierta especialidad que le da el versar uno de los objetos del contrato sobre una cosa futura como son los pisos o locales a construir».

Suele configurarse entonces como permuta de cosa presente por cosa futura y, encuadrarse dentro de la teoría general de los negocios y especialmente de la compraventa sobre cosa futura[5].

En la misma línea, GARCÍA CANTERO[6] indica que debido a las especiales circunstancias socioeconómicas, se ha desarrollado bastante en los últimos años la contratación en forma de permuta consistente, fundamentalmente, en el cambio de solar por un determinado número de pisos o locales a construir en el mismo. Aunque haya gran variedad de fórmulas jurídicas que permiten obtener idéntico o parecido resultado económico, no hay duda de que la permuta es uno de los

---

[4] MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta,* editorial Tecnos, Madrid, 1978, págs. 343 y sigs.

[5] MERINO HERNÁNDEZ, «Concluimos por nuestra parte que, salvo expresa declaración de las partes interesadas, el contrato por el que una de ellas ceda la propiedad de un solar a cambio de un número determinado de apartamentos a construir sobre él, será una permuta de cosa presente por cosa futura, a la que en principio, le serán de aplicación todas y cada una de las normas previstas para la permuta ordinaria… y sin perjuicio de las especialidades propias de este convenio, derivadas del carácter futuro de uno de los objetos de la prestación», *op. cit.,* pág. 351.

[6] GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigido por M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 795.

negocios típicos que pueden lograr aquella finalidad. Se trata de «una permuta de una cosa presente por una futura».

La Jurisprudencia se inclinó en un principio por su consideración como permuta, así en la STS de 9 de noviembre de 1972: Se entregó la casa para ser demolida, pagando el comprador el precio del solar al antiguo propietario mediante la entrega de uno o varios de los pisos a construir, fórmula que es muy frecuente en la moderna contratación y que encaja dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse el mismo. Últimamente se inclina por su conceptualización como contrato atípico *do ut des*[7], así en sentencia del TS de 24 de octubre de 1983: «…el derecho a edificar vuelos sobre el solar propiedad de ambos a cambio de obra que construirá la otra parte, estipulándose que por dicha cesión el constructor entregará a los cedentes la planta baja dividida en dos locales comerciales y las dos viviendas del entresuelo, correspondiendo a cada uno de los cedentes un local y una vivienda de las citadas, pero sin concretar las respectivas superficies, aunque sí las características y la calidad de los materiales a emplear en la edificación; con lo que se está en presencia de un negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta con prestación subordinada de obra».

La sentencia de 12 de diciembre de 1988 señala que: «…la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos encasillables en el artículo 1538 del Código Civil como contratos de permuta por su mayor aproximación de estructura negocial, no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustinianeo, es el de los contratos innominados *do ut des*, lo que no empece para el otorgamiento de la escritura de permuta en ejecución de lo convenido…».

Por su parte, la sentencia del TS, de 21 de julio de 1997, dice: «La permuta de solar por obra a construir, por cosa futura, no es exactamente un canje de cosa por cosa, sino un contrato complejo, de tracto sucesivo, generador de obligaciones, las cuales puede proteger el que entrega el solar por los distintos medios que el derecho establece, pero no por la simple eficacia de una cláusula resolutoria, pues mientras no se reconoce judicialmente no puede esgrimirse frente a tercero que embarga al titular dominical al tiempo del embargo».

Dicho esto, la permuta de solar por obra futura puede configurarse, y así lo entendió el artículo 13 del RH, introducido en la reforma de 1998, de forma que la contraprestación sea una mera obligación personal o genere un derecho real (en realidad un *ius ad rem*) sobre la obra futura:

a) Como derecho personal

La DGRN considera que si el compromiso de entregar la cosa futura se configura como una obligación personal quedará excluida del Registro, sin perjuicio de hacer una breve referencia a la misma en el asiento que recoja la adquisición del solar. Para estos supuestos tiene pleno fundamento la regulación del párrafo 4.º del artículo 13 del RH, que procede de la Resolución de la DGRN de 5 de

[7] STS de 5 de junio de 1989: «Es un contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque se aproxima a la permuta».

octubre de 1994, ya que una cosa es la mera expresión concisa de la contraprestación como causa de la adquisición, que es lo que se permite y otra diferente como titularidad real inscribible, que requiere una garantía real[8].

En estos casos el transmitente del solar no adquirirá la propiedad de los pisos hasta que se realice la entrega por parte del constructor, que se formalizará en acta notarial de entrega. En consecuencia, dado que la permuta de solar por obra futura determina la transmisión inmediata del solar a cambio de una obligación futura de entrega, el constructor que adquiere el solar podrá, salvo pacto en contrario, hipotecar por sí solo el inmueble, sin el consentimiento del transmitente del solar.

b) Como derecho real o *ius ad rem* sobre la obra futura

La DGRN ha pretendido reforzar la posición del cedente del solar frente a los acreedores del constructor, sosteniendo que el derecho sobre un piso o local en edificio a construir pueda tener carácter real, de modo que a partir del otorgamiento de la escritura el cedente del solar deviene propietario del piso, pudiendo ejercitar la acción reivindicatoria y la tercería de dominio en caso de embargo de los pisos por deudas del constructor cesionario y que, por tanto, nada obsta para su inscripción en el folio abierto al solar (art. 8.4 de la LH), desde el mismo momento de celebración del contrato, al tener la escritura de permuta efecto traditorio inmediato *ex* artículo 1462 del Código Civil.

En concreto, la Resolución de la DGRN, de 16 de mayo de 1996[9] reconoció este carácter real al señalar que si la cosa futura son pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal que están perfectamente delimitados con fijación incluso de su cuota y en la propia escritura de permuta se pacta la *traditio* instrumental, no será necesaria la entrega posterior que ya se haya efectuado en aquella, de manera que si se presenta la declaración de obra nueva y división horizontal, los pisos o locales en construcción que sirven de contraprestación a la permuta deberán ya inscribirse a nombre del transmitente del solar. Y la hipoteca del inmueble requerirá el consentimiento tanto del constructor como del

---

[8] Obsérvese que cabría su aplicación analógica para otros supuestos en que se establezca una contraprestación personal en un acto inscribible, como por ejemplo, transmisión de un inmueble a cambio de una pensión o renta vitalicia sin garantía real o incluso pactos sobre precio aplazado no garantizado.

[9] La RDGRN, de 16 de mayo de 1996, señala que aún habiéndose pactado en la escritura de permuta que «La indicada entrega (de los pisos futuros, por el constructor al originario dueño del solar) se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación», es admisible, al tiempo de la inscripción de la declaración de obra nueva y división horizontal, inscribir directamente los pisos afectados (cuya descripción era coincidente en las escrituras de permuta y de obra nueva y propiedad horizontal) a favor del originario dueño del solar, pudiendo incluso practicarse esta última inscripción, como segunda de cada una de las fincas, después de haberse practicado una primera a favor del constructor, e igualmente sin necesidad de que se haya otorgado la referida acta de entrega (bastando al efecto la simple nueva presentación de la escritura de permuta). Argumenta la Dirección General que la transmisión dominical ya se produce con el otorgamiento de la escritura de permuta (art. 1462 del CC) y que «ese deber de entrega del constructor al dueño del solar que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse mediante acta notarial…deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor…».

transmitente del solar, a menos que queden excluidos de ella los pisos o locales que sirven de contraprestación.

La redacción dada a los tres primeros párrafos del artículo 13 del RH por el Real Decreto de 4 de septiembre de 2008 seguía esta tendencia, pero fue anulada por la sentencia del TS de 31 de enero de 2001 (Sala 3.ª) porque:

1. La *traditio ficta* del artículo 1462.2 del Código Civil presupone siempre la realidad de la cosa y admitir en este caso la existencia de un derecho real supone alterar nuestro sistema legal del título y el modo, convirtiendo la transmisión del dominio en meramente convencional y disponible.
2. Porque establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, ya que la vía reglamentaria no es el cauce adecuado para ordenar el sistema de adquisición dominical ni la configuración de los contratos.

III. MODALIDADES

La figura jurídica que estamos analizando puede revestir diversas formas que pasamos a exponer:

1. Permuta de solar por construcción futura

Es la fórmula más simple. El cedente transmite la propiedad del solar y el cesionario se compromete a transmitirle o entregarle en el futuro determinadas unidades inmobiliarias. Son frecuentes formas mixtas de permuta y compraventa, cuando el cedente recibe en dinero parte de la contraprestación[10]. Lo dicho no significa que la configuración como permuta exija una equivalencia exacta entre el valor del solar y el de las unidades inmobiliarias objeto del contrato, por más que así lo impongan a efectos puramente fiscales los artículos 10.1 LITP y AJD y 18 LIVA, desde el momento en que las normas fiscales no afectan a las relaciones existentes entre las partes, ni autorizan otra cosa que la adopción de las medidas sancionadoras en ellas establecidas.

2. Permuta de solar por participación en porcentaje de lo construido

Esta forma de contraprestación no es inusual, la jurisprudencia se ha referido a ello en SSTS de 24 de febrero de 1993, 28 de enero de 1994, 11 de diciembre de 1995 y 19 de julio de 2002, entre otras. Si el porcentaje participado es de la obra como tal, se habrá constituido una comunidad sobre ella y seguramente habrá que considerar que, frente a terceros acreedores, existe una sociedad interna entre el cedente y el cesionario. Así, la sentencia del TS, de 28 de enero de 1994, señala: «Mediante su aportación del solar, el cedente se hizo partícipe del negocio constructivo, adquirió en el edificio construido una participación proindiviso del 25 por 100 e intervino como tal copropietario en la venta a terceros de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal; de ahí que deba ser considerado

[10] SSTS de 26 de abril de 1988, 18 de abril de 1997, 9 de octubre de 1997 y 19 de julio de 2002.

como promotor incluido en el ámbito de responsabilidad del artículo 1591 del Código Civil al igual que la constructora codemandada».

Este tipo de fórmulas hacen partícipe al cedente de los riesgos de la construcción y del régimen específico de responsabilidad del promotor y, pueden dar lugar a conflictos cuando ha existido aumento de lo construido respecto de lo proyectado.

El porcentaje no puede ser una cuota indivisa del edificio, sino un número predeterminado de pisos o locales. En cualquiera de los casos, la falta de especificación de estos inmuebles impedirá que pueda tener lugar la adquisición de la propiedad de los pisos antes de su especificación y entrega efectiva (pero considero que ni siquiera en el primer caso impedirá la validez del contrato por falta de determinación del objeto como entiende erróneamente la STS de 10 de octubre de 1997).

3. Cesión de derecho de vuelo a cambio de viviendas o locales futuros

Es una fórmula negocial consistente en que el permutante retiene la propiedad del solar hasta que se otorga la declaración de obra nueva y división horizontal, en la que tendrá que concurrir con el titular del derecho de vuelo, ya que la propiedad inicial del solar deberá transformarse en una cuota de copropiedad sobre el nuevo elemento común. A partir de este momento, ambos aparecerán como propietarios en régimen de propiedad horizontal. Se refiere a este supuesto el TS en sentencias de 31 de marzo de 1980, 30 de noviembre de 1984 y la RDGRN de 5 de febrero de 1986.

4. Reserva de vuelo y transmisión de propiedad de solar con prestación subordinada de obra

En este supuesto, el cedente se reserva el derecho de vuelo sobre determinados pisos o locales y el promotor que deviene propietario del solar, contraerá con aquel la obligación propia del contratista de obras.

5. Participación del aportante del solar en los beneficios de la venta

La STS, de 17 de diciembre de 1986, considera que se trata de un contrato complejo y atípico con analogías societarias. Frente a terceros, podemos considerar existente una sociedad puramente interna, cuyo régimen se remite a las normas de la comunidad. Por su parte, la STS, de 26 de abril de 1988, entiende que existe un contrato de sociedad si el dueño aporta la propiedad del solar y el constructor su industria acordando repartirse el precio de la venta; según esta sentencia sobre las fincas no enajenadas ostentarán ambos contratantes una comunidad ordinaria.

6. Autopromoción en comunidad

Cabe que los comuneros pacten en la escritura de obra nueva la atribución privativa a cada uno de los pisos y locales que les van a corresponder, sin nece-

sidad de llegar a este resultado final por medio de una disolución de comunidad sobre el edificio futuro. La RDGRN, de 18 de abril de 1988, señala que en tanto la construcción no esté concluida, o por lo menos comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe ya sobre cada local o apartamento una propiedad separada: es decir, no podrá todavía inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal, pues para que esto tenga lugar el artículo 8 de la LH, números 4 y 5 exige que la construcción esté concluida o, por lo menos comenzada. Pero desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda o local, procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales, como para hipótesis análogas prevé la misma Ley. Pero pueden pactar igualmente una constitución recíproca de derechos de vuelo a favor de cada uno de los partícipes, que recaerán sobre los pisos o locales previamente asignados. Incluso en un momento anterior a la declaración de obra nueva, cuando ni siquiera existía proyecto del edificio a construir, la RDGRN de 17 de julio de 1998, en contra del criterio del Registrador, permitió inscribir en el folio del solar la escritura por la que los comuneros constituían un régimen de prehorizontalidad y se atribuían desde ese momento la propiedad individualizada de las viviendas a designar en el futuro, que cada uno construiría a su costa.

7. Contrato de obra con contraprestación en especie consistente en la entrega de unidades construidas

Esta modalidad no plantea dificultades cuando se celebra entre particulares, pero plantea problemas de legislación aplicable cuando la Administración aparece como permutante y no como comitente de una obra pública. La STS, de 23 de septiembre de 2003, considera que no es un contrato público de obras, sino un contrato atípico privado, aquel por el que el Ayuntamiento cede a una constructora un solar de su propiedad, desafectado a cambio de la construcción de un frontón cubierto y una plaza pública, reteniendo el contratista el derecho a construir y vender una planta baja y 200 plazas de garaje. Conviene que tengamos en cuenta que la naturaleza de la permuta exige que la propiedad pública se ceda actualmente a cambio de propiedad futura. Si la propiedad se retiene por la Administración, cuando el contratista entrega, paga en especie, entonces no hay permuta, sino contrato de obra con pago en especie (dación en pago convenida con anticipación) como señaló la RDGRN de 9 de septiembre de 2000, que consideran que no es inscribible por conculcar la regulación de la contratación administrativa y por entregar la propiedad de bienes públicos por un procedimiento distinto al de subasta.

IV. LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO DE LOS INMUEBLES OBJETO DEL CONTRATO

1. Planteamiento

Los elementos comunes que caracterizan las diversas modalidades que puede adoptar la cesión de solar a cambio de obra, conlleva la existencia de dos obligaciones fundamentales que el cesionario asume en virtud del contrato de

cesión y que de algún modo están presentes en todas las formas contractuales: la obligación de construir y la de entregar[11].

La obligación de construir la asume todo cesionario independientemente de la forma en que se articule el contrato de cesión, pero no ocurre lo mismo con la obligación de entrega, que puede ser distinta y plantea problemas diferentes según la forma en la que se desarrolle la cesión.

En un sentido amplio, podemos decir que la obligación de entrega incluye, en primer lugar, el traspaso de la posesión del solar del cedente al cesionario, que se debe producir con independencia del cauce contractual utilizado por los particulares, ya que para que se cumpla la finalidad del contrato que es la construcción es necesario que el constructor ostente la tenencia material del terreno y esté legitimado para realizar todos los trámites necesarios para llevar a término la obra. Pero fundamentalmente, la obligación de entrega se traduce en la transmisión del dominio de los inmuebles objeto del contrato. Dependiendo de cómo quede configurado por las partes el contenido del contrato, se producen dos transmisiones dominicales: la transmisión del dominio del solar del cedente al cesionario y la transmisión de los inmuebles del constructor al cedente.

La transmisión del dominio del solar no plantea problemas, ya que se trata de la transmisión a título oneroso de un bien presente, por el contrario, las dificultades para explicar cómo y cuándo se produce la adquisición por el cedente del dominio de los bienes inmuebles derivan de su inexistencia física en el momento de la cesión. Como sabemos, el carácter futuro del objeto no impide la validez del contrato *ex* artículo 1271 del Código Civil, pero la cuestión que se plantea es la relativa a la naturaleza del derecho del cedente hasta el momento en que los bienes lleguen a existir efectivamente y, en definitiva si podemos admitir un derecho real sobre cosa físicamente inexistente, lo que dependerá de la forma en que se haya articulado el negocio.

2. La transmisión del dominio en los contratos sobre cosa futura

La determinación del momento adquisitivo de la propiedad cuando el objeto es futuro es diferente según el sistema traslativo que sigamos en cada ordenamiento jurídico, así es necesario distinguir entre los sistemas consensualistas de transmisión del dominio y el sistema abstracto alemán.

En Derecho alemán la transmisión de la propiedad se produce mediante un negocio traslativo celebrado entre el transmitente y el adquirente por el que manifiestan su intención de que se produzca la transmisión[12]. Por el contrario,

[11] En determinados supuestos puede incumbir a cedente o cesionario, según se pacte la realización de determinadas actividades que son necesarias para llevar a cabo el contrato, pero que, al no constituir su fin principal, podemos calificar de obligaciones accesorias (así las califican Zurita Martín, «El contrato de aportación de solar», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial,* núm. 51, Madrid, 1995, pág. 43, y Álvarez Moreno, «La cesión de solar por pisos o locales en el edificio construido», en *Aranzadi Civil,* núm. 4 de mayo, 1995, pág. 29) como, por ejemplo, la demolición de construcciones preexistentes o el desalojo de ocupantes del inmueble cedido.

[12] Este sistema se basa en la distinción entre el negocio dispositivo específico por el que se produce la adquisición de la propiedad y el contrato anterior que determina su origen y que solo es fuente de obligaciones, pero que no genera ningún efecto traslativo. Según este sistema, la transmisión de los bienes muebles se produce por el acuerdo sobre la transmi-

en los sistemas francés e italiano rige el sistema consensualista de transmisión del dominio, según el cual la propiedad y demás derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, sin necesidad de entrega.

Cuando el objeto del contrato es un bien futuro, el problema que se plantea es la imposibilidad de transmitir bienes que no existen en el momento de contratar. En Italia esta cuestión está expresamente regulada en el artículo 1472 del Codice Civile, relativo a la compraventa de cosa futura, en virtud del cual en la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa tenga existencia, con lo cual queda solucionado el problema del momento en que se produce la transmisión del dominio. Durante el periodo que media entre la celebración del contrato y la existencia del bien, el adquirente tendrá un simple derecho de crédito, lo que significa que queda al margen de los riesgos derivados de la obra, pero al mismo tiempo también le deja a merced de la actuación del transmitente, que puede enajenar o gravar el inmueble objeto del contrato y puede verse afectado por los créditos de terceros acreedores del transmitente o del constructor.

Por su parte, en Francia hay que tener en cuenta dos circunstancias fundamentales: no se regula expresamente la compraventa de cosa futura, pero sí la compraventa de inmuebles a construir. La diferencia fundamental entre las dos modalidades es la manera en que se produce la adquisición de la propiedad, en la venta a término la transmisión de la propiedad de los inmuebles se produce en el momento en que la obra está terminada, constatándose dicha circunstancia mediante un acta auténtica y los efectos de la adquisición serán retroactivos, lo que implica la nulidad de cualquier acto dispositivo efectuado por el vendedor en el tiempo intermedio, mientras que en la venta en estado de futura terminación, el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo y la propiedad sobre las construcciones existentes y las obras futuras las va adquiriendo el comprador a medida que se realizan (de manera que el contrato tiene efectos reales inmediatos).

A diferencia de estos sistemas, en nuestro ordenamiento jurídico rige el sistema del título y el modo *ex* artículo 609 del Código Civil, en virtud del cual la transmisión de la propiedad y demás derechos reales exige además del título (el contrato) la entrega del bien (modo o *traditio)*. Por lo tanto y atendiendo a los principios que rigen este sistema de transmisión de los derechos reales, la cuestión del momento de adquisición de la propiedad, cuando el objeto es futuro, se plantea de manera distinta. Los contratos con objeto futuro tendrán plenos efectos desde el punto de vista obligacional y, posteriormente cuando lleguen a tener existencia es cuando será necesaria su entrega, en cualquiera de las formas legalmente válidas, para que se produzcan los efectos reales y con ello la transmisión.

3. La cesión de solar a cambio de edificación futura

Los problemas derivados de la adquisición del dominio se manifiestan en los posibles conflictos que pueden surgir con terceros, ya que de la respuesta que demos a la pregunta de cuándo se produce la adquisición del dominio de

---

sión de la propiedad y la entrega del bien, mientras que si se trata de un bien inmueble la transmisión de la propiedad requiere, además del negocio traslativo, la inscripción en el Registro Inmobiliario.

los inmuebles por el cedente del solar depende tanto el momento a partir del cual el cedente podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria frente a quien posea o pretenda ser dueño del inmueble de que se trate, como la situación del cedente frente a los embargos de que puedan ser objeto los inmuebles por deudas del constructor.

Las diferentes opiniones doctrinales se agrupan en torno a dos opciones:

En primer lugar, considerar que la transmisión solo se puede producir cuando los inmuebles existan físicamente, de manera que hasta que finalice la obra, el cedente del terreno solo tiene un derecho de crédito frente al constructor de carácter puramente personal[13]. Los argumentos que se aducen en defensa de esta posición se basan en la imposibilidad de que recaiga un derecho real sobre un objeto futuro y la imposibilidad de entrega de algo inexistente. Las consecuencias que se derivan de este planteamiento son: que el cedente solo puede transmitir el derecho de crédito que tiende a exigir la entrega de los pisos o locales que le corresponden, pero no la propiedad, tal y como señala la STS de 12 de noviembre de 1992, que califica el contrato por el que el cedente del solar transmite a un tercero su derecho sobre un local del futuro edificio como una cesión del crédito, y lo mismo se deriva de la STS de 30 de octubre de 1989, que se refiere a una compraventa de un piso en construcción y en definitiva viene a reflejar un caso similar, una cesión de crédito. El punto más discutible es el relativo a los posibles embargos de terceros sobre los inmuebles por deudas del constructor, si partimos de reconocer al cedente solo un derecho de crédito no tiene ningún modo de oponerse al embargo, doctrina que se encuentra recogida en diversas sentencias del TS que desestiman la tercería interpuesta por el cedente del solar o adquirente de piso en construcción por entender que la entrega no puede realizarse hasta que no esté terminada la construcción y entre tanto el contrato produce sus efectos *inter partes,* pero no existe transmisión dominical a favor del comprador[14].

La segunda opción es admitir la posibilidad de que se produzca la adquisición de un derecho real sobre los inmuebles (o al menos un derecho oponible a terceros) antes de que estos existan físicamente. En algunas ocasiones tanto el TS como la DGRN alegan que si el contrato de cesión se documenta en escritura pública, por aplicación del artículo 1462.2 del Código Civil se cumple el requisito de la *traditio* y el cedente es propietario de los pisos que le corresponden, aunque todavía no tengan existencia física[15], para ello han de cumplirse dos requisitos: la voluntad inequívoca de las partes de transmitir y la determinación del objeto, exigencia que se cumple con el otorgamiento de la escritura de división horizontal. Esta es la doctrina que se desprende de la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, a la que antes nos hemos referido. Los argumentos contrarios a esta tesis son la doctrina sentada por nuestro TS, según la cual la equivalencia de escritura y

---

[13] García García, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* tomo V, *Urbanismo y Registro,* Madrid, 1999, págs. 462 y sigs.

[14] En este sentido, las SSTS de 25 de octubre de 1988, 26 de noviembre de 1991, 15 de junio de 1992, 18 de septiembre de 1996 y 9 de octubre de 1997.

[15] En contra de esta posibilidad, defendiendo que los problemas que se pretenden resolver de este modo tienen solución si se acude a otros modos de articular el contrato, en concreto los derechos de sobre y subedificación, Alonso Pérez, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del RH: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 655, pág. 1026.

entrega exige la posesión efectiva en concepto de dueño por parte del *tradens*[16]. Frente a este argumento, la DGRN, de 16 de mayo de 1996, entiende que: «La escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega…». El requisito fundamental para que se produzca la *traditio* es la voluntad de transmitir y la Resolución entiende que en este caso es clara la intención de las partes de transmitir. El problema específico que presenta este caso es la necesidad de un acta notarial una vez terminada la obra, que según la Resolución debe entenderse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, de manera que una cosa es la transmisión que opera en virtud de la escritura pública y otra cosa, es el cumplimiento total de la obligación de traspaso de posesión, que se cumple con el acta notarial.

La DGRN ha vuelto a establecer una doctrina similar en la Resolución de 5 de enero de 1999[17], en la que se reconoce que la escritura de permuta ha producido el efecto traditorio (aunque los pisos se inscriben a nombre del cesionario). De la misma manera, también el TS asume esta doctrina en algunas sentencias, reconociendo la oponibilidad del derecho del cedente sobre los inmuebles desde el momento en que se otorga la escritura pública, tanto a efectos de tercería de dominio[18], como a los efectos de poder ejercitar la acción reivindicatoria[19].

V. ASPECTOS REGISTRALES

La protección del derecho del cedente sobre los inmuebles se consigue reconociendo la naturaleza del derecho real, incluso antes de que el bien exista físicamente, siendo decisivo el papel que juega el Registro de la Propiedad. Tenemos que tener en cuenta que el reconocimiento del derecho real del cedente sobre los inmuebles lo pone a salvo de embargos, pero no protege su derecho frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (por ejemplo, terceros

---

[16] SSTS de 1 de enero de 1992, 3 de septiembre de 1993 y 31 de mayo de 1996.

[17] La RDGRN de 5 enero de 1999 señala que de los términos del contrato de permuta resulta que la transmisión dominical de los inmuebles permutados se produjo desde el momento del otorgamiento de aquel, pues las partes, no solo no excluyeron, sino que expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública, quedando relegada a un momento posterior solamente la puesta material en la posesión del inmueble con la que concluiría el cumplimiento de la obligación de entrega. Por tanto la realización de dicha entrega material no supone nuevo consentimiento de las partes sino que se trata solo de hacer constar la realización de un hecho que no interfiere la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tuvo la escritura de permuta; debe concluirse que es esta el título apto para provocar la inscripción de los inmuebles objeto de permuta a favor de los respectivos cedentes. No siendo obstáculo, por otra parte, que un único título provoque dos inscripciones (la primera a favor del constructor y la segunda la que ahora se solicita), pues la inscripción parcial de un negocio, en modo alguno, puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídicos reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento.

[18] Sentencia del TS, de 14 de noviembre de 1997, que le permite levantar los embargos trabados sobre los inmuebles por terceros debido a deudas del constructor.

[19] Sentencia del TS, de 18 de mayo de 1994.

que adquieren del constructor aunque sea *a non domino* e inscriben su adquisición, esto solo se consigue cuando el derecho del cedente sobre los inmuebles accede al Registro. Verdaderamente, una vez que se logra esta constancia, da igual admitir o no el efecto traditorio de la escritura de cesión de solar porque de este modo será el juego de los principios registrales lo que proteja la situación del cedente y su derecho sobre los inmuebles frente a terceros[20].

Hay varias formas a través de las cuales el derecho del cedente puede tener reflejo registral, ya sea en la inscripción del solar o través de la mención de su derecho en el folio abierto a cada inmueble, una vez que estos consten inscritos conforme a las normas de inscripción de la propiedad horizontal: se puede conseguir la oponibilidad del derecho del cedente frente a terceros pactando en el contrato una condición resolutoria e inscribiéndola en el Registro *ex* artículo 11 de la LH. También se puede hacer constar, en la inscripción de propiedad del solar a nombre del constructor, la obligación que este asume de entregar determinados pisos o locales al cedente como contraprestación a la transmisión del solar como permite el artículo 10 de la LH, pero esta mención carece de efectos frente a terceros. Partiendo de esta premisa, la duda que nos surge es si dicha mención es suficiente para destruir la buena fe de los terceros, que de esa forma no estarían protegidos por la fe pública registral.

El supuesto de hecho que se plantea es el siguiente: ¿en caso de enajenación por el constructor del inmueble pactado como contraprestación, se ve afectado el tercero por las consecuencias del incumplimiento o conserva la propiedad del inmueble? El tercer adquirente que inscribe su derecho queda protegido por el principio de fe pública registral y por lo tanto mantenido en su adquisición, siempre que cumpla los requisitos tipificados en el artículo 34 de la LH.

Si la transmisión a la que nos estamos refiriendo se produce sin que conste ninguna mención en el Registro, entonces el tercer adquirente se considera de mala fe si se demuestra que conocía el derecho del cedente del solar sobre el inmueble. Si lo que consta en el Registro es una simple referencia de la obligación del cesionario del solar de entregar parte de la obra (un porcentaje, varios pisos o locales), entonces no parece que solo por esta mención se deba considerar al adquirente de mala fe, porque es perfectamente posible que desconozca que el constructor ha transmitido precisamente aquello que debía al cedente.

Aunque consideremos el derecho que corresponde al cedente sobre los pisos o locales como un verdadero derecho real, para inscribir su titularidad sobre los inmuebles es necesario que estos consten en el Registro. Con carácter general el inmueble futuro o en construcción accede al Registro a través del sistema previsto en nuestro ordenamiento jurídico para la inscripción del régimen de propiedad horizontal conforme al artículo 8.4 de la LH.

Mediante esta regulación, la Ley Hipotecaria está permitiendo la inscripción de edificios y pisos en construcción, pero *de facto* también la inscripción de edificios y pisos futuros, ya que según la doctrina comúnmente aceptada desde que fuera formulada por DE LA CÁMARA, la expresión «construcción comenzada»

---

[20] MUÑOZ DE DIOS, «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *Revista de Derecho Privado,* 1981, pág. 1071, propone como solución a la situación de desprotección de los adquirentes de pisos futuros, el que exista en el Registro de la Propiedad alguna indicación, que puede ser simplemente una nota marginal, que enerve el efecto protector de los terceros en cuanto a los pisos que corresponden al comprador (en nuestro caso al cedente); consistiría esta solución en crear un título que impida las múltiples ventas de un mismo piso en documento privado.

ex artículo 8 de la LH puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico, y así visto cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio queda definido mediante la confección del proyecto y la aprobación por las autoridades, es decir, «construcción comenzada» equivale a existencia de proyecto. El inmueble futuro se convierte así en un bien con existencia jurídica que puede ser objeto de tráfico jurídico.

La aplicación de este régimen al caso de la cesión de solar a cambio de obra supone que, una vez inscrita la propiedad del solar a nombre del constructor, este estará legitimado por sí mismo y sin necesidad de que concurra el cedente, salvo pacto en contrario, a inscribir la declaración de obra nueva y división en horizontal. Una vez inscrita la división horizontal, podrá abrirse un folio aparte a cada uno de los inmuebles del edificio aplicando el artículo 8.5 de la LH que permite la inscripción como una sola finca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen y, el cedente podrá si el contrato se ha documentado en escritura pública, inscribir su derecho sobre los inmuebles concretos que le corresponden.

De esta manera, la constancia de su derecho en el Registro otorga al cedente la protección derivada de los principios registrales y especialmente la oponibilidad de su derecho frente a terceros.

Tanto la posibilidad de que el derecho del cedente tenga reflejo registral a través de la inscripción del dominio del solar a favor del cesionario como por la vía de la inscripción de la propiedad horizontal, demuestran la importancia que el juego de los principios registrales tiene en esta materia. Pero en ambos casos, se trata de vías indirectas a través de las cuales se consigue que el contrato de cesión de solar y el derecho del cedente sobre los inmuebles que constituyen la contraprestación contractual accedan al Registro de la Propiedad y llegados a este punto es necesario que nos planteemos si es posible la inscripción del contrato de cesión de solar.

La reforma del RH producida por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, dio nueva redacción al artículo 13 del RH, regulando un cauce específico de acceso al Registro de ciertos contratos de cesión y configurando el derecho del cedente como un derecho oponible *erga omnes,* pero los tres primeros párrafos de dicho artículo fueron anulados por la sentencia del TS, de 31 de enero de 2001, por entender que la materia regulada excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario y además el contenido del precepto es contrario al sistema de adquisición de los derechos reales que sigue nuestro Código Civil basado en la concurrencia del título y el modo, de manera que no basta el contrato si no va unido a la entrega de la cosa que, en el supuesto contemplado en esos tres primeros párrafos, no cabe porque no tiene existencia al tratarse de pisos o locales de un edificio a construir. Este argumento resulta cuando menos discutible, ya que la interpretación de cómo debe entenderse el sistema del título y el modo aplicado a los negocios con objeto futuro es un tema que admite diferentes interpretaciones, sin que podamos afirmar, tal y como hace el TS, que sean ilegales las teorías que defienden la posibilidad de que el cedente pueda hacer efectivo su derecho sobre los inmuebles antes de que estos existan físicamente.

Ha triunfado aquí el modelo del artículo 1472 del Código Civil italiano, que establece que la propiedad de la cosa futura vendida se adquiere cuando aquella llega a existir. Considero que con ello no se protege la posición del titular del derecho, pues ni la llamada «titularidad preventiva» ni el efecto retroactivo de la condición cumplida sirven para evitar que el promotor enajene a terceros

protegidos por la fe pública registral o resulte embargado por sus acreedores, ni le concede al cedente posición jurídica que le habilite para concurrir al otorgamiento del título de la propiedad horizontal. Claro que la propia sentencia afirma que la protección del cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo. Pero también en el plano teórico resulta rechazable la justificación de la nulidad que contiene la sentencia, al confundir la titularidad registral del inmueble con la propiedad material que requiere una posesión inmediata de la cosa. A efectos registrales, el adquirente gana rango desde el momento de la inscripción y esta tiene que ser posible con la escritura de permuta unida o seguida de la división horizontal del inmueble al amparo del artículo 8.5 de la LH y 1462 del Código Civil. El hecho de que la vivienda se construya y entregue pertenece al ámbito de las obligaciones que el promotor asume frente al cedente, no al ámbito de la adquisición del dominio en sentido registral.

En definitiva, con la declaración de nulidad del artículo 13 del RH desaparece la única vía que existía para que estos contratos tengan acceso directo al Registro de la Propiedad y el intento de regulación representado por este artículo, demuestra la importancia que tiene el Registro de la Propiedad en la transmisión del dominio de los inmuebles futuros, hasta tal punto que podemos decir que existiendo inscripción, se soluciona el problema de los conflictos del cedente con terceros, ya que su derecho será oponible y por el contrario, no existiendo inscripción son defendibles diversas posibilidades y la solución de cada caso concreto dependerá del Tribunal a cuya consideración se someta el conflicto planteado.

VI. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

1. Incumplimiento del cesionario

El incumplimiento del cesionario puede dar lugar a la resolución del contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil[21], si conforme a la jurisprudencia existente en torno a este artículo, es de la suficiente entidad[22]. También puede configurarse negocialmente como una condición resolutoria expresa, con independencia del carácter esencial del incumplimiento[23]. En ambos casos, procedería la devolución del solar construido al cedente y el cesionario no tendría ningún derecho de reembolso por las obras ya realizadas *ex* artículo 1122.6 del Código Civil.

Sin embargo, el TS ha evitado tan rigurosa consecuencia, en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la STS de 16 de diciembre de 2002 ha entendido que cuando los elementos construidos, objeto de la permuta, se han entregado por el cesionario a compradores de buena fe en documento privado no procede la resolución sino el incumplimiento por equivalente por el importe dinerario de los pisos no entregados valorados a la fecha de su terminación y, ello con independencia de que los terceros no estén protegidos por el artículo 34 de la LH al carecer tanto

[21] Entendemos que no es aplicable el artículo 1504 del Código Civil, en este sentido, vid. STS de 31 de julio de 1995, en contra, se pronuncia la STS de 22 de noviembre de 1994.

[22] Véase la STS de 21 de octubre de 1999.

[23] STS de 19 de julio de 2002.

ellos como el cesionario vendedor de título inscrito por considerar aplicable el artículo 1295 *in fine* del Código Civil.

En segundo lugar, ha considerado que se debe aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa, bien como doctrina general, bien como deducción directa del artículo 361 del Código Civil, de esta manera, el acreedor deberá abonar las obras ya realizadas, en la medida de su coste o de la plusvalía que incorporen al terreno[24], a menos que se haya pactado una cláusula penal por la que el cedente adquirirá las obras realizadas hasta el momento de la resolución[25].

La aplicación de la regla que veda el enriquecimiento anula el efecto garantista de la condición resolutoria; en la mayoría de los casos el cedente no dispondrá de medios económicos para realizar aquel reembolso, aparte de que seguramente no le reportará interés alguno la adquisición de lo ya construido.

Otra cuestión interesante que plantea la resolución contractual del derecho del cesionario es la que se ocasiona desde el punto de vista registral en los casos de solicitud de reinscripción a favor del cesionario por ejercicio de la condición resolutoria inscrita, por el cambio del marco fáctico consistente en que sobre el solar cedido ya se ha construido un edificio dividido horizontalmente y por lo tanto conformado por fincas distintas de la cedida que debería conformar el objeto de la devolución de la prestación del cedente y, por el cambio del marco jurídico consistente en la existencia de asientos posteriores a la inscripción de la condición resolutoria, lo que por un lado hace imposible la reposición de la situación a su estado primitivo y, por otra revela la existencia de intereses de los acreedores que podrían estar necesitados de amparo judicial. La DGRN, en Resolución de 14 de septiembre de 2000, ha entendido que la inscripción de la obra nueva y la constitución de la propiedad horizontal sobre el solar cedido no impiden la constancia de la resolución y la reinscripción de los elementos construidos a favor del cedente.

En lo relativo a los asientos posteriores existentes, como concursos, embargos o hipotecas, deben subsistir pese a la reinscripción de los inmuebles gravados a favor del cedente y a pesar de la fecha anterior de la inscripción del contrato con cláusula resolutoria expresa[26]. Sin embargo, ya en la vía judicial la mera anotación de demanda de resolución contractual anterior a la adquisición de los terceros impedirá que estos puedan alegar su buena fe, aún cuando la anotación del embargo trabado por ellos fuese anterior a aquella, por no atribuir la anotación de embargo los efectos hipotecarios de fe pública registral.

Atendiendo a la doctrina registral expuesta, podemos decir:

a) Para la cancelación de los derechos o cargas posteriores recayentes sobre los bienes adquiridos con condición resolutoria, una vez operada la resolución, es preciso el previo depósito o consignación de todas las cantidades que el transmitente de los bienes hubiera recibido en contraprestación *ex* artículo 175.6 del RH.

b) No puede accederse a dicha cancelación por consecuencia de una resolución voluntariamente acordada por transmitente y adquirente, ya que los asientos extendidos en el Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1 de la LH), lo que determina que para su cancelación se precise, como regla general, bien el consentimiento del

[24] STS de 5 de julio de 1989, 19 de junio de 1996 y RDGRN de 23 de julio de 1996.
[25] SSTS de 24 de noviembre de 1993 y de 23 de julio de 1996.
[26] RRDGRN de 20 de diciembre de 1999 y de 14 de septiembre de 2000.

titular respectivo, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado contra él.

c) Los contratos solo producen efectos jurídicos entre los otorgantes y sus causahabientes, quedando excluida la renuncia en perjuicio de terceros por el juego de los artículos 6, 1937 y 107 del Código Civil.

2. Incumplimiento del cedente

En lo relativo a la resolución del derecho del cedente, las hipótesis de incumplimiento se centran principalmente en la inexistencia de identidad entre el solar objeto de permuta en el momento de su perfección y el terreno edificable que finalmente pudo entregarse por aquel al cesionario en el momento de su consumación.

La principal cuestión a plantear es la de determinar si la permuta inmobiliaria es un contrato a precio alzado o si, por el contrario, cabe acción de reducción del precio, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1471 del Código Civil para el defecto de cabida en la compraventa de inmuebles. La STS de 30 de abril de 1999 declaró inaplicable dicho artículo a la permuta inmobiliaria, a pesar de que parte de la contraprestación se pactó en dinero complementario, siempre que este no exceda del valor de los pisos o locales objeto de la permuta, por lo que entendió aplicable el artículo 1124 del Código Civil, compatible con el artículo 1539 del Código Civil en sede de permuta, manteniendo así la vigencia del contrato con obligación de indemnizar por parte de los cedentes en función de la diferencia de metros. Sin embargo, la SAP de Burgos, de 7 de noviembre de 1998, entendió que la sociedad cesionaria había de soportar el riesgo del desconocimiento del planeamiento urbanístico, impidiendo así que se modificara la concreción del porcentaje atribuido a los cedentes. En los casos en que en la escritura de permuta quede reflejada la nueva situación del solar en relación con lo dispuesto en el contrato privado anterior, el cesionario que opta por el mantenimiento del contrato tiene acción contra los terceros que perjudicaron el objeto del contrato, lesionando su interés[27].

En la interpretación de las situaciones derivadas del incumplimiento es conveniente tener en cuenta que la realidad demuestra cómo en los contratos de permuta de solar por pisos el cesionario es el predisponente de las cláusulas contractuales, por lo que la regla *contra proferentem* del artículo 1288 del Código Civil ha de jugar en contra del mismo[28].

VII. BIBLIOGRAFÍA

Carrasco Perera, A.: «Comentario a la RDGRN de 16 de mayo de 1996. Inscripción de escritura de segregación y permuta de solar por pisos futuros. Adquisición de la propiedad de los pisos. Modo de acceso al Registro del derecho del cedente del solar», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 43, 1997, págs. 61 a 74.

[27] STS de 11 de mayo de 1999.

[28] SAP de Salamanca, de 8 de julio de 1998.

CHICO Y ORTIZ, J. M.: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 638, 1997, págs. 177 y sigs.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La permuta de solar por edificación futura. Entrega y transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil,* Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2011.

— «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión de suelo a cambio de edificación futura. Comentario a la RDGRN de 7 de mayo de 2009», en *RdP,* 2010, núm. 24, págs. 323 y sigs.

LANZAS MARTÍN, E.: «El derecho del cedente del solar a cambio de obra futura: visión actualizada de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 688, 2005, págs. 697 a 709.

MUÑOZ DE DIOS: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», en *Revista de Derecho Privado,* 1981.

PLANA ARNALDOS, M. C.: «Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 674, 2002, págs. 2079 y sigs.

RUDA GONZÁLEZ, A.: «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001», en *La Ley,* 2001, núm. 6, págs. 1536 y sigs.

— *El contrato de cesión de suelo por obra,* editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SERRANO CHAMORRO, E.: «El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1997, págs. 1667 a 1710.

— *Cambio de solar por edificación futura,* Pamplona, 2002.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de noviembre de 1972.
- STS de 31 de marzo de 1980.
- STS de 24 de octubre de 1983.
- STS de 30 de noviembre de 1984.
- STS de 17 de diciembre de 1986.
- STS de 26 de abril de 1988.
- STS de 25 de octubre de 1988.
- STS de 12 de diciembre de 1988.
- STS de 21 de abril de 1989.
- STS de 5 de junio de 1989.
- STS de 30 de octubre de 1989.
- STS de 18 de diciembre de 1990.
- STS de 20 de noviembre de 1991.
- STS de 26 de noviembre de 1991.
- STS de 1 de enero de 1992.
- STS de 15 de junio de 1992.
- STS de 12 de noviembre de 1992.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 3 de septiembre de 1993.
- STS de 24 de noviembre de 1993.
- STS de 28 de enero de 1994.

- STS de 18 de mayo de 1994.
- STS de 11 de junio de 1994.
- STS de 16 de noviembre de 1994.
- STS de 22 de noviembre de 1994.
- STS de 31 de julio de 1995.
- STS de 11 de diciembre de 1995.
- STS de 31 de mayo de 1996.
- STS de 19 de junio de 1996.
- STS de 23 de julio de 1996.
- STS de 18 de septiembre de 1996.
- STS de 18 de abril de 1997.
- STS de 21 de julio de 1997.
- STS de 9 de octubre de 1997.
- STS de 14 de noviembre de 1997.
- STS de 30 de abril de 1999.
- STS de 11 de mayo de 1999.
- STS de 21 de octubre de 1999.
- STS de 9 de septiembre de 2000.
- STS de 31 enero de 2001.
- STS de 19 de julio de 2002.
- STS de 16 de diciembre de 2002.
- STS de 11 de noviembre de 2003.
- STS de 23 de septiembre de 2003.
- STS de 18 de febrero de 2005.
- RDGRN de 5 de febrero de 1986.
- RDRN de 18 de abril de 1988.
- RDGRN de 5 de octubre de 1994.
- RDGRN de 16 de mayo de 1996.
- RDGRN de 23 de julio de 1996.
- RDGRN de 17 de julio de 1998.
- RDGRN de 5 de enero de 1999.
- RDGRN de 20 de diciembre de 1999.
- RDGRN de 14 de septiembre de 2000.
- SAP de Burgos, de 7 de noviembre de 1998.
- SAP de Salamanca, de 8 de julio de 1998.

RESUMEN

PERMUTA DE SOLAR POR EDIFICACIÓN FUTURA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

En este artículo pretendemos analizar la figura jurídica denominada permuta de solar por edificación futura, consistente en que el propietario del solar transmite a otro su propiedad para que sobre él construya, a cambio de que le entregue determinadas viviendas, lo-

ABSTRACT

LOT-FOR-FUTURE-BUILDING SWAP REAL ESTATE CONTRACTS

When the owner of a lot of land swaps the lot for future building, the owner conveys ownership of the lot to another person, who is to build on the lot, in exchange for certain housing units, retail units and/or garage spaces, a percentage of the building, air rights

cales comerciales y/o plazas de garaje, un porcentaje de edificación, un derecho de vuelo o incluso prestaciones mixtas que incluyan una cantidad pecuniaria.

Se expone su naturaleza jurídica, modalidades, la determinación del momento adquisitivo de la propiedad cuando el objeto es futuro, lo que conlleva distinguir los sistemas de transmisión del dominio que existen en los distintos ordenamientos jurídicos, así como las interesantes implicaciones registrales que de ello se derivan, analizando los criterios jurisprudenciales sentados en la materia y distinguiendo los efectos que se producen según consideremos el derecho del cedente como un derecho personal o como un derecho real o ius ad rem *sobre la obra futura.*

or even combined considerations that include a sum of money.

We review the legal nature of such transactions, the modes of performance, the means of determining when ownership is acquired since the object exists in the future (which entails distinguishing among the systems for conveying ownership in different legislations) and the interesting implications for registration. The criteria of established case-law are examined, and attention is drawn to the difference between potential effects depending on whether the conveyor's right is regarded as a personal right or a real right (jus ad rem) *in the future construction.*

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD NEGOCIAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

por

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

Profesor Asociado Doctor de la Universidad de Barcelona. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA)

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. EL RÉGIMEN DE INEFICACIA NEGOCIAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS: 1. NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO. 2. NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD. 3. ACTOS REALIZADOS POR LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS PERFECTAMENTE VÁLIDOS Y EFICACES.—III. LA CLÁSICA CUESTIÓN DEL LLAMADO «DOLO DE MENORES» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. IDEAS GENERALES

La persona menor de edad, dada su condición de sujeto protegido, al carecer de plena capacidad de obrar, puede eludir la responsabilidad negocial. Lo que, de modo indirecto, origina ciertas limitaciones especiales respecto de las actuaciones necesitadas de completa firmeza y no expuestas a impugnación.

La protección patrimonial del menor se encuentra, por ende, confinada, en la actualidad, en torno a la apuntada limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. A diferencia del Derecho anterior al Código Civil, se ha derogado el amparo general que se concedía al menor de edad frente a todos los actos que le produjeran lesión —mecanismo de la *restitutio in integrum*—, excepto el residuo que de ella se conserva en el artículo 1291, punto primero, del Código Civil[1].

Por tanto, el que contrata con el menor de edad está en una situación técnica más desventajosa que en la antigua normativa, pues depende del ajeno arbitrio la eficacia del contrato; pero con ello se facilita la protección del menor y también se reafirma, indirectamente, la autoridad de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, al poderse recabar la anulación del contrato sin las trabas que comportaba la prueba de la lesión.

A la luz de lo expuesto, no nos cabe la menor duda de que, en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos celebrados por los menores no emancipados no pueden calificarse, por principio, como inexistentes o nulos, o creadores de meras obligaciones naturales, ni de hacer absolutamente irresponsables, negocialmente hablando, a sus autores. El artículo 1263 del Código Civil impide

[1] Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial son rescindibles siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

que el consentimiento del menor de edad no emancipado tenga eficacia para concluir un contrato perfecto, al mismo tiempo que el artículo 1302 de la propia norma civil, al permitir la anulación del contrato consumado, entrega a la voluntad del representante legal del menor —o de este al alcanzar la mayoría de edad— el mantener su eficacia o impugnarla; en otras palabras, asumir la responsabilidad contractual o ejercitar la excepción de falta de consentimiento perfecto[2]. Además, al configurarse o ser categorizados como contratos meramente anulables los celebrados por el menor de edad pueden ser ratificados o confirmados —arts. 1310 y 1313 del CC— e incluso ser objeto del contrato de fianza tal como prevé el artículo 1824 del Código Civil[3].

Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar en el régimen de ineficacia negocial que presentan las relaciones contractuales en nuestro contexto jurídico de referencia; para, posteriormente, estar en disposición de analizar cuál es el grado de incidencia que despliega la capacidad de obrar de los individuos —en nuestro caso, los menores no emancipados— en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

Finalizaremos el presente estudio refiriéndonos a la clásica cuestión del conocido como *dolo de menores;* es decir, cuando un menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la errónea creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades. En estos casos, se plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304, limitando o restringiendo la restitución a *in quantum locupletiores facti sunt*.

II. EL RÉGIMEN DE INEFICACIA NEGOCIAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido, dentro de las formas fundamentales de ineficacia negocial admitidas en nuestra normativa civil, cuatro supuestos claramente diferenciados entre sí: la inexistencia, cuando, por ejemplo, en el contrato falta algún elemento esencial para su formación —art. 1261 del CC—; la nulidad, cuando se celebra un negocio jurídico contrariando un mandato o prohibición legal —art. 6.3 del CC—[4]; la anulabilidad o nulidad relativa, cuando

---

[2] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil.* Tomo I. *Parte general.* Vol. II. *Primera parte.* Barcelona, 1981, Ed. Bosch, pág. 160, sostienen que la realización de actos, por parte del menor no emancipado que no les están permitidos no comporta —necesariamente— la invalidez de los mismos, sino su ineficacia parcial y falta de firmeza.

[3] La excepción que recoge el párrafo tercero del artículo 1824 del Código Civil, respecto del préstamo hecho al hijo de familia, recoge el recelo tradicional hacia estos contratos por su especial peligro y por atentar al poder del representante del menor. En opinión de DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España.* Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, pág. 185, lo dispuesto sobre la fianza puede aplicarse por analogía a la prenda y a la hipoteca.

[4] Muchos autores sostienen que la distinción entre inexistencia y nulidad es más una diferencia terminológica que real, que se va a refundir en una única forma de ineficacia

la *stipulatio inter partes* se produce con un vicio o defecto susceptible de motivar la anulación por acción judicial —art. 1300 del CC—; y la rescisión, cuando del acuerdo de voluntades se deduce lesión o perjuicio para las partes o para terceros —art. 1290 del CC—[5].

De las cuatro hipótesis apuntadas, en el presente estudio nos limitaremos a desarrollar, únicamente, el régimen jurídico aplicable a las dos formas de ineficacia negocial que, por regla general, suelen acompañar el devenir de los actos de carácter patrimonial llevados a cabo de manera autónoma por parte de las personas menores de edad no emancipadas: la nulidad *ipso iure* y la anulabilidad. Ello sin olvidar, por supuesto, la existencia de toda una serie de actos, que ya sea porque la ley así lo autorice expresamente o bien por tratarse de aquellos relativos a bienes o servicios propios de la edad, de acuerdo con los usos sociales, nuestro ordenamiento jurídico considera como plenamente válidos y eficaces, a pesar de haber sido concluidos directamente por una persona menor de edad.

1. Nulidad absoluta o de pleno derecho

Por nulidad absoluta o de pleno derecho ha de entenderse aquella imperfección de los contratos que les impiden alcanzar sus propios objetivos o finalidades, o lo que es lo mismo, aquella forma de invalidez que es intrínseca o inherente a la perfección del propio negocio, impidiendo que genere los resultados esperados, sin necesidad de una previa impugnación o declaración —nulidad *ipso iure*—.

Las causas de nulidad radical de los contratos pueden sistematizarse en las siguientes categorías: en primer lugar, la infracción de normas imperativas o prohibitivas —art. 6.3 del CC—, o cuando se trate de acuerdos contrarios a las leyes, a la moral y al orden público —art. 1255 del CC—; en segundo término, por carencia de algunos de los elementos esenciales constitutivos del contrato —art. 1261 del CC—; y, en última instancia, por no ajustarse a la forma exigida cuando esta tenga carácter fundamental, es decir, no respetar la forma *ad solemnitatem* marcada por ley.

Los principales rasgos comúnmente atribuidos al régimen de nulidad de pleno derecho por la doctrina y la jurisprudencia española pueden resumirse y ser agrupados en los citados a continuación: *a)* no precisa declaración judicial alguna, ni una previa impugnación del contrato, operando, por el contrario, de manera *ipso iure; b)* cuando haya surgido, *de facto*, cierta apariencia negocial, podrá ser preciso, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar el amparo judicial, para lo que estará legitimado cualquier interesado, haya sido parte o no en el acuerdo; *c)* puede apreciarse de oficio por los tribunales siendo, en todo caso, la resolución judicial de efectos meramente declarativos; *d)* el negocio nulo no produce efecto alguno, *quod nullum est nullum efectum producit*, en consecuencia, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados a su

---

como es la nulidad, la cual se producirá a consecuencia de dos tipos de causas: por la ausencia en el contrato de un requisito esencial del artículo 1261 del Código Civil, o por la infracción de una ley imperativa según el artículo 6.3 del Código Civil.

[5] La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de julio de 1990 (*RJ* 1990/5788), contiene el concepto y las diferencias existentes entre la nulidad y la rescisión contractual.

tenor deben deshacerse; y *e)* la nulidad es definitiva y no sana con el transcurso del tiempo, sin que sea posible su confirmación o subsanación[6].

Conectando ahora esta manifestación de la invalidez negocial, la *nullitas*, con los actos realizados por sujetos que se encuentren en el estado civil de la minoría de edad, su régimen legal únicamente es de aplicación en aquellos supuestos en los que el menor de edad actúe con una falta o carencia absoluta de capacidad natural para entender y querer[7]. Es por ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias de flexibilizar la aplicación e interpretación de los artículos 1261 y 1263 del Código Civil, en relación con el artículo 1301 del mismo cuerpo normativo, y, entender que la nulidad de pleno derecho será de menester tan solo en aquellos contratos realizados por los menores de muy corta edad, por considerar que carecen del intelecto y la voluntad suficientes para comprender la trascendencia de su declaración y las consecuencias que de la misma se deriven, mientras que en el resto de los casos, por defecto, se les aplicará el sistema de la anulabilidad.

No obstante, nuestra normativa civil —con la excepción del modelo aragonés[8]— no establece una edad a partir de la cual podamos considerar que un menor de edad, en la generalidad de los casos, reúne la aptitud necesaria para entender y querer. Tal circunstancia provoca que debamos atenernos a diversos criterios para delimitar, caso por caso, la concurrencia o no de la idoneidad suficiente para que un menor de edad pueda concluir válidamente determinados actos jurídicos patrimoniales. Tales pautas vendrían representadas, entre otras, por la demostración del hecho de la falta de conocimiento, admitiéndose para ello la prueba de presunciones; la edad que ostentare el individuo; y la naturaleza

---

[6] López San Luis, Rocío, *La capacidad contractual del menor,* Madrid, 2001, Ed. Dykinson, págs. 146-147. Muy clarificadoras son también las palabras consignadas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1926), en la que se establece que «en los negocios jurídicos impugnados faltó el elemento esencial para la formación del acto o contrato, cual es el consentimiento por parte de doña María M. D. de la C. —art. 1261 del CC— por la incapacidad mental de esta y tal declaración fáctica no se ha atacado por el cauce adecuado, es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocio radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma». También traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de junio de 2005 (*AC* 2005/1168).

[7] Jordano Fraga, Francisco, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LXVIII, pág. 901, clasifica los actos realizados por los menores como radicalmente nulos, cuando por las condiciones físicas o por la escasa edad del menor no puede existir un verdadero consentimiento, dado que faltaría uno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil.

[8] El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas alberga, en su artículo 34.2, la presunción *iuris tantum* de que los menores mayores de catorce años «ostentan aptitud de entender y querer para concluir un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario». Precepto este que guarda estrecha relación con lo ordenado en el artículo 5, punto tercero del mismo Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que declara que «la representación legal del menor —que corresponde a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto al tutor— termina al cumplir los catorce años; desde ese preciso instante, su capacidad se completa con la asistencia que en cada caso proceda». Vid., en este sentido, a Navarro Viñuales, José María, «Introducción a la legislación de Derecho Civil aragonés», en *Legislación civil de Aragón, La Notaría,* Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons, pág. 53.

del acto de que se trate[9]. Sin embargo, en otros grandes Códigos europeos, como el alemán, sí se identifica el momento cronológico a partir del cual un individuo comienza a tener capacidad natural, señalándose en este caso concreto la edad de los siete años —art. 104 del BGB alemán de 1900—[10].

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1991[11], en la que se dejan sentadas las bases para la adecuada interpretación del artículo 1263 del Código Civil. En el caso de autos el Tribunal Supremo estimó que el simple hecho de que el sujeto contratante fuera una persona menor de edad —de dieciséis años para ser más exactos— no significa que el negocio jurídico por él celebrado fuera nulo de pleno derecho, sino que, por el contrario, al tratarse de un acto relativo a bienes o servicios propios de su edad —adquisición de un *forfait* que le autorizaba a utilizar las instalaciones

---

[9] De Castro y Bravo, Federico, *op. cit.*, pág. 174.

[10] Tal y como apuntan Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *op. cit.*, págs. 140 y 148, el Código Civil alemán no dice quién es capaz para celebrar negocios jurídicos, sino que se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada esta capacidad. Así, son incapaces de celebrar negocios jurídicos: los menores de siete años —art. 104—; y, en cambio, tienen limitada su capacidad, los menores de edad mayores de siete años —arts. 106 a 113—. Por su parte, Von Thur, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I. *Las personas*. Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons, págs. 403-407, apunta cómo en el Derecho común alemán se equipararon menores e impúberes y, más tarde, con la Ley de 1875 sobre el estado de las personas, se estableció la mayor edad a los veintiún años cumplidos. De esta forma nacieron los dos grados de edad del Código Civil, que en su redacción actual diferencia entre los conceptos de infancia, hasta los siete años; y la menor edad que dura hasta los dieciocho. Los infantes carecen completamente de capacidad de obrar, los menores de edad tienen, sin embargo, capacidad de obrar limitada.

[11] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991/4434). El caso de autos puede resumirse de la siguiente forma: en la estación de esquí de La Masella, sita en Alp, Girona, que era explotada por la compañía Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus Sociedad Anónima, propietaria de las instalaciones y, entre ellas, de un telesquí de remonta-pendientes que conduce desde el Pla de Masella al Tossal de la Pia, el 19 de septiembre de 1982, en ocasión de que el actor don Jorge L. P., que a la sazón tenía dieciséis años de edad, provisto del correspondiente billete o tarjeta de abono, forfait, que por pago del precio correspondiente le autorizaba para realizar ese uso, se produjo el descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la mencionada instalación por causas no suficientemente determinadas, alcanzando el mismo al citado usuario y causándole importantes lesiones. En la fecha del accidente, la entidad titular tenía otorgada y vigente con la Sociedad Catalana de Seguros una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil general. Ante esta tesitura, don Jorge L. P. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la institución propietaria de la estación de esquí y la entidad aseguradora, en la que interesaba la condena solidaria de los demandados al pago de veinte millones de las antiguas pesetas por daños y 464.093 pesetas por gastos. El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdà dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago a la parte actora de diez millones de pesetas por los daños sufridos y 206.301 pesetas por gastos. Don Jorge L. P. y la demandada Compañía de Seguros La Catalana, interpusieron recurso de apelación. Y la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia del Juzgado en la medida en que condenaba solidariamente a las demandadas, absolviendo a la entidad aseguradora de toda responsabilidad. El actor y la empresa titular de las instalaciones de esquí interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, finalmente, declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus, S. A. y sí al que interpuso el actor, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

propias de una pista de esquí—, de acuerdo con los usos sociales, traían como consecuencia que esa relación contractual se convirtiera en perfectamente válida e inatacable. Ello a pesar de la literalidad con la que se pronuncia el artículo 1263 del Código Civil, en el que se estatuye que «no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados».

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1991, afirma expresamente que «en cuanto al recurso formulado por (…), aplicación indebida del artículo 1301 del Código Civil, y por falta de aplicación del artículo 1261 en relación con el artículo 1263 del propio texto legal, y aplicación indebida del artículo 1258 del repetido Código; la calificación por la Sala *a quo* como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad Telesquís de la Tossa de Alp, Dass y Urus, S. A., y el actor recurrente, no resulta contradicha por la circunstancia de que este fuere menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello precisen de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entender que se da una declaración de voluntad tácita de estos que impide que tales contratos puedan considerarse como inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —las normas— atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas —art. 3.1 del CC—, y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o la anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria; por todo ello procede desestimar el motivo» (Fundamento Jurídico tercero).

También sugerente resulta el estudio del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2000, en que se plantea el interesante dilema acerca de la capacidad contractual del menor de edad ante la celebración de un contrato de compraventa, en el que la vendedora era menor de edad y actuaba como representante de sus hermanos, también menores de edad, todos ellos propietarios a título hereditario de la finca objeto del litigio[12].

En la mentada resolución se cuestiona si la *emptio-venditio* está afecta, a la luz de los artículos 1300 y 1261 del Código Civil, de nulidad radical, o si más bien nos hallamos ante una hipótesis de anulabilidad, ya que atendiendo a la decisión que se adopte dependerá, respectivamente, que se trate de una acción

[12] Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero (*RJ* 2000/113). En esa misma línea se había pronunciado el propio Tribunal Supremo unos años antes, en sentencia de 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/408), en un caso que afectaba a una compraventa realizada por una persona enferma por una demencia senil con anterioridad a su declaración judicial de incapacidad. Esta resolución apunta que «el estado mental originador de una disminución de aptitud volitiva e intelectiva para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1263 número 2 del Código Civil» (Fundamento de Derecho decimocuarto). Otro caso similar al apuntado también se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/3230).

imprescriptible o de una *actio* supeditada —en contexto de validez claudicante— al plazo sanatorio previsto por el artículo 1301 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, en el presente caso, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que desestimó la anulabilidad de la compraventa controvertida y declaró su nulidad radical manifestando que «para la resolución del tema conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con intervención efectiva y prestando su consentimiento, por lo tanto sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resultan aplazados sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria —arts. 1309, 1310 y 1311 del CC— justificando así el consentimiento prestado (…). Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden —incapacidades naturales por la edad—, sucede que salvo doña Elena M. B., sus otros cuatro hermanos no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir, que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser esta menor de edad y carecer de la capacidad de obrar necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato —art. 6.3 del CC—. No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida totalmente la relación jurídica —sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977—, que cita las de 31 de diciembre de 1886; 17 de junio de 1908; 3 de julio de 1923, así como las de 9 de diciembre de 1953; 25 de junio de 1929; 17 de marzo de 1963; 10 de noviembre de 1969; y 14 de marzo de 1974» —Fundamento Jurídico segundo—.

Otro supuesto que debe ser tomado en consideración es el referente al tipo de ineficacia que afecta a los actos del representante legal de un menor no emancipado efectuados sin la correspondiente autorización judicial, siempre, claro está, que esta venga exigida por la ley. Sobre este punto, la doctrina emanada de la Sala Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado de una manera uniforme y taxativa[13]. En realidad, este órgano jurisdiccional no ha mantenido un único criterio de interpretación, sino que por el contrario, su visión sobre el particular ha ido oscilando en atención a los casos concretos que se le han ido suscitando. A favor de la nulidad radical se pronunciaron las sentencias de 14 de marzo de 1983[14]; 10 de marzo de 1994[15]; 17 de febrero de 1995[16] y 21 de enero de 2000[17],

---

[13] Miralles González, Isabel, «Comentario al artículo 236-11 del Código Civil de Cataluña», en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y Familia*. Libro II del Código Civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 1322, también pone de manifiesto que la doctrina que comenta el artículo 166 del Código Civil español, debido a la falta de previsión normativa al respecto, no se ha puesto de acuerdo en cuál es el régimen de ineficacia aplicable a los actos que se hubieran realizado sin autorización judicial, siendo esta preceptiva. Plantea esta autora las principales líneas de pensamiento seguidas, que consideran estos actos o bien nulos o bien actos incompletos que deberían someterse al régimen del artículo 1259 del propio Código Civil español o bien ni inexistentes ni nulos, sino convalidables.

[14] Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1983 —*RJ* 1983/1475—.

[15] Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994 —*RJ* 1994/1731—.

[16] Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1995 —*RJ* 1995/1105—.

[17] Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2000 —*RJ* 2000/113—.

entre otras. El razonamiento seguido por estas resoluciones judiciales se fundamentó, esencialmente, en dos tipos de argumentaciones técnicas. En primer lugar, la de entender que los actos de disposición realizados por el titular de la patria potestad —o la tutela en su caso— sin autorización judicial son *per se* actos inexistentes, al faltarles uno de los requisitos esenciales para su validez; y en segundo término, la de considerar que nos encontramos ante un acto nulo por ser contrario a una norma de carácter imperativo, de *ius cogens;* incurriendo, por tanto, en la sanción de nulidad contenida en el artículo 6.3 del Código Civil[18].

Una modalidad o adaptación de la anterior línea jurisprudencial esgrimida por el Tribunal Supremo vino a declarar, igualmente, la nulidad del contrato celebrado sin la requerida autorización judicial por tratarse, esta vez, de un acto realizado con extralimitación de poder. En estos casos, entiende el Tribunal Supremo, debieran ser de aplicación las prescripciones contenidas en el artículo 1259 del Código Civil, en que se dispone que «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». Un claro ejemplo de esta segunda tendencia jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de 9 de diciembre de 1953[19], en la que se manifiesta que en una situación como la descrita —representante legal que lleva a cabo un acto de disposición sobre bienes pertenecientes al patrimonio de su representado sin que medie la preceptiva autorización judicial— «es evidente la falta de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad», así como que «la venta que se celebre, sin haber obtenido aquella, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1259 del Código Civil y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad»[20]. Esta misma línea argumental la encontramos desarrollada en la sentencia de 21 de mayo de 1984[21] en la que se dispone que aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea en realidad otorgado sin poder de disposición, y como tal de por sí totalmente ineficaz, sea o no impugnado, como el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad que, integrándolo, debió formar parte de él, puede ratificarse, por tratarse en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable.

Otro sector de la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha optado, por el contrario, por la solución de la anulabilidad[22]. A estos efectos es

---

[18] De esta misma opinión es Llamas Pombo, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*. Madrid, 1993, Ed. Trívium, págs. 123 y 127.

[19] Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1953 —*RJ* 1954/284—.

[20] En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1959 —*RJ* 1959/2933—.

[21] Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1984 —*RJ* 1984/2497—.

[22] Parte de la doctrina también se ha pronunciado en este sentido, entre ellos Menéndez Mato, Juan Carlos, «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.): *Comentarios al Código Civil.* Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 287; y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia: Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.* Vol. 2.º Madrid, 1984, Ed. Tecnos, pág. 1119.

muy ilustrativa la sentencia de 3 de marzo de 2006[23], en la que se dispone que la actuación del representante legal sin la autorización judicial —para aquellos casos en que esta sea preceptiva— no implica que falte el consentimiento negocial, sino que este se ha dado pero con una falta de complemento de capacidad. Esta ausencia provoca que el negocio jurídico que se celebra esté falto de la *capacitas* completa; lo cual da lugar a la anulabilidad. En el caso de autos, una madre enajena un piso titularidad de sus hijos, sobre los que ostenta ella sola la potestad, sin la correspondiente autorización judicial *ex* artículo 166, párrafo primero, del Código Civil[24]. Ante esta situación el Tribunal Supremo declara, en el Fundamento de Derecho tercero de la mentada resolución judicial, que «del artículo 166 del Código Civil no se deriva, en modo alguno, la nulidad radical que prevé el artículo 6.3 del Código Civil». De esta forma, la actuación del representante legal sin la debida autorización judicial no implica una falta absoluta del consentimiento negocial —como se había alegado en el motivo del recurso—, sino que, en realidad, este sí que se ha dado —concurrencia entre las declaraciones de voluntad de comprador y vendedor—, pero con ausencia total del complemento de capacidad exigido por la norma jurídica. El Tribunal Supremo concluye, en definitiva, que sí existió consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código Civil, aunque el de la parte vendedora adoleciera de la falta de autorización judicial. Esta carencia, por ende, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que este sea, simplemente, anulable; y a que si los contratantes representados —por representación legal— no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años establecido por el artículo 1301 del Código Civil, opere la confirmación por disposición de la Ley, es decir, la llamada prescripción sanatoria por el transcurso del plazo de caducidad en que podría ejercitarse la correspondiente acción de anulación»[25].

A favor de la anulabilidad se pronuncia también el artículo 236-31 del Código Civil de Cataluña, que estipula que los actos efectuados por los progenitores, con relación a los derechos y los bienes de los hijos, que necesitan de autorización judicial —concretamente los enumerados en el art. 236-7 del Código Civil de Cataluña—, si se han realizado sin la mentada autorización tienen el carácter de anulables. La acción para impugnarlos caduca a los cuatro años a contar desde el preciso instante en que los hijos alcancen la mayoría de edad o la emancipación, o de la reintegración judicial de la capacidad. Parece, pues, que el legislador catalán ha venido a superar todas las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia[26], señalando expresamente que la infracción de la regla que obliga a actuar tras la correspondiente autorización judicial, dará lugar a la anulabilidad del acto[27]. Esta es, precisamente, la misma consecuencia jurídica que se prescribe para todos aquellos actos que se lleven a cabo sin el necesa-

---

[23] Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 2006 —*RJ* 2006/5772—.

[24] Si bien es cierto que el Código Civil exige tal autorización, no prevé, en cambio, explícitamente la sanción en caso de que se realice aquel negocio jurídico sin la misma.

[25] Siguen esta misma tendencia las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 1987 —*RJ* 1987/1839—; 9 de mayo de 1994 —*RJ* 1994/3894— y 23 de diciembre de 1997 —*RJ* 1997/8902—.

[26] En este mismo sentido se pronunciaba el ya derogado artículo 154 del Código de Familia de Cataluña.

[27] En opinión de Miralles González, Isabel, *op. cit.*, págs. 1322-1323, la norma catalana parece limitar la acción al propio menor o incapacitado cuando deja de serlo y evidentemente solo por el plazo previsto.

rio complemento de capacidad[28] o en los que no interviene el defensor judicial cuando existe un conflicto de intereses que motiva su participación —art. 224-4 del Código Civil de Cataluña—[29], así como cuando un no titular debe asentir los actos de disposición realizados por el titular del derecho —art. 231-9.2 del Código Civil de Cataluña—[30].

En un sentido similar se pronuncia el artículo 19 del Código del Derecho Foral de Aragón, en que se manifiesta que serán anulables los actos realizados por el representante legal de las personas menores de catorce años que no hayan obtenido la debida autorización o aprobación por parte de la Junta de Parientes o del juez[31]. Esta *actio* puede ser ejercitada o bien a petición del representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor haya cumplido los catorce años; o bien a petición del propio menor, con la debida asistencia, desde que cumpla catorce años. La acción prescribe a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido este realizar el acto sin asistencia.

Finalmente, de entre las distintas opciones planteadas, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de abril de 2010[32], parece haberse decantado definitivamente,

---

[28] Artículos 211-12.3 para el menor emancipado, 223-8 para los actos que debe complementar el curador, y 226-3 para los actos en que debe intervenir el asistente, todos ellos del Código Civil de Cataluña.

[29] Conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/36200), en que se resuelve un supuesto en que una entidad financiera concedió dos tarjetas de crédito vinculadas a un contrato de cuenta corriente, sin tener en cuenta, ni por el padre ni por el propio banco el consentimiento del hijo entonces menor que tenía dieciséis años, pudiendo este sufrir un grave perjuicio económico en caso de que el padre resultara insolvente, por cuanto la entidad bancaria podría dirigirse frente al hijo reclamándole el descubierto, que fue, precisamente, lo que ocurrió. En opinión del Tribunal *ad quem,* se considera que el presente caso encaja perfectamente en el artículo 162.2 del Código Civil español, de acuerdo con el cual, no opera la representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados cuando exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Lo dispuesto en esta norma tuvo que haberlo tenido en cuenta la entidad bancaria, cosa que no hizo, ya que no solicitó al menor su consentimiento a la hora de conceder las dos tarjetas de crédito solicitadas por el padre sujetas a la cuenta conjunta que este suscribió con su hijo menor. La entidad financiera no tuvo en cuenta que no debía operar por existir el mencionado conflicto de intereses, con respecto a las tarjetas, el mecanismo de la representación legal del padre con respecto al menor de edad no emancipado, y por ello el banco no tendría que haberlas expedido. Finalmente, la Audiencia Provincial de Madrid resuelve que el artículo 1259 del Código Civil español es aplicable también al propio contrato de cuenta corriente indistinta al existir el apuntado conflicto de intereses en relación con el mismo y por tanto este contrato no ha de vincular al menor, sin que deba responder por la deuda generada por la conducta del progenitor, por lo que la entidad bancaria solo está legitimada para exigir responsabilidad al padre por el descubierto producido, quedando el menor libre de toda responsabilidad frente a la entidad bancaria.

[30] Vaquer Aloy, Antoni, «Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña», en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.), *Persona y Familia.* Libro II del Código Civil de Cataluña, Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 296.

[31] Los artículos 14 (para las atribuciones a título gratuito) y 15 (para las de carácter dispositivo) del Código del Derecho Foral de Aragón, enumeran los actos realizados por el representante legal del menor que no haya alcanzado todavía la edad de los catorce años que precisan de la debida autorización de la Junta de Parientes o de la autoridad judicial.

[32] Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010/2380). En el supuesto planteado, el padre vendedor no pidió la correspondiente autorización judicial para la venta

a diferencia de la preferencia adoptada por el legislador catalán y aragonés, por estimar que el tipo de ineficacia que afecta a los actos de los representantes legales, sean los progenitores o los tutores, efectuados sin la debida autorización judicial, que recordémoslo carece de regulación expresa en el Código Civil español (art. 166), es la de considerarlos como actos incompletos, que no inexistentes, que deben someterse al régimen legal del artículo 1259 del propio Código Civil[33].

En consecuencia, el acto efectuado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 del Código Civil español, se erige en un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca con la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. En suma, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no puede ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial, que deberá ser suplida, en su caso, por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 del Código Civil español, de modo que no siendo ratificado, el acto deviene inexistente[34].

---

de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos, menores de edad no emancipados, como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos necesarios para su plena validez. Otro supuesto en que el Tribunal Supremo también ha optado por esta misma solución es el planteado en la sentencia de 5 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/38737), que aparece referenciada en el *Diario La Ley*, núm. 8020, Sección Jurisprudencia, de 11 de febrero de 2013. En este caso se plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la posible nulidad de lo que podemos denominar como «práctica de contratación» respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo, propiamente dicho.

[33] Son partidarios de esta misma postura, Linacero de la Fuente, María Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad,* Madrid, 1990, Ed. Montecorvo, págs. 136 y 295, y Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, *Derecho de Familia,* Madrid, 1989, Ed. Universidad de Madrid, pág. 539.

[34] La posición jurídica que adopta el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010/2380) para llegar a estas conclusiones se fundamenta en el hecho de que hay que integrar el artículo 166 del Código Civil, con lo que dispone el artículo 1259.1 del propio Código Civil, cuando fija que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin que tenga por ley su representación legal». De esta lectura o interpretación de los artículos de referencia efectuada por el Tribunal Supremo se derivan los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto llevado a cabo por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial: *a)* el artículo 166 del Código Civil español es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, es decir, la nulidad del acto; *b)* el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 del Código Civil es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; *c)* la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 del Código Civil. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses; *d)* el propio artículo 1259 del Código Civil se añade a esta justificación, porque va a permitir que el contrato sea objeto de ratificación por el propio

2. Nulidad relativa o anulabilidad

Por lo que a la nulidad relativa o anulabilidad se refiere, el artículo 1300 del Código Civil establece que «los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». La anulabilidad se caracteriza, inicialmente, por ser un instrumento jurídico puesto por la Ley a disposición de determinados sujetos, para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de tutela jurídica, de manera que se les deja a su arbitrio la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Esto provoca que el contrato anulable haya sido calificado como un negocio jurídico bilateral de eficacia claudicante, es decir, un contrato que se encuentra en una situación de latente provisionalidad, que puede evolucionar en un doble sentido o hacia dos posibles alternativas: ser definitivamente válido o no serlo[35].

Los menores de edad no emancipados, en la esfera contractual, gozan de una especial protección, es por ello que la doctrina considera que al estudiar la posible eficacia de las relaciones negociales por ellos entabladas, hay que poner en correlación los artículos 1263.1 y 1300 del Código Civil, y llegar con ello a la conclusión de que, en principio y por regla general, son simplemente anulables[36]. El artículo 1263.1 del Código Civil no puede entenderse de forma aislada[37], tal como nos indica el artículo 1264 del Código Civil, sino conforme al artículo 1302 del mismo cuerpo legal, del que extraemos que a partir del consentimiento del

---

interesado cuando sea favorable a sus intereses. De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. Estas mismas premisas son las empleadas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2010 (*RJ* 2010/6030).

[35] López San Luis, Rocío, *op. cit.*, págs. 149-152. Vid., también en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989 (*RJ* 1989/4283).

[36] En esencia, la jurisprudencia desde tiempos pretéritos, es mayoritaria cuando proclama que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. A título ilustrativo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1958 —*RJ* 1958/3811—; 19 de diciembre de 1977 —*RJ* 1977/4763—; y 2 de junio de 1989 —*RJ* 1989/4283—.

[37] Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil.* Tomo II, Vol. I. *Doctrina general del contrato.* Barcelona, 1978, Ed. Bosch, pág. 44, califica el redactado del artículo 1263 del Código Civil como de sumamente impreciso. También, Santos Briz, Jaime, «Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil», en Albácar López, José Luis (coord.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia.* Tomo IV. *Artículos 1088 a 1444 del Código Civil.* Madrid, 1995, Ed. Trívium, pág. 975, considera que una interpretación declarativa del artículo 1263 del Código Civil prevé la existencia de bienes propios del hijo, cuyo dominio, usufructo y administración le corresponden en tal hipótesis, pudiendo contratar con esa base patrimonial. Actualmente, finaliza este autor, aparece indicada una interpretación extensiva de estas normas, alcanzando la contratación de estos menores a los numerosos supuestos de la contratación fáctica en que pueden intervenir. Por último, Torralba Soriano, Vicente, «La incapacidad contractual», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño,* Salamanca, 1984, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 704, subraya que el apartado primero del artículo 1263 del Código Civil, al afirmar que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, parece indicar que tales menores no pueden contratar en ningún supuesto y, por el contrario, que los menores emancipados pueden hacerlo sin que les afecte ninguna limitación. Sin embargo, concluye el autor, ambas conclusiones son inexactas.

menor de edad se perfecciona el contrato, aunque con la particularidad de que este no queda obligado de modo absoluto[38].

Llegados a este punto es importante traer a colación la falta de adecuación de las palabras contenidas en el artículo 1263.1.º del Código Civil, con la práctica negocial habitual desarrollada por los menores no emancipados. Una lectura rápida y poco meditada de su contenido nos empujaría a proclamar que este precepto prohíbe a los menores no emancipados, contrariando así los usos del tráfico y el sentido conferido al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, todo tipo de actividad patrimonial.

Sin duda, esa falta de simbiosis entre la interpretación gramatical de la citada disposición normativa y la actividad comercial ordinaria desarrollada por los menores no emancipados, ha obligado a tener que recurrir a una exégesis, en ocasiones un tanto forzada, de este precepto del Código Civil. Ciertamente, algunas de las explicaciones ofrecidas por parte de la doctrina científica para tratar de cohonestar la significación y el alcance del artículo 1263 del Código Civil con la realidad práctica que le rodea, nos ofrecen una más que notable dosis de artificiosidad, llegando incluso, en ciertas ocasiones, al extremo de ni tan siquiera clarificarnos suficiente y razonablemente el fundamento último que las ampara o sustenta[39].

Así, algunos autores, para legitimar la actividad transaccional ordinaria de los menores de edad, proponen presumir que, en estos casos, media una autorización implícita del guardador, o mejor aún, que menor y guardador han renunciado tácitamente a la impugnación, mediante la acción de anulabilidad, del negocio perfeccionado. Este pronunciamiento puede ser, además, complementado por aquellos que defienden y son partidarios de interpretar la cláusula del artículo 1263.1.º del Código Civil con un notable grado de laxitud, por cuanto las necesidades del tráfico llevan a postular la definitiva validez de aquellas relaciones contractuales que lleven a cabo los menores no emancipados, y que, según los usos sociales vigentes en cada momento y lugar, deban reputarse concluidos con la tácita aquiescencia de su legal representante[40].

---

[38] De Castro y Bravo, Federico, *Derecho Civil de España.* Tomo II. *Derecho de la persona.* Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 174, defiende que la expresión, «no pueden prestar consentimiento», contenida en el artículo 1263 del Código Civil, lo que significa es que los menores no emancipados no pueden convenir un contrato perfecto, pues será claudicante en beneficio del menor. Por su parte, Bercovitz Álvarez, Germán, «Comentario al artículo 1263 del Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil.* Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 1513-1514, estima que el hecho jurídico de la minoría de edad no hace que el contrato se considere inexistente, puesto que el artículo 1263 del Código Civil debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1301 y 1302 del citado texto legal. Se tratará, en principio, de contratos no nulos sino anulables —solo por el menor o su representante legal—.

[39] Sánchez-Calero, Francisco Javier, «La capacidad del menor no emancipado», en el *Libro-Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada.* Vol. III. Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería, pág. 1707, entiende que la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, y es unánime en la atribución de plena eficacia a los actos de que se trata, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor. Pero en lo que no hay unanimidad es en la explicación sobre su eficacia.

[40] Puig Brutau, José, y Puig Ferriol, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil.* Tomo I. Vol. I. *Parte general: sujeto y objeto del Derecho.* Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 325. De la misma opinión es Torralba Soriano, Vicente, *op. cit.,* págs. 705-706, quien se reafirma en postular que la autorización tácita —refiriéndose a los ámbitos en que los menores contratan

Otros juristas, por su parte, encuentran una explicación de tipo consuetudinario a la validez de esos actos; lo cual, bajo su particular parecer, sirve tanto para delimitar la esfera en la que al menor se le reconoce esa capacidad —los actos socialmente admitidos para cada edad—, a la vez que proporciona un criterio objetivo y flexible para deslindar su verdadero ámbito de intervención[41].

En tercer lugar, también hay quienes salvan los impedimentos contenidos en el artículo 1263.1.º del Código Civil refugiándose en la literalidad del artículo 162, párrafo segundo punto primero del propio texto legal. No obstante, la amplitud de los términos en que se manifiesta este último precepto, que exceptúa de la representación legal de los padres «los actos que el hijo de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», y las divergencias que su interpretación han suscitado, producen un elevado grado de incertidumbre jurídica.

Por último, un sector minoritario de la doctrina ha acudido a la vía de la representación para justificar la validez de las actuaciones autónomas realizadas por los menores no emancipados, sosteniendo que, cuando este actúa negocialmente con una voluntad propia, lo hace como mandatario o representante de sus progenitores o tutor, en su caso[42]. Además, tratándose de la adquisición de objetos o servicios que los mismos representantes legales hubieran debido suministrar al menor, cabría recurrir a la idea de que tal menor está cumpliendo una obligación o un quehacer propio de los progenitores, y, por consiguiente, gestionando oficiosamente los negocios de estos[43].

En definitiva, los contratos celebrados por un menor no emancipado, que reúna unas condiciones de raciocinio y madurez mínimas, serán válidos, pero

---

socialmente con plena eficacia— viene a producir el efecto práctico de que a los menores se les considera capaces para contraer tales relaciones. Esta es también la visión que nos proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991/4434), en su Fundamento de Derecho tercero.

[41] Siguiendo ese planteamiento, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre de 1992, págs. 1442-1443, esgrime, en primer lugar, una serie de argumentos para tratar de justificar su opinión; y, a continuación y tras reconocer la existencia de múltiples escollos para su admisión, ofrece nuevos argumentos para superar tales obstáculos.

[42] En contra de esta solución se manifiesta SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier, *op. cit.,* pág. 1707, quien alega que el menor de edad carece de la capacidad de obrar necesaria para ser representante y que los derechos y deberes resultantes del negocio representativo los adquieren, en realidad, los progenitores, lo cual resulta un tanto absurdo. A pesar de estar de acuerdo, en el fondo, con lo afirmado por este autor, no compartimos la forma como lo argumenta. De este modo, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1716 del Código Civil, entendemos que el menor no emancipado sí que puede llegar a ser y actuar como representante o apoderado.

[43] Relacionado con esta materia, HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso, «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 11, abril-junio de 1980, pág. 442, sostiene que si un menor no emancipado puede contratar, si bien de acuerdo con el régimen jurídico que preside la contratación de los menores en general, con mayor motivo podrá ser investido de la facultad de representar a otra persona, en cuyo único y exclusivo beneficio o perjuicio se producirán los efectos de la actividad sustitutoria y representativa del menor. El mismo autor reitera esa idea en HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso, «Comentario y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código Civil», en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil.* Tomo I. *Parte general.* Vol. II. *Primera parte.* Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 440-449.

de eficacia claudicante y podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años, o por el propio menor de edad durante ese mismo plazo de tiempo, una vez emancipado siempre y cuando el representante legal no lo hubiera confirmado previamente[44]. Estos contratos están, en suma, sometidos al régimen legal de la anulabilidad —arts. 1301 y sigs. del CC—.

En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia, corroborando que los negocios jurídicos otorgados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino simplemente anulables. Ahora bien, tal y como se encarga de recordarnos la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977, hay que especificar, en todo caso, «si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, ya que en el primero de los supuestos el contrato será inexistente, mientras que en el segundo tan solo anulable».

Los efectos resultantes del ejercicio de la acción de anulabilidad tienen carácter retroactivo, y quedan, por tanto, referidas a la fecha del otorgamiento del contrato. Ello significa que la anulación privará a las partes de todo instrumento legal para reclamar la ejecución de las prestaciones, y si las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico ya han sido cumplidas, nacerá el deber de restitución recíproca entre el *solvens* y el *accipiens*, según el artículo 1303 del Código Civil, con la singularidad de lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 también del Código Civil.

Una de las excepciones al régimen restitutorio previsto en el artículo 1303 del Código Civil, se obra cuando la causa de anulabilidad procede de la falta de capacidad de uno de los contratantes, por ejemplo, propiciada por el hecho de ser menor de edad. En estos casos, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1304 del Código Civil, «no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera». Un cierto paralelismo con esta prevención dispositiva lo encontramos establecido en el artículo 1163 del Código Civil, que se pronuncia constatando que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuando se hubiere convertido en su utilidad», siendo al que afirme que el cumplimiento ha redundado en beneficio del menor al que corresponda la carga de la prueba.

La finalidad de un precepto del estilo del artículo 1304 del Código Civil no es otra que la de arbitrar una protección patrimonial completa y adecuada de los niños, niñas y adolescentes. El mecanismo de la anulabilidad, aisladamente considerado, se convertiría en una especie de instrumento de amparo y defensa de los intereses económicos del menor de carácter meramente ilusorio, si fruto de la aplicación del artículo 1303 del Código Civil —que arbitra la restitución de lo por ellos dado—, se vieran compelidos a pagar, con cargo a su fortuna, el equivalente de lo recibido o malgastado.

El enriquecimiento, al que hace mención el artículo 1304 del Código Civil, no consiste solo en un aumento material y duradero del caudal económico, sino que exige también un empleo beneficioso por el incapaz de lo percibido. Por tanto, se entiende que tras la aludida expresión se esconde el aumento real o el beneficio experimentado por el patrimonio del menor, así como la evitación de un gasto o

[44] Esta confirmación, por parte de los representantes legales de los actos realizados por el menor de edad, priva a este de que una vez que salga de la patria potestad o tutela pueda anular el acto, por lo que somos partidarios de entender que en el supuesto de que esta confirmación le genere al menor de edad un daño o perjuicio, este pueda solicitar la indemnización correspondiente a sus representantes legales, por el ejercicio irregular de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela.

cuando la prestación haya venido a satisfacer carencias del individuo. Por ello, no basta que los bienes objeto del contrato hayan ingresado en el haber del menor, sino que es menester que impliquen un incremento del mismo o atiendan a sus necesidades[45]. En suma, el menor ha de obtener una utilidad objetiva, que se consigue con un incremento patrimonial o un ahorro de gastos. La carga de la prueba del enriquecimiento injustificado recae sobre la parte que alega y reclama la restitución del menor, es decir, el contratante capaz[46].

Llegados a este punto, no debemos descuidar que los Derechos especiales navarro y aragonés mantienen vigentes ciertas peculiaridades en este extremo. En Navarra, por ejemplo, se prevé la nulidad absoluta de las declaraciones de voluntad emitidas por los menores no emancipados (Ley 19 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 50 del propio Fuero Nuevo de Navarra, que estipula que los púberes —personas mayores de catorce años—, ostentan capacidad para los actos determinados en la Compilación, y que los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no se contraigan obligaciones —pues en nada les perjudican—, aunque contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

En Aragón, por su parte, se ha optado por marcar con claridad una distinción entre el menor que ha cumplido los catorce años del que todavía no lo ha hecho. Al primero, se le reconoce la capacidad para realizar toda clase de actos y contratos (art. 23.1 del Código del Derecho Foral de Aragón[47]); no tiene, por extinción, representante legal —arts. 5.3 y 12.1 *sensu contrario* del Código del

---

[45] Vila Ribas, Carmen, «Comentarios al artículo 1304 del Código Civil», en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 1434. En idéntico sentido, Colás Escandón, Ana María, «Comentario al artículo 1304 del Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil.* Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 1568; y O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia,* Madrid, 2001, Ed. La Ley, pág. 1322.

[46] Sobre lo que hay que entender por enriquecimiento en el artículo 1304 del Código Civil, véase la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1918, en la que se establece que «el enriquecimiento al que se refiere el artículo 1304 del Código Civil consiste, no en la mera entrega de cierta cantidad en préstamo, sino en que el que afirma el enriquecimiento acredite cumplidamente que la suma recibida por el incapaz ha producido aumento o beneficio en su patrimonio»; y en esa misma línea argumental, las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1984; de 15 de febrero de 1952; de 9 de febrero 1949, que declaran que «el artículo 1304 del Código Civil, con antecedentes en el antiguo privilegio *in integrum,* acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapacitado que le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción a la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1303 del Código Civil». Más moderna, aunque sin variar esa visión del artículo 1304 del Código Civil, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2003, en su Fundamento de Derecho tercero (*RJ* 2003/7736).

[47] Precepto que es fiel a las pautas caracterizadoras de la regulación secular de la capacidad del menor mayor de catorce años del Derecho aragonés. De hecho, este artículo 23 reproduce casi en su literalidad la mayor parte del ya derogado artículo 5.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Derecho Foral de Aragón—, si bien es cierto que, en la mayoría de los supuestos, la plena validez de sus actuaciones requiere de la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores o, en su defecto, del tutor; y, finalmente, su voluntad es decisiva para consentir intromisiones en los derechos de la personalidad (art. 24.1 del Código del Derecho Foral de Aragón). Mientras que el segundo —menor de catorce años— opera de ordinario a través de las intervenciones de su representante legal, excepción hecha de los actos relativos a los derechos de la personalidad y demás enunciados en el artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, que ejercita él mismo si reúne suficiente juicio para ello[48].

3. Actos realizados por los menores de edad no emancipados perfectamente válidos y eficaces

Por último, una vez dispuesto el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por un menor no emancipado, tanto si ostenta capacidad natural —anulabilidad— como si no lo hace —nulidad absoluta—, corresponde el examen de una tercera categoría integrada por aquellos actos llevados a cabo por una persona menor de edad, de manera totalmente autónoma, perfectamente válidos, cuando en relación al propio contenido y naturaleza de los mismos, a la edad y al grado de discernimiento del individuo, se estime que reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes como para expresar un verdadero consentimiento[49]. Dentro de esta especie podemos englobar todas aquellas acciones que la ley permite a las personas menores de edad celebrar por sí mismas —arts. 162.1 y 3 y 164.3 del CC— y las que estas celebren, con el consentimiento de sus progenitores o tutores, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico así lo autorice —art. 164.3 *in fine* del CC—.

De igual modo, también debemos incorporar, dentro de esta enumeración, los actos realizados de manera absolutamente libre e independiente por parte de un menor de edad, es decir, sin necesidad alguna de intervención de sus representantes legales en sustitución o complemento de su capacidad, a pesar de que su ejercicio no esté expresamente permitido por la ley, cuando los mismos

---

[48] El artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón establece: «El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: *a)* ejercer los derechos de la personalidad; *b)* otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales; *c)* llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia».

[49] En este sentido, Manresa y Navarro, José María, «Comentario al artículo 1301 del Código Civil español», en *Comentarios al Código Civil español,* Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus, págs. 636-637, considera que es más difícil clasificar con precisión el caso de contratos celebrados por menores, puesto que la incapacidad de estos es a la vez reflejo de la que supone el desarrollo aún no concluido, y de la organización familiar, no cabiendo otra solución que atender a la edad en que celebró el contrato, y al predominio que entonces tuviera la incapacidad natural o la puramente legal para producir esta. La Ley parece considerar este caso como de nulidad estricta, no de inexistencia, puesto que fija plazo para que, transcurrido, se extinga la acción; pero con ello se refiere sin duda, a contratos celebrados cerca de la mayor edad; mas no puede referirse a los que se celebren con un niño, que han de reputarse, por lo general, inexistentes. La importancia del contrato y la edad del menor son las bases, y si bien en los extremos de esta no hay duda, surge la dificultad en los grados medios, pareciendo lo más lógico referir la nulidad a la época en que la ley autoriza la emancipación, y la inexistencia a aquella otra en que esta no es posible.

estén socialmente admitidos[50] —en expresión utilizada por el Código Civil de Cataluña, «aquellos relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales[51]»—.

Según el parecer de la doctrina mayoritaria, concebir estos actos de la vida corriente de las personas menores de edad como socialmente aceptados y eficaces lo que logra es: en primer lugar, reconocer al individuo, desde épocas muy tempranas, un campo de actuación particular, que se verá progresivamente ampliado en la medida en que los usos sociales ligan esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de los sujetos; en segunda instancia, permitir que el menor

---

[50] Ejemplificativa, en este sentido, es la sentencia número 11/2007 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 11 de enero de 2007 (*JUR* 2007/178715), en la que un adolescente de diecisiete años tras recibir un adelanto del sueldo (1.700 euros) por parte de la entidad para la que trabajaba, alega la nulidad del contrato de mutuo por falta de consentimiento al no poder este tomar dinero a préstamo. Frente a esta situación, confirmando la resolución del Juzgador de instancia, el órgano de apelación entiende que «aplicando analógicamente las normas del Código Civil relativas a la emancipación, a las que se debe añadir el artículo 3 del mismo cuerpo legal, puesto que hay que estar a la realidad social del momento en que se aplican tales normas, siendo común que un joven de diecisiete años, que tiene un trabajo independiente, solicite un anticipo de la nómina para adquirir un ciclomotor, y si por último se tiene igualmente presente el espíritu de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección jurídica del menor, en cuyo artículo 2 establece que las restricciones de capacidad de obrar de los menores habrá de interpretarse de forma restrictiva, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no existe nulidad del contrato suscrito». Otro caso es el resuelto por la sentencia número 157/2004, de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 28 de abril de 2004 (*AC* 2004/1000), en el que unos padres ejercitan una acción de responsabilidad civil extracontractual frente a un establecimiento en el que sus hijos, ambos de dieciséis años de edad se realizaron, previo pago, cada uno de 20.000 pesetas, la impresión de sendos tatuajes. Los tatuajes se realizaron satisfactoriamente, sin complicaciones de tipo sanitario o estético. Eso sí, enterados los progenitores de la existencia de los tatuajes, acudieron con sus hijos a un médico de cirugía estética para que se los eliminaran. El borrado de los tatuajes se hizo mediante la técnica de abrasión cutánea, quedando como consecuencia de esta una secuela estética permanente, al haber reaccionado hipertróficamente las cicatrices tras la dermoabrasión. Los progenitores optaron por ejercitar la acción aquiliana porque entendían que no existía contrato ni puede existirlo entre los menores y la tatuadora, toda vez que estos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1263 del Código Civil, no pueden prestar el necesario consentimiento que como requisito el contrato exige, y entienden que la tatuadora incurrió en negligencia al no haberse cerciorado de la mayoría de edad de los menores, o al no haberles negado la prestación hasta la acreditación de autorización fehaciente de los padres o representantes legales de aquellos. Ante tal argumentación, el Tribunal *ad quem* declara no haber lugar a la acción de responsabilidad civil extracontractual, ya que en el presente caso parece claro que entre los menores de edad —con dieciséis años cumplidos— y la demandada existió un contrato de arrendamiento de servicios, y que las obligaciones recíprocas de ese contrato se cumplieron por ambas partes: los menores pagaron el precio del arrendamiento y la demandada les ejecutó los tatuajes correctamente y sin que se produjeran reacciones indeseadas. En esta misma línea se pronuncia, describiendo la realidad portuguesa, MARTINS, Rosa, *Menoridade (in)capacidades e cuidado parental.* Centro de Direito da Família. Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora, págs. 113-115.

[51] Vid., en este sentido, el artículo 211-5, apartado *b),* del Código Civil de Cataluña. En un sentido similar se pronuncia el Código del Derecho Foral de Aragón, en su artículo 7.1, apartado *b),* al especificar que «el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales».

de edad vaya tomando parte en el tráfico jurídico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio; y, por último, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de estos actos que un menor de edad puede ejecutar, en vinculación directa con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor de edad[52].

En suma, los contratos celebrados por menores de edad pueden resultar: radicalmente nulos, caso de no constar verdadero consentimiento. Tal situación solo se producirá cuando se dé en el menor de edad una total ausencia de capacidad natural; relativamente nulos o anulables, si el menor de edad celebra contratos en principio válidos, pero de eficacia claudicante en las condiciones previstas en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil; y perfectamente válidos y eficaces, cuando en relación a su contenido y naturaleza, el menor, por su edad y nivel de desarrollo, posea condiciones de juicio y entendimiento suficientes para expresar un verdadero consentimiento —art. 1261.1 en relación con el art. 162.2.1 ambos del CC—.

III. LA CLÁSICA CUESTIÓN DEL LLAMADO «DOLO DE LOS MENORES» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL

Un último aspecto a tener en cuenta, que plantea la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico con relación a los terceros contratantes, es la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*[53]; es decir, cuando el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades —manifestación del dolo esencial del art. 1269 del CC—.

Esta situación queda reservada para aquellos casos en los que es de aplicación el régimen general de especial protección de la eficacia claudicante del contrato en beneficio del menor de edad, no, obviamente, en aquellos otros en los que por el carácter del negocio y la edad del individuo, este actúa dentro del ámbito de su propia esfera de autonomía o competencia —ya sea por estar habilitado para ello por ley, o porque socialmente así se le reconoce[54]—. También quedarían fuera, por supuesto, aquellas situaciones en las que el menor de edad careciera absolutamente de intelecto y voluntad suficientes para llegar a comprender y querer el contenido y las consecuencias derivadas del acuerdo adoptado. En otras palabras, cuando el contrato fuera nulo de pleno derecho.

---

[52] Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre de 1992, pág. 1.443, y Yzquierdo Tolsada, Mariano, «La patria potestad», en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde (coords.), *Tratado de Derecho de la Familia,* Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters, pág. 119.

[53] Lauroba Lacasa, María Elena, *El pago al acreedor incapaz (análisis del art. 1163.1.º del CC),* Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas, pág. 60, identifica el caso del menor —el protegido por la ley— que induce, con maniobras fraudulentas, al deudor capaz a que le pague a él en el marco de una obligación válidamente constituida, como una variante del «dolo de los incapaces».

[54] Jordano Fraga, Francisco, *op. cit.,* págs. 901-903.

Las *maquinaciones insidiosas* del menor de edad —que presuponen, evidentemente, un mínimo de capacidad natural, y unas ciertas aptitudes mentales y volitivas—, están, pues, precisamente dirigidas a rebasar el límite de lo que social y jurídicamente se le consiente actuar, por sí, con plena validez, y simultáneamente, a hacerlo de tal forma que evite las prevenciones suscitadas en quien en modo alguno interesa contratar con un régimen que pone la subsistencia del contrato en manos del propio menor o de sus representantes legales.

Esta actuación dolosa del menor presenta un aspecto muy especial y particular que lo diferencia del dolo en la formación de los actos jurídicos en general. Por lo regular, la intención u objetivo del sujeto con capacidad limitada no es la de imponer una relación contractual desventajosa a la otra parte, sino a la inversa, dejarla sin efecto; es más, ese vínculo negocial, habitualmente, suele ser beneficioso o satisfactorio para el interviniente capaz. De aquí que este, en principio, no muestre interés alguno en la nulidad del convenio, sino, al contrario, en su subsistencia. En definitiva, será precisamente el menor de edad quien, para sustraerse de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades invoque su incapacidad, con el firme propósito de finiquitar el acto jurídico que excede de sus aptitudes negociales; viniendo a ser justamente esta anulación la que causa perjuicio al estipulante de buena fe.

De la redacción del artículo 1302 del Código Civil, se desprende que la parte que no puede impugnar un contrato anulable, por cuestiones de capacidad, se encuentra en una posición incómoda y endeble, en cuanto que los efectos del negocio penden en manos de otras personas, pudiéndose llegar a mantener esa situación de objetiva inseguridad durante un considerable periodo de tiempo[55]. Se deduce, por consiguiente, que el Código Civil no parece preocuparse, en modo alguno, de la situación del contratante no legitimado para accionar, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por ende, indigno de protección. En otras palabras, traemos a colación y aplicamos a rajatabla el adagio de *qui cum alio contrahit vel est, vel debe esse non ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit* —el que contrata con otro, sabe o no debe ignorar la condición de este—[56].

Tal circunstancia nos lleva a afirmar que la única opción válida de quien en esta forma conviene, consiste en soportar la vigencia del acuerdo suscrito, cumplir, en tanto no sea anulado, las obligaciones que del mismo dimanan, con la única expectativa que se le reintegre de aquello en que demuestre se enriqueció el sujeto con capacidad limitada —art. 1304 del CC[57]—. Ahora bien, aún reconociendo que el legislador español parte de una presunción de inocencia del sujeto incapaz, el que con él contrató —o con quién sufrió violencia o intimidación de un tercero, o padeció error—, podría ser perfectamente ajeno o desconocer por completo esas causas que conllevan la anulación del contrato.

Antiguamente, en el Derecho romano frente a situaciones como las descritas no se auxiliaba a los menores que actuaban dolosamente[58], por el contrario, se

---

[55] Delgado Echeverría, Jesús, «Comentarios al artículo 1302 del Código Civil», en Albaladejo García, Manuel, y Díaz Alabart, Silvia (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, Ed. Edersa, pág. 14.

[56] D. 50, 27, 19.

[57] Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo en el Derecho Civil,* Granada, 2005, Ed. Comares, págs. 218-219.

[58] Digesto 4.4.9.*2: «Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus; ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel

aplicaba la conocida máxima de la *malitia supplet aetatem*[59] —la malicia compensa la minoridad—, y en aras de proteger el interés y la buena fe del tercero contratante, se convertía el negocio jurídico en inimpugnable. No obstante, los peligros que la aplicación estricta de este criterio podían comportar en orden a una disminución excesiva de la protección que al menor dispensaba la normativa legal, obligaron a una posterior evolución de esta institución, exigiéndose para poder hablar de dolo del menor la presencia de genuinas maquinaciones, tretas y engaños. Con ello se vino a dar respuesta a la práctica usuraria de preconstituir el dolo del menor —y con él, la inatacabilidad del contrato— con el uso de cláusulas de estilo en que aquel se declaraba mayor de edad[60]. Era, pues, necesario impedir que todo el aparato protector de la minoridad quedara inutilizado por una disposición que pronto se hubiera convertido en estipulación estándar[61].

Consecuencia de esa necesaria transformación, hoy día, ciertos ordenamientos jurídicos se han hecho eco de ese aforismo, si bien revistiéndolo de las mencionadas precauciones que eviten un uso abusivo del mismo. Sin ir más lejos, en el *Code Napoleón* se distinguen dos situaciones claramente diferenciadas entre sí: la del menor que comete maniobras dolosas para hacerse aparecer ante los demás como mayor de edad, en cuyo caso, el artículo 1310 del Code civil francés, lo hace responsable de las obligaciones resultantes de sus delitos o cuasi delitos, no pudiendo en este caso alegar su incapacidad[62]; y la circunstancia en que el menor simplemente se hubiera limitado a afirmar su mayoridad, en cuyo caso el propio Código francés proclama que esa mera declaración por su parte no impide su derecho a la restitución[63], lo que *sensu contrario*, por tanto, vendría a equivaler a la responsabilidad del menor por sus maniobras fraudulentas —art. 1307 del Code civil francés[64]—. En el primero de los casos, el mecanismo de reparación

---

commodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet, in delictis minoribus non subveniri; nec his itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniura dedit, non ei subvenietur». También Digesto 4.4.32 y C. 2.35.1. Y aparece como una de las excepciones del Senadoconsulto Macedoniano (Digesto 14.1.6).

[59] Regla que, por influencia romana, recogieron también las Partidas: «Las leyes ayudan a los engañados, no a los engañadores». Ley 6, Título XIX, Partida Sexta.

[60] El propio De Castro y Bravo, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona,* Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 192-193, alerta del peligro de que se convierta en práctica de usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una falsa acusación —prefabricada— de engaño sobre la edad del menor. Por ello, y sobre todo por haberse sustituido el sistema de la *restitutio in integrum* por el de la anulabilidad, nuestro Código no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado por un menor la excepción de su dolo o su malicia.

[61] Planiol, Marcel, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI. *Las obligaciones*. París, 1950, Ed. Librerie Generale de Droit et Jurisprudence, págs. 106-107.

[62] El artículo 1310 del Código Civil francés se pronuncia en el siguiente sentido: «Il n'est point —le mineur— restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit».

[63] Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, pág. 91. Parece adoptar esta visión la sentencia del Tribunal Supremo español, de 24 de junio de 1898, en la que se declaró que la mera presentación en el otorgamiento de un contrato de préstamo de una cédula, por la que inexactamente resultaba ser el prestatario mayor de edad, no era la maquinación insidiosa que pudo inducir al prestamista a celebrar el contrato, ni constituía el dolo que define el artículo 1269 del Código Civil español.

[64] El artículo 1307 del Código Civil francés prevé que: «La simple déclaration de majorité, faite par le mineur na fait point obstacle à sa restitution».

previsto por el Derecho Civil francés, consistirá en el mantenimiento del contrato sobre cuya irregularidad se ha burlado al cocontratante.

También el *Codice civile* italiano consagra modernamente esa regla tradicional romana, y asume como propias, aunque de una manera más directa, la dualidad de situaciones prescritas por la norma francesa, estableciendo en su artículo 1426 que «el contrato no es anulable si el menor ha ocultado dolosamente su minoría de edad; pero la simple declaración de ser mayor no es obstáculo para su impugnación[65]». En idéntico sentido, se pronuncian el Código Civil portugués en su artículo 126[66] y el B.G.B. austríaco en sus disposiciones 866[67] y 248[68].

Regresando de nuevo al Derecho español, y situándonos ante el supuesto de hecho de que el menor actuare dolosamente haciéndose pasar por mayor de edad y, en definitiva, en plenitud de condiciones para cerrar un determinado negocio jurídico, se plantea el interrogante de si se extiende a este caso la protección y el trato de favor dispensado al menor tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304 del Código Civil, limitando o restringiendo la restitución a *in quantum locupletiores facti sunt* —en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera—[69].

De conformidad con el tenor literal de ambos preceptos, parece que el Código Civil español, aun habiendo contratado el menor fraudulentamente, se inclina por permitirle ejercitar la acción de anulabilidad, y beneficiarse así de sus previsiones. No se hace eco, por tanto, nuestra normativa civil, ni siquiera en su fórmula más evolucionada, de la regla romana de la *malitia supplet aetatem*. Todo ello, propiciado por la circunstancia de que en nuestro contexto jurídico la referencia a la buena fe del menor aparece como un *factum* incuestionable, y solo él o sus representantes legales están habilitados para impugnar —art. 1302 del CC—[70].

Frente a este método de interpretación gramatical adoptado por nuestro legislador —exégesis auténtica—, cierto sector doctrinal ha mostrado su discon-

---

[65] En su versión original en italiano, el artículo 1426 del Codice civile versa del siguiente tenor: «Il contratto non é annullabile se il minore ha con raggiri ocultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non é di ostacolo all'impugnazione del contratto».

[66] Establece el artículo 126 del Código Civil portugués: «Nao tem o dereito de invocar a anulabilidade o menor que para practicar o acto tenha usado de dolo com fin de se fazer passar por maior ou emancipado».

[67] El artículo 866 del B.G.B. austríaco menciona: «Quien dolosamente afirma que es capaz para inducir a otro a celebrar un contrato, está obligado al resarcimiento, si este último careciera de medios para informarse de su incapacidad».

[68] Por su parte, el artículo 248 del B.G.B austríaco reza: «Un menor de edad, para concluir un negocio, es responsable de todos los daños y perjuicios, cuando la otra parte no tuvo medio de comprobar tal afirmación».

[69] Como respecto al pupilo se establece en el Digesto 26, 8, 5: «*Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est*» —Vendiendo el pupilo sin la autoridad del tutor no se obliga, y tampoco comprando, sino en cuanto se hizo más rico—.

[70] En absoluto compartimos la interpretación que de dicha máxima realiza De la Válgoma, María, «Edades ciertas e inciertas en Derecho», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Tomo I. Madrid, 2006, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 237, al considerar que el principio de la *malitia supplet aetatem* significa reconocer capacidad para el acto que se contemple, a una persona, cuando se demuestra que, a pesar de no haber cumplido la edad requerida para el mismo, estaba en condiciones de realizarlo adecuadamente.

formidad, considerando la solución más idónea aquella que propugna que el dolo del menor —al igual que sucede en Francia, Italia, Portugal y Austria— convalida el contrato, impidiendo, de esta forma, su anulación. Esta tesis, favorable a la admisión o al redescubrimiento en nuestro ordenamiento jurídico civil de la regla que determina que la *malicia suple la minoridad*, toma como principal argumento de justificación la idea o la eventualidad de que era justamente esta la postura mantenida tanto por la tradición histórica española como por la jurisprudencia anterior al Código Civil, e incluso por alguna de posterior[71].

Por lo que a los antecedentes normativos se refiere, el texto de las Partidas dio acogida a la figura contenida tras la expresión *malitia supplet aetatem*[72], extendiéndola, además, a la mujer que oculta su condición de tal para burlar las limitaciones legales impuestas a su sexo y condición[73]. Claramente primaba, por tanto, la protección de la contraparte de buena fe frente a la del incapaz.

Es incomprensible, afirman los representantes de esta corriente de opinión, que se niegue la acción de anulabilidad a quien obró correctamente y en la inteligencia de que la persona con quien contrataba tenía el pleno goce de la facultad de obligarse. En consecuencia, concluyen estos autores, la aplicación estricta y literal del artículo 1304 del Código Civil, en no pocas ocasiones, puede resultar tan inmoral y deshonesta que difícilmente debiera ser sostenida por el recto espíritu de los Tribunales, teniéndose que imponer, en su parecer, un criterio por el que se la limitara al caso concreto de haber actuado con mala fe quien convino con el incapaz[74].

Ante el reseñado panorama, con independencia de la vigencia o no en nuestro Derecho positivo del axioma latino objeto de nuestro análisis, entendemos de cierta relevancia el formular, *prima facie*, dos tipos de observaciones[75]. Una

---

[71] Vid. Lauroba Lacasa, M.ª Elena, *El pago al acreedor incapaz: análisis del artículo 1163 del Código Civil.* Madrid, 1990, Ed. Civitas, págs. 63-64; véase también Cossío y Corral, Alfonso (de), *El dolo en el Derecho Civil.* Granada, 2005, págs. 373-382. En un sentido similar se pronunciaba Mucius Scaevola, Quintus, *op. cit.,* pág. 1027, quien entendía que en este punto debe tenerse en especial consideración la buena o mala fe con que se haya procedido por las personas capaces.

[72] Ley 4, Título I, Partida Quinta: «Otrosí decimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviesse, e lo negasse, diziendo que non, que por tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenudo de pechar aquello que tomo emprestado»; Ley 6, Título XIX, Partida Sexta: «Diziendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdría el pleyto que asi fuesse fecho con él, e non deve ser desatado después, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores».

[73] Ley 3, Título XII, Partida Quinta: «Por cuales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri... La sesta (razón) es cuando la mujer se vistiesse vestiduras de varón engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por fiador, cuydando que era varón. Ca el derecho que han las mugeres en razón de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: más por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente».

[74] Mucius Scaevola, Quintus, *op. cit.,* pág. 1027, se alinea con esta tendencia y se cuestiona: ¿Qué no ha de parecernos al observar que, por la disposición del artículo 1304 del Código Civil, quien se condujo de esta manera legítima —actuando de buena fe—, víctima probablemente de documentos o apariencias hábilmente simulados, además de perder el beneficio que pretendía con el convenio, se encuentre en el trance de devolver lo que percibió y de perder, por otra parte, lo que había entregado?

[75] Gordillo Cañas, Antonio, *op. cit.,* págs. 169-171.

primera, subraya y ratifica el adagio *malitia supplet aetatem*, claramente expresivo del criterio histórico de preferencia por la *bona fides* a costa del menor —o del incapaz en términos generales—, al menos cuando este actúa dolosamente creando la apariencia de su plena capacidad de obrar; y, en segundo término, entender como legítima la incertidumbre sobre el significado del silencio que guarda nuestro Código Civil en este punto concreto[76].

A tenor de esta última reflexión, algunos autores[77] han planteado la disyuntiva de porqué no ver en esa omisión, en esa falta de pronunciamiento expreso de nuestra normativa civil, en lugar de la renuncia o el abandono del criterio imperante y vigente en la tradición jurídica española hasta llegado el momento de la codificación, una simple laguna a colmar desde el Derecho histórico —Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888[78]—. Esta posibilidad, además, parecería enlazar mejor con el todavía vigente artículo 10 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, que afirma que «el prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad» y pondría, asimismo, a la normativa española en perfecta consonancia con las disposiciones internacionales más modernas y avanzadas en la materia[79].

Del mismo modo, y atendiendo ahora a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, la sentencia de 21 de noviembre de 1899, se manifestó en ese mismo sentido al afirmar que «...no se pueden estimar infringidas... las leyes y doctrinas que se invocan en los motivos del recurso por la sola consideración de que a uno de los testigos del testamento le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el Tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquella una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual».

---

[76] Para dar respuesta a estas situaciones, un sector minoritario de la doctrina ha pensado en acudir a la utilización de la acción de jactancia. Es decir, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si fue ya consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo. Aplicando esta teoría dogmática al supuesto que nos ocupa, López San Luis, Rocío, *op. cit.*, págs. 159-164, se pregunta si cabría la posibilidad de que la persona capaz pudiera provocar el acto o su confirmación.

[77] Gordillo Cañas, Antonio, *op. cit.*, págs. 169-171.

[78] También García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Vol. III. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial, pág. 17, sostuvo al glosar el artículo 987 de su Proyecto, que por Derecho romano y patrio, eran válidas las obligaciones de los que, habiendo llegado a la pubertad, carecían de curador; pero se les concedía el beneficio de la restitución *in integrum* en el caso de sentir lesión o daño, a menos que hubiese habido por su parte dolo o malicia.

[79] Para De Castro y Bravo, Federico, *op. cit.*, pág. 193, este precepto no afecta a su tesis. Así, la creencia del prestamista —aun creada dolosamente por el menor— no altera la condición del contrato a este respecto, y seguirá siendo impugnable como contrato de préstamo al menor, solo que la condición de menor de edad no será tenida en cuenta para calificar de usurario el préstamo a efectos civiles y penales.

Parecida argumentación había sido esgrimida años antes por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1868[80], al considerar que «fue verificada la venta de estos bienes por el menor N. B., no solo ocultando esta cualidad, sino afirmando con juramento que era mayor de veinticinco años y no estaba sujeto a la patria potestad, sobre cuyos hechos se han practicado amplias pruebas por las partes, que ha apreciado la Sala sentenciadora, estimando que el vendedor demostraba por su aspecto y demás cualidades personales ser mayor de veinticinco años, y que además vivía ciertas temporadas separado de sus padres y formando familia aparte, sin que contra estas apreciaciones se haya alegado infracción de ley alguna o doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales; así que, supuestas estas consideraciones, la ejecutoria que absuelve de la demanda... no ha podido infringir las leyes y doctrinas contenidas en las sentencias de este Tribunal que inoportunamente se invocan».

Igualmente, tras la promulgación del Código Civil, el propio Tribunal Supremo consolidó esta doctrina jurisprudencial. Tal es el caso de la sentencia de 29 de enero de 1904, en la que se afirma que «considerando que el Tribunal sentenciador estima válido y eficaz el contrato en que funda su acción la parte actora, porque al otorgarlo el menor D. J. L. C. hizo la manifestación de ser mayor de veinticinco años, y porque además de parecerlo por sus circunstancias personales y cédula al efecto por el mismo exhibida, dio fe el notario de conocerle y de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que, esto supuesto, sean de estimar los tres primeros motivos del recurso... no ofreciendo duda alguna según el sentido, alcance y tenor de la expresada ley que en ningún caso puede alegar una persona la circunstancia de su menor edad para pretender la nulidad de lo pactado cuando ha engañado en la forma antes expresada a la persona con quien contrató».

Otro grupo de autores, en cambio, aún admitiendo la vigencia del principio *malitia supplet aetatem*, y frente al problema de determinar en qué va a consistir el deber del menor de resarcir o en qué va a concretarse su responsabilidad, no secundan ni son partidarios de la opción apuntada inicialmente, partidaria de que la debida indemnización se traduzca en el mantenimiento de la validez y eficacia del contrato, para no perjudicar de esta forma al tercero de buena fe. Lo que podríamos denominar en términos coloquiales una respuesta «a la francesa»[81].

Esta solución, subrayan estos juristas, iría en contra de la letra y el espíritu de la Ley, porque ha de observarse que, en este caso, la indemnización no puede en modo alguno extenderse al interés contractual positivo, es decir, a los daños y perjuicios que se puedan seguir del incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que ha de limitarse al interés contractual negativo, o lo que es lo mismo, a los daños y perjuicios que se hayan podido producir por la declaración

---

[80] En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1860 y de 31 de marzo de 1870.

[81] En este sentido, se pronuncia DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, págs. 192-193, quien justifica su posición en el artículo 1314 del Código Civil. Este precepto, después de establecer la regla general de que la acción de impugnación se extingue cuando el que pueda ejercerla haya causado, por dolo o culpa, la pérdida de la cosa objeto del contrato y que debiera devolver, dispone que si la causa de la impugnación fuese la incapacidad de algunos de los contratantes, la pérdida, aún causada con dolo o culpa, no será obstáculo para que prevalezca, con tal de que aquella sea durante el periodo de la incapacidad. El dolo o culpa del menor, concluye el autor, no borra la condición de anulable del negocio que realice.

de nulidad del contrato. En otras palabras, que han de reponerse las cosas al estado en que estarían si el contrato no se hubiere llevado a efecto[82].

Afirmado lo anterior, no hay que olvidar que para que haya dolo se exige, por su propia esencia, una voluntad plenamente consciente y libre o, lo que es lo mismo, un sujeto imputable, y que tal requisito no se da en aquellos individuos que por razón de su corta edad o por la enfermedad mental que padecen, carecen de voluntad propiamente dicha, y son, por ende, incapaces de prestar consentimiento. De este modo, en el contrato otorgado por un infante o por un demente, no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe consentimiento, y, por lo tanto, el contrato al que le falta ese requisito esencial, es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

El dolo, en suma, exige la concurrencia de un mínimo de capacidad natural, una conciencia plena de la trascendencia del acto que se realiza. Sin embargo, y a pesar de lo declarado, hay autores que consideran que existiendo intención dolosa por parte del incapacitado, y buena fe en la parte capaz, no existe obstáculo alguno que se oponga al nacimiento de una responsabilidad que ha de traducirse en una obligación de resarcimiento, nacida al margen del contrato y fundada en el delito civil, para la que la parte contractualmente incapaz está perfectamente habilitada.

Esta postura o posición lo que pretende es no dejar al contratante capaz en una situación desventajosa. El contrato celebrado por el menor de edad que reúna aptitud para entender y querer es anulable, por falta de capacidad, pero aun habiendo dolo por su parte, una vez ejercitada la acción de anulabilidad, la restitución del artículo 1304 del Código Civil no quedaría bloqueada. Ahora bien, ello no significa que el menor de edad no incurra en responsabilidad, porque una cosa es que el contrato se anule y que se hagan las restituciones correspondientes, y otra, que el contratante capaz no pueda ser indemnizado por los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de la impugnación del contrato.

Esta opinión es reafirmada y compartida por un sector de juristas que sostienen que partiendo siempre de que el dolo del menor de edad no bloquea la aplicación del artículo 1304 del Código Civil, así como que el contrato pueda ser impugnado por el menor o por su representante legal, ello no es razón suficiente para que el cocontratante tercero deba carecer de todo tipo de amparo. Así, la protección del menor de edad en forma de posibilidad de desvincularse del contrato, que no decae a pesar de su dolo, debe compaginarse con la responsabilidad de este por los perjuicios causados al tercero que de buena fe —el dolo recíproco se compensa según artículo 1270 del CC— resultó engañado por la actuación —no bastarían meras declaraciones— del menor[83]. En estas circunstancias este tipo de responsabilidad determina: 1) que el perjuicio, para ser indemnizable, reúna los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código Civil; 2) que la responsabilidad pueda recaer sobre el patrimonio del menor o de su guardador, conforme a las

---

[82] Cossío y Corral, Alfonso de, *El dolo en el Derecho Civil,* Granada, 2005, Ed. Comares, pág. 222. El propio autor admite, no obstante, que siempre deberá atenderse a los distintos casos que puedan presentarse en esta materia, ya que la solución variará en atención a las diferentes clases de incapacidad; según la culpa o negligencia con la que haya actuado la parte capaz; atendiendo a la capacidad natural y delictual del sujeto; y, de acuerdo con la existencia o inexistencia de dolo, en el sentido de falsa afirmación consciente de la propia capacidad.

[83] Jordano Fraga, Francisco, *op. cit.,* págs. 901-903.

previsiones del artículo 1903 del Código Civil; y 3) que el daño, como delictual, se apreciará midiendo el menoscabo patrimonial que directamente se derive del acto doloso o culposo, y no del que resulte de la ineficacia del contrato[84].

Nos encontraríamos, por consiguiente, ante una responsabilidad precontractual del menor —*dolo in contrahendo*—, que tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios que le produce al tercero la anulación del contrato por el menor o el representante legal —*interés contractual negativo*—, siendo, el daño indemnizable, el derivado del acto doloso del menor, no el de la falta de cumplimiento del contrato —*interés contractual positivo*—[85]. En definitiva, se indemnizará el valor de la cosa entregada y no restituible, y los gastos hechos para la celebración del contrato, pero no los beneficios que se hubieran podido obtener de haber sido válido el contrato, pues el interés del tercero a la conservación del contrato se sacrifica frente a la protección del menor de edad.

Sopesando los pros y los contras de los diferentes y circunstanciales argumentos esgrimidos, por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, acerca de cómo reaccionar ante la actuación dolosa de un menor de edad, que afirma y se declara capaz para concluir un determinado negocio jurídico, reputamos como la solución más idónea, a la vez que la más adaptada al verdadero espíritu dimanante de nuestros preceptos legales, aquella que defiende la convalidación del contrato otorgado por el menor de edad, impidiendo, en consecuencia, su anulación, opción que tal y como hemos apuntado fue la aplicada por la jurisprudencia anterior y posterior al Código Civil, siguiendo el texto de Las Partidas. El dolo del menor, en consecuencia, le excluye de la especial protección brindada por el Derecho en materia negocial[86].

Además de ese argumento histórico, también existe la posibilidad de acudir al Título Preliminar del Código Civil, en una interpretación de carácter sistemático, cuyo artículo 7.1 prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La *bona fides*, como principio general del derecho, informa e integra todo el ordenamiento jurídico y simultáneamente se manifiesta como norma de conducta general que tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio. En el derecho de obligaciones la buena fe se proyecta en forma concreta sobre cada uno de los afectados por la relación jurídica. Por lo que al menor de edad contratante se refiere, determina que este ha de ejercitar su derecho actuando según la confianza depositada por la otra parte. Así, si el menor de edad no ajusta su comportamiento a la buena fe, y perjudica con ello a la contraparte en el negocio jurídico, debe ser privado de las ventajas que de manera ordinaria le corresponderían[87]. Si frente al binomio *buena fe del contratante capaz-incapacidad del menor*, prima la segunda, cuando concurra mala fe en el menor de edad —persona con capacidad limitada—, la protección deberá ceder.

---

[84] De Castro y Bravo, Federico, *op. cit.*, págs. 192-193.

[85] Al tercero contratante, como estipula Cossío y Corral, Alfonso de, *op. cit.*, págs. 373-382, ha de respondérsele en el mismo estado de cosas que si el contrato no se hubiera llevado a efecto.

[86] Lauroba Lacasa, María Elena, *op. cit.*, págs. 64-65, aplica analógicamente este mismo criterio para resolver la cuestión de si el pago efectuado por el menor de edad que, con maniobras fraudulentas, ha inducido al deudor capaz a que le pague a él, está bien realizado; llegando a la conclusión afirmativa de que el pago será perfectamente válido, sin entrar a analizar si lo recibido le ha resultado útil o no —art. 1163.1.º del CC—.

[87] Ferreira Rubio, Delia Matilde, *La buena fe: el principio general en el Derecho Civil.* Madrid, 1984, Ed. Montecorvo, pág. 242.

Una última cuestión que se plantea, es si el dolo del menor de edad debe influir en el carácter unidireccional que la impugnación de los contratos celebrados por los menores de edad tiene. Esto es, si la presencia, en el tercero que contrata con el menor, de un vicio que afecta esencialmente a su declaración de voluntad, hace que él pueda pedir la anulación del negocio, ya que su interés específico de conservar el contrato no se protege, y que no tenga que soportar su impugnación posterior por el menor o su representante legal. Partiendo de los principios generales del negocio jurídico, podría pensarse afirmativamente, ahora bien desde la perspectiva singular de la protección del menor, tendríamos que manifestarnos en sentido contrario.

Ante tal tesitura hay autores que estiman que no hay razón alguna que impida que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación, es decir, se atribuya legitimación activa a la parte capacitada, con base en el dolo que ha afectado su declaración de voluntad. Resultaría inicuo exigirle el cumplimiento de sus prestaciones en un contrato que en cualquier momento puede quedar sin efecto, causándose con ello perjuicios irreparables a la víctima de la conducta dolosa[88].

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. UNED. Ex libris. Save the Children, Madrid, 2009.

— *La protección jurídica del menor*. Ed. Colex. Madrid, 2009.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: «Comentario al artículo 1263 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia: Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Vol. 2.º Madrid, 1984, Ed. Tecnos.

COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Comentario al artículo 1304 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil.* Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso (DE): *El dolo en el Derecho Civil*. Granada, 2005, Ed. Comares.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España.* Tomo I. *Parte general*. Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos.

— *Derecho Civil de España.* Tomo II. *Derecho de la persona*. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos.

DE LA VÁLGOMA, María: «Edades ciertas e inciertas en Derecho», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Tomo I. Madrid, 2006, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentarios al artículo 1302 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo XVII. Vol. 1-B. Madrid, 1993, Ed. Edersa.

[88] COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *op. cit.,* págs. 218-222.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil.* Tomo I. *Parte general.* Vol. II. *Primera parte*. Barcelona, 1981, Ed. Bosch.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde: *La buena fe: el principio general en el Derecho Civil*. Madrid, 1984, Ed. Montecorvo.

GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Vol. III. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid, 1986, Ed. Tecnos.

HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 11, abril-junio de 1980.

— «Comentario y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código Civil», en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil.* Tomo I. *Parte general.* Vol. II. *Primera parte*. Barcelona, 1981, Ed. Bosch.

JORDANO FRAGA, Francisco: «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, octubre de 1984.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Parte General y Derecho de la persona.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, 14.ª ed.

LAUROBA LACASA, María Elena: *El pago al acreedor incapaz (análisis del art. 1163.1.º del CC)*. Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: *Régimen patrimonial de la patria potestad*. Madrid, 1990, Ed. Montecorvo.

LLAMAS POMBO, Eugenio: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*. Madrid, 1993, Ed. Trívium.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre de 1992.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): *Comentarios al Código Civil*. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova.

NAVARRO VIÑUALES, José María: «Introducción a la legislación de Derecho Civil aragonés», en *Legislación Civil de Aragón, La Notaría*, Madrid, 1998, Ed. Marcial Pons.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: *La capacidad contractual del menor.* Madrid, 2001, Ed. Dykinson.

MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 1301 del Código Civil español», en *Comentarios al Código Civil español*. Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992.

MARTINS, Rosa: *Menoridade (in)capacidades e cuidado parental. Centro de Direito da Família.* Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Comentario al artículo 236-11 del Código Civil de Cataluña», en ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código Civil de Cataluña.* Madrid, 2011, Ed. Sepin.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintius: *Código Civil comentado y concordado extensamente,* Tomo XX. *Artículos 1.214 a 1.314 del Código Civil —De las obligaciones. De los contratos—.*

O'Callaghan Muñoz, Xavier: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid, 2001, Ed. La Ley.
Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: *Derecho de Familia*. Madrid, 1989, Ed. Universidad de Madrid.
Planiol, Marcel: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI. *Las obligaciones*. París, 1950, Ed. Librerie Generale de Droit et Jurisprudence.
Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. *Doctrina general del contrato*. Barcelona, 1978, Ed. Bosch.
Puig Brutau, José, y Puig Ferriol, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. *Parte General: sujeto y objeto del derecho*. Barcelona, 1979, Ed. Bosch.
Ripert, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Sánchez-Calero, Francisco Javier: «La capacidad del menor no emancipado», en *Libro-Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. III. Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería.
Santos Briz, Jaime: «Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil», en Albácar López, José Luis (coord.): *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo IV —*arts. 1088 a 1444 del CC*—. Madrid, 1995, Ed. Trívium.
Torralba Soriano, Vicente: «La incapacidad contractual», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca, 1984, Ediciones Universidad de Salamanca.
Vaquer Aloy, Antoni: «Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña», en Ortuño Muñoz, Pascual (coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 296.
Vila Ribas, Carmen: «Comentarios al artículo 1304 del Código Civil», en Domínguez Luelmo, Andrés (dir.): *Comentarios al Código* Civil. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova.
Von Thur, Andreas: *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I. *Las personas*. Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons.
Yzquierdo Tolsada, Mariano: «La patria potestad», en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde (coords.): *Tratado de Derecho de la Familia*. Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de abril de 1860.
- STS de 11 de julio de 1868.
- STS de 31 de marzo de 1870.
- STS de 21 de noviembre de 1899.
- STS de 29 de enero de 1904.
- STS de 15 de junio de 1918.
- STS de 9 de febrero 1949.
- STS de 15 de febrero de 1952.
- STS de 9 de diciembre de 1953 —*RJ* 1954/284 —.
- STS de 29 de noviembre de 1958 —*RJ* 1958/3811 —.
- STS de 25 de junio de 1959 —*RJ* 1959/2933 —.
- STS de 28 de mayo de 1965 —*RJ* 1965/3083 —.
- STS de 19 de diciembre de 1977 —*RJ* 1977/4763 —.
- STS de 14 de marzo de 1983 —*RJ* 1983/1475 —.
- STS de 4 de abril de 1984 —*RJ* 1984/1926 —.

- STS de 21 de mayo de 1984 —*RJ* 1984/2497 —.
- STS de 22 de octubre de 1984 —*RJ* 1984/4990 —.
- STS de 1 de febrero de 1986 —*RJ* 1986/408 —.
- STS de 30 de marzo de 1987 —*RJ* 1987/1839 —.
- STS de 2 de junio de 1989 —*RJ* 1989/4283 —.
- STS de 9 de julio de 1990 —*RJ* 1990/5788 —.
- STS de 10 de junio de 1991 —*RJ* 1991/4434 —.
- STS de 10 de marzo de 1994 —*RJ* 1994/1731 —.
- STS de 9 de mayo de 1994 —*RJ* 1994/3894 —.
- STS de 17 de febrero de 1995 —*RJ* 1995/1105 —.
- STS de 23 de diciembre de 1997 —*RJ* 1997/8902 —.
- STS de 4 de mayo de 1998 —*RJ* 1998/3230 —.
- STS de 21 de enero de 2000 —*RJ* 2000/113 —.
- STS de 9 de octubre de 2003 —*RJ* 2003/7736 —.
- STS de 3 de marzo de 2006 —*RJ* 2006/5772 —.
- STS de 22 de abril de 2010 —*RJ* 2010/2380 —.
- STS de 8 de julio de 2010 —*RJ* 2010/6030 —.
- STS de 5 de febrero de 2013 —*JUR* 2013/38737 —.
- SAP de Granada, de 5 de marzo de 2003 —*AC* 2003/1011 —.
- SAP de Cantabria, de 28 de abril de 2004 —*AC* 2004/1000 —.
- SAP de Valencia, de 30 de junio de 2005 —*AC* 2005/1168 —.
- SAP de Córdoba, de 11 de enero de 2007 —*JUR* 2007/178715 —.
- SAP de Madrid, de 2 de noviembre de 2010 —*JUR* 2011/36200 —.

RESUMEN

CAPACIDAD CONTRACTUAL. MENORES NO EMANCIPADOS. INEFICACIA NEGOCIAL. MALITIA SUPPLET AETATEM

En la actualidad, la protección patrimonial de las personas menores de edad está confinada en torno a la limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. En el presente artículo se analiza con detalle cuál es el grado de incidencia que presenta la capacidad de obrar de los individuos —en nuestro caso los menores de edad no emancipados— en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

Asimismo, también se incide en el silencio que guarda nuestra normativa civil acerca de la clásica cuestión del llamado «dolo de los menores»; expresión esta reservada para aquellas situaciones en las que el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insi-

ABSTRACT

CONTRACTUAL CAPACITY. UNEMANCIPATED MINORS. LEGAL INEFFECTIVENESS. MALITIA SUPPLET AETATEM

At present, the heritage protection of minors remains confined around the limitation of liability for such consent itself. In this article we analyze in detail what is the degree of impact that has de capacity to act of individuals —in our case the unemancipated minors— in the validity and effectiveness of agreements between individuals.

Likewise, also effects the silence that keeps our civil rules about the classic question of the «intent of minors»; expression that is reserved for situations in which the minor, through trickery and insidious maneuvers induces counterparty able to be hiring belief with an adult. In these cases, the question arises whether this extends to the factual situa-

diosas induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad. En estos casos se plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304, limitando o restringiendo la restitución a in quantum locupletiores facti sunt.

tion and the protection accorded favorable treatment to a minor subject both by article 1.302 of the Civil Code, allowing urge the annulment of the agreement, as per article 1.304, limiting or restricting the refund in quantum locupletiores facti sunt.

1.7. Concursal Civil

HIPOTECA UNILATERAL E INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL: 1. Teoría del consentimiento formal. 2. Teoría de la hipoteca con condición suspensiva. 3. Teoría del negocio dispositivo unilateral: A) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la* adquisición de la hipoteca por el favorecido. B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la* constitución de la hipoteca. 4. Teoría de la reserva de rango. 5. Teoría de la *constitución y adquisición de la hipoteca por la registración de la aceptación del favorecido por ella*. 6. La tesis de Peña Bernaldo de Quirós. 7. Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—II. LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL OTORGADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADA A REGISTRO DESPUÉS.—III. UNA PROBLEMÁTICA ANTERIOR A LA VIGENTE LEY CONCURSAL. LOS EFECTOS DE LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA SOBRE LAS HIPOTECAS UNILATERALES CONSTITUIDAS POR EL QUEBRADO.—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO POR LA LEY CONCURSAL DE 9 DE JULIO DE 2003: 1. Las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado inciden en su capacidad de obrar. 2. Crítica a la teoría que relaciona las limitaciones patrimoniales del concursado con una falta de capacidad de obrar. 3. Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación, al afectar a su poder de disposición sobre los bienes integrados en la masa activa: A) *Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación.* B) *En concreto, las limitaciones patrimoniales suponen una prohibición legal de disponer y de administrar.* C) *Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar de los bienes integrados en la masa activa.*—V. LAS SOLUCIONES PRÁCTICAS A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA: 1. Desde la consideración de las limitaciones patrimoniales del concursado como una falta de capacidad de obrar. 2. Desde la calificación de las limitaciones patrimoniales del concursado como prohibiciones *judiciales* de disponer y de administrar que recaen sobre los bienes integrados en la masa activa del concurso: A) *La inscripción de concurso no impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada con anterioridad.* B) *La inscripción de concurso impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada durante el periodo sospechoso.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL

Según el artículo 138 de la LH, «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan y solo podrán constituirlas quienes tengan la libre disposición de aquellos, o en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes». El artículo 141 LH, por su parte, indica: «En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efectos se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó»[1].

A diferencia de las hipotecas convencionales en las que se inscribe el acuerdo de las partes, en las hipotecas unilaterales constituidas no por convenio sino por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, lo que se inscribe es el *acto dispositivo del dueño*, *inter vivos* o *mortis causa*[2].

En torno a la construcción jurídica de la hipoteca unilateral se han formulado diversas teorías:

1. Teoría del consentimiento formal

Esta postura fue sostenida por Jerónimo González, para quien el artículo 138 LH era un caso de admisión en el derecho español del principio del consentimiento formal. De manera que el artículo 138 LH no sería un supuesto de constitución de hipoteca por acto unilateral, sino solo un caso de asiento de inscripción consentido formalmente por el titular de los bienes y que no implicaba la existencia sustantiva de una hipoteca[3]. La inscripción formalmente consentida

---

[1] El artículo 237 RH complementa el artículo 141 LH señalando que «en el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria».

[2] El artículo 141 LH procede del artículo 139 de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, mientras que el artículo 138 LH, procede de la LH de 1861. Como los registradores de la propiedad se negaban a inscribir las hipotecas constituidas como garantía a favor de la Hacienda, mientras no recayese la aprobación de esta, que, a su vez, se negaba a aprobarlas sin estar inscritas, y el antiguo reglamento hipotecario de 1861 guardaba silencio al respecto, la cuestión fue resuelta en el reglamento de 1870, artículo 112.2.º (art. 197 RH 1915), que señaló: «Cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, *se verificará la inscripción;* pero sin perjuicio de que, después de aprobada la hipoteca o fianza por la autoridad o funcionario a quien corresponda, se haga constar esta circunstancia por medio de una nota marginal. *Esta nota surtirá todos los efectos legales desde la fecha de la inscripción a que se refiera*».

[3] Según Jerónimo González, en el Derecho alemán el principio del consentimiento tiene dos aspectos, sustantivo y adjetivo o formal. En su aspecto sustantivo, dicho principio su-

publicaría como existente una hipoteca que no existiría en la realidad jurídica, provocando una inexactitud registral.

2. Teoría de la hipoteca con condición suspensiva

La hipoteca del artículo 138 LH sería una hipoteca sujeta a condición suspensiva en la que la condición es la aceptación del favorecido (más exactamente, la nota marginal de la aceptación). Pero realmente tal aceptación no es una condición en el sentido de elemento accidental del negocio jurídico unilateral, establecido por voluntad del disponente, sino una *conditio iuris, un requisito legal para la adquisición del derecho de hipoteca por el favorecido o incluso para la propia constitución de la hipoteca.*

3. Teoría del negocio dispositivo unilateral

Afirma que el acto dispositivo unilateral tiene fuerza bastante para crear sustantivamente, en la realidad jurídica, un derecho de hipoteca. Se dividiría a su vez en dos:

A) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido*

Según esta teoría, el acto dispositivo inscrito del dueño de los bienes basta para que el favorecido por dicho acto *adquiera* la hipoteca. El derecho de hipoteca sería, simplemente, un derecho real *de adquisición preferente de una suma de dinero,* verificándose tal adquisición efectiva de la suma de dinero mediante la

---

pondría que para la adquisición y modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles que no se produce directamente por la ley, es necesario además de la inscripción en el Registro el acuerdo (consentimiento) del transmitente y del adquirente sobre la transferencia. En su aspecto formal o adjetivo, el principio del consentimiento implicaría que para practicar el nuevo asiento registral es preciso el consentimiento del titular registral a quien perjudica el nuevo asiento, salvo en el caso de inscripciones impuestas directamente por la ley. Dicho consentimiento versaría sobre *la rectificación del Registro. Ahora bien, bastaría la mera voluntad del titular registral perjudicado, para que se practicase el nuevo asiento, sin necesidad de demostrar que se ha producido verdaderamente un cambio de los derechos sobre los bienes inmuebles en la realidad jurídica.* En el Derecho español existiría, como regla, el principio del consentimiento en su aspecto sustantivo, lo que se desprendería del artículo 609 del Código Civil, que afirma que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten cono consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La posibilidad del consentimiento formal sería excepcional. Así como regla general, la cancelación no sería abstracta sino que se verificaría por medio de escritura pública que demostrase la extinción del derecho real (art. 79 LH), si bien podría verse una cancelación formal en el artículo 82.1.º LH que prevé para la cancelación de inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, que tal cancelación puede verificarse por medio de escritura pública en que el titular registral manifieste su *mera voluntad de cancelar (sin demostrar la extinción del derecho real de que se trate)* (Lacruz Berdejo, J. L; Sancho Rebullida, F. de A., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral.* José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1984, pág. 50).

ejecución hipotecaria. Si bien nadie adquiere derechos sin su voluntad, esto no rezaría para los derechos reales de adquisición preferente, que pueden crearse y adquirirse normalmente sin aceptación del favorecido, como ocurre con el retracto legal. Por ello no se precisa de aceptación del favorecido para la adquisición del derecho real de hipoteca cuando hay constitución unilateral, ya que la hipoteca sería uno de esos derechos reales de adquisición preferente.

B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la constitución de la hipoteca*

Esta teoría parte de la distinción entre constitución de la hipoteca y adquisición de esta por el favorecido. Si bien para la adquisición por el favorecido se precisa registrar la aceptación de este, para la *constitución* de dicho derecho bastaría con la inscripción del acto dispositivo del dueño de los bienes. La voluntad de este no provoca simplemente un asiento (teoría del consentimiento formal), sino que es suficiente para mediante la inscripción crear un derecho de hipoteca. El Texto Refundido de 1946 (art. 141) es el que ha hecho surgir más defensores de esta teoría que parece ajustarse mejor al tenor literal de dicho precepto. Así, el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produciría plenos efectos como limitación del dominio del deudor, pero para que la hipoteca ingresase efectivamente en el patrimonio del acreedor sería indispensable su aceptación. El problema es que, según esta teoría, entre el momento de la constitución del derecho de hipoteca y el de su adquisición por el favorecido habría un derecho sin sujeto[4]. A este respecto señala ALBALADEJO que «en los casos en que el problema del [derecho sin sujeto] se plantea y exige una solución es porque *ya existe un derecho subjetivo y desde que desaparece su titular antiguo hasta que surja el nuevo hay un espacio en que interesa que continúe viviendo el derecho o que se mantenga la situación jurídica en espera del titular futuro. Si este derecho no existe desde antes, si se trata no de hacerlo continuar viviendo, sino de hacerlo nacer —como sucede en la hipoteca unilateral— ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a ese nacimiento. […] Aunque exista ya una protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzca ciertos efectos, aunque la inscripción sea posible, no hay todavía propiamente hablando un derecho de hipoteca [hasta la registración de la aceptación]. […] La hipoteca es un derecho que se constituye, que nace, porque se adquiere. Es decir, no es posible que la constitución preceda a la adquisición, porque precisamente es la adquisición la que constituye… Para nosotros el efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no solo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la*

[4] Pues no podría ser sujeto de la hipoteca el dueño de los bienes hipotecados, porque, según ALBALADEJO, no se admitiría en el Derecho español la hipoteca como *ius in re propia,* citando a este respecto la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que indicaba: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit*». Sobre la hipoteca de propietario, vid., FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Hipoteca global e hipoteca de propietario en el Derecho alemán y las Resoluciones de la DGRN», en *Revista de Derecho Privado,* año núm. 96, mes 6, págs. 3 a 42.

registración de la aceptación pudiesen retrotraerse erga omnes». *Existe una expectativa de hipoteca, con la inscripción, que ya se anuncia a terceros, advirtiéndoles que, si nace, producirá efectos desde aquella inscripción.*

4. TEORÍA DE LA RESERVA DE RANGO

La inscripción de la hipoteca en virtud de acto unilateral del dueño entrañaría una reserva de rango.

5. TEORÍA DE LA *CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HIPOTECA POR LA REGISTRACIÓN DE LA ACEPTACIÓN DEL FAVORECIDO POR ELLA*

Es la tesis de ALBALADEJO. El negocio unilateral, base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido, cuya registración es una *conditio iuris.* Como hasta el momento de su cumplimiento el registro publica no la constitución de una hipoteca que no existe en la realidad, sino un negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* se cumpla, resulta que ese registro no es inexacto y hasta que se registra la aceptación la misión de la inscripción formalmente consentida es reservar su rango, de manera que la retroacción de efectos de la registración de la aceptación no tropiece con la protección que la Ley hubiera podido dispensar a terceros hipotecarios, de no haber existido la inscripción de la hipoteca.

Según ALBALADEJO, que sigue a PÉREZ Y ALGUER, la base de la hipoteca (unilateral, en este caso) es un negocio jurídico (unilateral) de disposición y real (que produce directamente el nacimiento de un derecho real) *del cual forman parte dos elementos: la disposición del dueño de los bienes y la inscripción, siendo sustancialmente lo mismo que en el Derecho alemán, en el que el acuerdo real y la inscripción forman un negocio de disposición y real.* El acuerdo real (sustituido por la voluntad unilateral del dueño de los bienes, en este caso), estaría perfectamente diferenciado de la *causa* que constriñe a hipotecar (obligación *ex lege* en las hipotecas legales y contractual, por ejemplo, precontrato de hipoteca, en las voluntarias). «El puesto del acuerdo real del Derecho alemán lo ocupan, por tanto, en nuestro Derecho o el propio contrato de hipoteca o la voluntad unilateral del dueño, *porque no tienden a crear un derecho de crédito que faculte para exigir la constitución de hipoteca, sino que tienden directamente a constituir esta.* Basta ver la diferencia entre los artículos 1862 y 1875 del Código Civil. *Y ese contrato o voluntad unilateral juntamente con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición, que es base productora del nacimiento de la hipoteca. Aunque en la hipoteca unilateral tal nacimiento no coincida con la conclusión del negocio.*

La inscripción *forma, pues, parte del negocio jurídico de disposición…». La inscripción no es mera forma de un acto privado, sino elemento del negocio, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública.*

«Lo que, según la concepción del ordenamiento, no fundamenta el efecto jurídico sino que solo lo condiciona —en este caso la anotación de la aceptación de la hipoteca— no es considerado como elemento, como parte del negocio, sino solo como condición de su eficacia, y se designa como *conditio iuris* cuando es posterior en el tiempo a la conclusión del negocio».

Por lo tanto, según lo dicho, la anotación marginal de la aceptación del favorecido sería constitutiva. La consecuencia del negocio jurídico unilateral antes de la registración de la aceptación es reservar un rango y vincular al disponente a su disposición. En esa inscripción hay una expectativa de derecho real (como ocurriría en el caso del art. 23 LH) y se publica la posibilidad del mismo, desempeñando la inscripción un papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva. Precisamente la retroacción de los efectos de la nota marginal que publica la aceptación a la fecha de la presentación de la escritura pública constitutiva de la hipoteca (art. 24 LH), demostraría la no preexistencia de la hipoteca[5].

6. La Tesis de Peña Bernaldo de Quirós

Sigue básicamente la tesis de Albaladejo, pero insistiendo en las exigencias del carácter causalista del sistema transmisivo español. «La inscripción del acto unilateral produce una situación registral que, como las *anotaciones preventivas,* constituye una garantía de efectividad frente a terceros del derecho de hipoteca que está en vías de constitución; aún se está en el *iter* constitutivo porque falta para ultimarlo la aceptación y su inscripción». Efectos generales de esta peculiar situación registral serían: 1.º Constituir una reserva de rango a favor del futuro derecho de hipoteca (de todas sus facultades), derecho que se constituirá si, con la aceptación, el derecho de hipoteca llega a perfeccionarse. 2.º Tener un cierto tratamiento de carga, por ejemplo, a efectos de las comunicaciones prescritas en los artículos 659 y 689.2 LEC y 132 y 133 LH (RDGRN de 19 y 20 de noviembre de 1987). 3.º Estar sujeta su cancelación a un especial condicionamiento, consistente en que es posible la cancelación en virtud, solamente, del consentimiento del dueño que sufre en su finca la carga, puesto que no hay todavía derecho de hipoteca a favor de un sujeto; pero siendo necesario que se cumplan antes ciertas cautelas legales (transcurso de dos meses desde el requerimiento al beneficiario), ya que la situación registral *puede,* quizás, responder a un derecho legítimamente adquirido por el favorecido [cfr., *ut infra* las causas a que puede responder la constitución unilateral de hipoteca].

«Ni este posible derecho del favorecido, anterior a la hipoteca, ni en su día, el mismo derecho de hipoteca constituyen una adquisición de derechos que sea consecuencia de un acto *abstracto*, contra el sistema causal español (cfr. arts. 609, 1261 y 1275 CC) y que haya de prevalecer, frente a todos, solo porque así resulte del Registro. Si el beneficiario ha adquirido o no un *derecho de adquisición de hipoteca* [derecho potestativo o poder de actuar sobre una situación jurídica preexistente, provocando una alteración de la misma] dependerá, en cada caso, *de la relación jurídica causal* que exista entre el beneficiario y el hipotecante y dueño de la finca».

Esto es, «la legislación hipotecaria, para facilitar el tráfico, ha permitido en atención a su utilidad, el fácil reflejo registral de estas llamadas *hipotecas unilaterales,* dada la limitación de sus efectos. La voluntad del constituyente ha sido considerada título bastante para la traba registral que estos efectos registrales

---

[5] Hemos seguido en esta exposición sobre la construcción jurídica de la hipoteca unilateral el estudio del profesor Albaladejo (Albaladejo, M., «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 3, núm. 1, 1950, págs. 55 a 85).

implican. Como frecuentemente la constitución unilateral responde a derechos que, en relación a la hipoteca, tiene el acreedor, la LH no permite que quien pudo constituir la traba (solo el dueño) pueda, sin más, cancelarla, sino que ha establecido garantías especiales (requerimiento) a favor del destinatario de la hipoteca»[6].

7. Posición del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En cuanto a la posición del Tribunal Supremo y de la DGRN, en lo relativo a la configuración jurídica de la hipoteca unilateral, señala Serra Rodríguez que «la jurisprudencia civil y registral no han mostrado de manera incondicionada el apoyo a una u otra teoría, conteniendo vacilaciones y ambigüedades en sus respectivas decisiones, si bien es corriente la afirmación de que el Tribunal Supremo se ha decantado por la tesis del negocio jurídico dispositivo —constitutivo del derecho real de hipoteca—, mientras que la DGRN sigue el planteamiento que vincula la aceptación del acreedor con la constitución del derecho real».

Para la DGRN la hipoteca unilateral daría lugar a una reserva de rango hasta que mediase la aceptación por el acreedor [RDGRN de 19 de noviembre de 1987 *(RJ* 1987/8737) y de 20 de noviembre de 1987 *(RJ* 1987/8738)]. La aceptación del acreedor sería una *conditio iuris* para la existencia del derecho real de hipoteca [RDGRN de 22 de marzo de 1988 *(RJ* 1988/2563) y de 28 de septiembre de 1983 *(RJ* 1983/7023)][7].

II. LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL OTORGADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADA A REGISTRO DESPUÉS

La problemática que nos proponemos analizar en este trabajo se puso de manifiesto en los hechos que dieron lugar a la RDGRN de 2 de noviembre de 2011. El 8 de febrero de 2011, el representante de la compañía «Inmobiliaria Basaldi, S. L.», constituyó hipoteca unilateral sobre tres cuotas indivisas de determinado local. La hipoteca fue aceptada por el beneficiario (Ayuntamiento de Eibar) mediante escritura autorizada el 29 de marzo de 2011. Presentadas las escrituras a Registro el 24 de mayo de 2011, la Registradora de la Propiedad de Eibar acordó *suspender la inscripción de la hipoteca unilateral aceptada*. La Sociedad Inmobiliaria Basaldi, S. L., había sido declarada en concurso voluntario por el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Bilbao, declaración anotada en el Registro de la Propiedad de Eibar en virtud de mandamiento expedido el 20 de abril de 2011, en el cual se hacía constar que la Sociedad conservaría las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. La anotación preventiva de concurso

---

[6] Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Tomo II, 4.ª ed. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001, págs. 374 a 376.

[7] Serra Rodríguez, A., *La hipoteca unilateral,* 1.ª ed. Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, págs. 49 a 52.

voluntario se practicó el 20 de abril de 2011 (esto es, antes de la presentación de las escrituras de otorgamiento unilateral de la hipoteca y de aceptación por el beneficiario). Para sostener su nota de calificación, la Registradora de la Propiedad argumentó lo siguiente:

1.º La cuestión planteada aquí es diversa a la que plantearían otros actos dispositivos (por ejemplo, una transmisión del dominio), verificados antes de la declaración e inscripción del concurso voluntario, porque como con acertado criterio ha manifestado la DGRN, en los casos de transmisiones previas del dominio, *dichos bienes ya no integraban la masa del concurso, por lo que no sería exigible para su inscripción ni la intervención del juez ni de los administradores concursales, sin perjuicio de las acciones de rescisión de tales actos*. *En el caso presente, el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca*[8]*, no permite aplicar la misma doctrina, pues la existencia jurídica de la hipoteca y su eficacia frente a terceros, deriva de la inscripción constitutiva y esta se produce en un momento en el que ya ha accedido al Registro de la Propiedad la declaración de concurso*. De manera que en la fecha de la declaración de concurso la hipoteca no existía en la vida jurídica, y en el momento que se pretende darle vida, *ya no se tiene la libre disposición de los bienes*, sino que se precisa la conformidad o ratificación por parte de los administradores concursales (art. 40 LC), razón por la que se suspende la inscripción solicitada.

2.º La hipoteca, aunque se autorizara antes del concurso, al haberse presentado después de la fecha de declaración y anotación del mismo, debe someterse a un control (por parte de los órganos del concurso), ya que la inscripción *supondría la adquisición de un privilegio especial (art. 90.2 LC) que la nueva LC limita a créditos que gocen de oponibilidad en la fecha de la declaración de concurso.*

Por su parte, el notario autorizante de la escritura pública de hipoteca unilateral interpuso recurso contra la anterior calificación sosteniendo:

1.º Que al tiempo del otorgamiento de la escritura pública no existía limitación alguna de las facultades del hipotecante, como declararon las RRDGRN de 3 de junio de 2009 y 8 de julio de 2010. Sin desconocer el carácter constitutivo de la inscripción para la hipoteca, habría que concluir que *los requisitos de capacidad de los otorgantes deben exigirse en el momento de emisión de la declaración de voluntad y no en el momento posterior de la inscripción*, reconociéndolo así la DGRN en su Resolución de 21 de septiembre de 2001.

2.º De otro modo se impediría la inscripción en los casos en que la *incapacidad es declarada tras el otorgamiento o cuando se produce el fallecimiento de una de las partes,* lo que llevaría al absurdo de que se precisaría acreditar la capacidad del hipotecante en el momento de la inscripción.

---

[8] Como señala BLASCO GASCÓ, el carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca significa no solo que la inscripción es elemento esencial para el nacimiento del derecho real, sino que, además, este nace en los términos contenidos en el asiento respectivo. De este modo, la inscripción registral configura también el contenido del concreto derecho real de hipoteca (cfr. art. 130 LH).

Reduciendo la cuestión suscitada a lo esencial, la controversia jurídica se centra en determinar si la inscripción de la declaración de concurso afecta al poder de disposición sobre los bienes (como afirma la Registradora), que ya no sería libérrimo por mediar una prohibición de disponer (sin la autorización de la administración concursal), faltando la legitimación para disponer (en la medida en que la prohibición puede ser reconducida a un caso de falta de legitimación) o bien, tal inscripción afecta a la capacidad de obrar del otorgante concursado, cuyo requisito de capacidad de obrar debe valorarse en el momento del otorgamiento, no constituyendo, por lo tanto, tal inscripción obstáculo para el asiento de hipoteca pretendido.

En la resolución del recurso planteado, la DGRN mantuvo que el defecto observado en la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad (ausencia de conformidad de los administradores concursales) no podía mantenerse (ya se acogiera una posición teórica u otra). Concretamente, señaló:

«Siendo indiscutido el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad la cuestión es si esa circunstancia debe ser tenida en cuenta en un caso, como el presente, en que las limitaciones en la libre disposición del hipotecante se han producido con posterioridad a la prestación del consentimiento. Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la *capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurriere una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozara de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado* (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2001)[9]. Como resulta de lo establecido en el artículo 21 de la LC, *no es hasta el momento en que el juez declara el concurso que se producen los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor, por lo que solo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por el mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo por el deudor con anterioridad estará, en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento para los posteriores*». «...Emitido el consentimiento para la constitución del derecho de hipoteca *sin que exista limitación a la libre disposición del hipotecante, las vicisitudes posteriores que puedan producirse y que deriven en un retraso en la presentación a su inscripción en el Registro, no implican una corrupción de aquel* y todo ello *sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal* (arts. 56 y 57 de la Ley Concursal) *o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley* (arts. 71 y 72 de la propia Ley Concursal)».

«Por estas razones, y como pone de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 3 de junio de 2009, la anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, salvo lo establecido en el apartado I del artículo 55 de esta Ley» (art. 24.4 LC). *Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso,*

[9] No nos ha sido posible encontrar el texto de esta Resolución.

realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 LC, que solo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos dispositivos realizados por el deudor *antes de la declaración del concurso*, sin necesidad de intervención alguna del juez del concurso ni de los administradores del mismo *y sin perjuicio igualmente del arrastre de la anotación del concurso a la inscripción que se practique.* En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador».

Expuesta la solución que dio a la problemática en estudio la DGRN, podemos preguntarnos si esta doctrina de la DGRN ha sido siempre idéntica o existen resoluciones diversificadas del alto centro directivo, recaídas en supuestos similares. A responder esta pregunta dedicaremos las siguientes líneas, si bien primeramente insistiremos en la determinación del problema planteado.

Para ello será preciso hablar primero de la utilidad práctica de la hipoteca unilateral, que ha sido puesta de manifiesto por BLASCO GASCÓ. Este indica que «en el mundo ordinario de la empresa las vías de crédito y financiación no suelen requerir garantías hipotecarias, sino que el recurso al crédito o a la financiación… se basa en la confianza que la sociedad mercantil genera en las entidades bancarias o crediticias, bien en garantías personales aportadas por los socios, por los administradores o por terceros…, bien en garantías reales mobiliarias…

Normalmente, *solo cuando quiebra la confianza de las entidades crediticias (por ejemplo, por un alto número de devoluciones o de impagos) o no son ya suficientes las garantías personales o reales mobiliarias se acude a la hipoteca inmobiliaria*. Y en este caso, la hipoteca más que un derecho real constituido para la garantía de un crédito que se quiere obtener, es decir, más que un recurso al crédito, *es un derecho real que asegura la satisfacción al acreedor de un crédito ya obtenido, vencido y no satisfecho o atendid*o. *Es decir, se trata de situaciones de crisis o precrisis empresarial, de situaciones previas a la declaración de concurso o de quiebra técnica de la sociedad mercantil, que se resuelven precisamente constituyendo hipoteca, normalmente unilateral, sobre bienes inmuebles suficientes y a favor de los acreedores más importantes que han visto sus créditos impagados (entidades crediticias y bancarias).* Así dichas hipotecas no solo tienen como finalidad el aseguramiento de los créditos impagados sino que, a través de un complejo negocio, se evita que las entidades crediticias y bancarias ejecuten individualmente sus créditos contra la mercantil, de manera que las entidades acreedoras abren cuentas especiales donde volcar las deudas existentes y exigibles, lo cual es un negocio de novación, y apuntar las nuevas obligaciones contraídas. La hipoteca garantiza, precisamente, el saldo resultante de dicha cuenta en el momento de su cierre». Dicha hipoteca es, pues, una hipoteca de máximo[10].

---

[10] BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 11 a 13. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS señala otras causas a las que puede responder la constitución de hipoteca unilateral:

1.º Por decisión unilateral de quien se propone donar un crédito (con hipoteca) o formular una oferta.
2.º En el proceso *in contrahendo* y respondiendo a una exigencia de la otra parte contractual.
3.º En relación con una obligación futura prevista en un precontrato.

De acuerdo, pues, con esta explicación, parece que la hipoteca unilateral es una solución a situaciones de crisis o pre-crisis empresarial, dato que hay que tener en cuenta a la hora de dar solución a la problemática planteada.

Dado lo anterior, se hace preciso dilucidar si la escritura pública de otorgamiento de hipoteca unilateral, una vez anotada preventivamente o inscrita la declaración de concurso de acreedores en el Registro de la propiedad (art. 24.4 LC), puede acceder a este *sin intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad a la constitución de la hipoteca (en caso de concurso voluntario (art. 40.1). O bien si en caso de concurso necesario, solo puede promover la registración de la escritura de constitución de hipoteca unilateral la administración concursal (en sustitución del concursado hipotecante (art. 40.2 LC). Y en ambos casos, si resulta precisa o no la autorización del juez, de acuerdo con el artículo 43.2 LC, según el cual, «hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez», pues el bien sobre el que se pretende la constitución de hipoteca integra sin lugar a dudas la masa activa del concurso y el gravamen hipotecario no existe en el momento de la declaración de concurso*.

Igualmente, como señala Blasco Gascó, se trata de dilucidar si los créditos garantizados con esa hipoteca unilateral que accede al Registro tras la inscripción de la declaración de concurso, se *deben o no calificar como créditos privilegiados*[11] a los efectos del concurso declarado y, añadimos nosotros, si disponen o no del beneficio procesal de la ejecución separada, al recaer el gravamen sobre un bien integrado en la masa del concurso.

Pero antes de responder a las cuestiones planteadas desde el Derecho vigente, conviene tener presente la regulación que esta materia tenía con anterioridad a la vigente Ley Concursal.

III. UNA PROBLEMÁTICA ANTERIOR A LA VIGENTE LEY CONCURSAL. LOS EFECTOS DE LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA SOBRE LAS HIPOTECAS UNILATERALES CONSTITUIDAS POR EL QUEBRADO

Hasta la entrada en vigor de la LC de 9 de julio de 2003, continuaban vigentes los artículos 1016 a 1029, 1130 a 1137 y 1318 a 1396 LEC 1881 (Disposición Derogatoria única, apartado 1.º LEC 2000), aplicables todos ellos a la quiebra. El Código de Comercio de 1885 había dejado subsistente dicha regulación procesal y la LEC 1881, remitía a su vez a determinados preceptos del Código de Comercio de 1829. Según, pues, el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, en la primera audiencia declararía el juzgado el estado de quiebra, fijándose en la misma providencia, con calidad de «por ahora» y sin perjuicio de tercero, la época a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración. Como al tiempo

---

4.º Como ejecución de un contrato en que se establece que la constitución unilateral de la hipoteca preceda a la entrega de la cantidad prestada y esta entrega a la aceptación de la hipoteca.

5.º Hipoteca constituida por un tercero.

6.º Hipoteca constituida en ejecución de una obligación legal, en la que no es precisa la aceptación (fianza de funcionarios o de procesados (cfr. arts. 525 RH, 26 RN y 589 LECRIM, respectivamente). Citado por Blasco Gascó, *op. cit.*, pág. 24.

[11] *Op. cit.*, pág. 15.

de la declaración de quiebra podían no tenerse elementos de juicio suficientes para fijar la fecha de la retroacción, el auto se formulaba con carácter provisional, pudiendo ser rectificada la fecha de inicio de la insolvencia si se alegaba perjuicio por tercero o por el propio quebrado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1326 y 1366 LEC 1881[12].

Sentado lo anterior y de acuerdo con el artículo 878.2.º del Código de Comercio de 1885, *todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotrajesen los efectos de la quiebra serían nulos. De este modo, las hipotecas alcanzadas por el periodo de retroacción de la quiebra eran nulas de pleno derecho, justificando* RUBIO GARRIDO *dicha sanción en la ausencia sobrevenida de la facultad dispositiva del constituyente de la garantía real.*

Mediante la retroacción de la quiebra, *la Ley trataba de hacer coincidir el momento real en que se inicia la insolvencia (sobreseimiento o cesación general de pagos) con la declaración judicial de dicho estado, retrotrayendo los efectos de tal declaración a aquel momento. De este modo se reintegran a la masa activa bienes y derechos que salieron del patrimonio del quebrado y que no debieron salir al encontrarse ya en una situación fáctica de insolvencia*.

«La STS de 15 de noviembre de 1991 *(RJ* 1991/8406) se ocupó de delimitar el ámbito de aplicación de los artículos 1024 del Código de Comercio de 1829 y 878.2.º del Código de Comercio de 1885, sosteniendo que no puede relacionarse el primero para interpretar el último, pues "son preceptos establecidos por el legislador con fines distintos, ya que el primero es de carácter procesal y el segundo de carácter sustantivo, ordenando aquel que el juez al declarar la quiebra fije la época a que debe retrotraerse, sin limitación de forma ni de tiempo, y el 878 se limita a aceptar esa época de retroacción *para declarar la inhabilitación del quebrado y estimar nulos todos sus actos de dominio y administración posteriores a la citada época, sin reserva de clase alguna a favor de tercero,* que concede, en cambio el artículo 1024, y que no puede referirse más que al derecho de tercero que se crea perjudicado con la fecha señalada por la retroacción para reclamar contra ella en los autos de quiebra, que es donde solamente puede discutirse ese particular, *pero una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el artículo 878...".*

«El depositario o, posteriormente, los síndicos de la quiebra, en cuanto órganos de la misma, se [hallaban] legitimados para ejercer la acción de nulidad de los actos comprendidos dentro del periodo de retroacción de la quiebra en cualquier momento, siendo, según la jurisprudencia mayoritaria, oponible dicha nulidad a todos, incluso al tercero de buena fe (y, por tanto, también al acreedor hipotecario), que no puede venir convalidada por la inscripción registral, siendo "inoperantes los preceptos hipotecarios (arts. 33, 34 y 37 LH)"».

En este sentido, la citada sentencia declara que «la nulidad radical no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, y arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intangible para este a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra como declara la sentencia de 17 de marzo de 1958, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos, a los que derivan su causa del quebrado…, lo

---

[12] SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.,* págs. 185 y 186, con cita de CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., «Declaración de quiebra: acumulación de las ejecuciones pendientes y efectos en el periodo de retroacción. Comentario a la RDGRN de 7 de enero de 1999 (*RJ* 1999/42)», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 3, 1999, págs. 338 y 339.

mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, *y se prescinde para declarar tal nulidad, de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones*». Se trata de una nulidad absoluta que se produce sin necesidad de declaración judicial, solo necesaria cuando determinadas personas se oponen a la misma. En la misma línea se pronunciaron las SSTS de 19 de diciembre de 1991 *(RJ* 1991/9405), 11 de noviembre de 1993 *(RJ* 1993/8960), 20 de junio de 1996 *(RJ* 1996/5077), 28 de octubre de 1996 *(RJ* 1996/7434), 26 de marzo de 1997 *(RJ* 1997/2539) y 18 de marzo de 1998 *(RJ* 1998/1350).

Por lo tanto, en principio, y de acuerdo con el artículo 878.2.º del Código de Comercio, si los efectos de la quiebra se retrotraían a un tiempo *que comprendía la constitución de la hipoteca unilateral, esta debía ser declarada nula, hubiera recaído o no aceptación por parte del acreedor*[13]. «En suma, aunque la hipoteca unilateral… [hubiese]… quedado inscrita *con anterioridad a la declaración de la quiebra, si la fecha de retroacción… [alcanzaba]… al tiempo en que aquella se constituyó (esto es, a la fecha en que se practicó dicha inscripción), el conflicto de intereses entre el acreedor beneficiario con la hipoteca unilateral y los acreedores concursales… [se resolvía]… a favor de estos últimos, y la hipoteca… [debía]… considerarse nula.*

Ahora bien, podía ocurrir que una vez iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria, fuera declarado en quiebra el hipotecante y la fecha de la retroacción de la misma se fijase en un tiempo que incluía la hipoteca en ejecución. El Registrador, al que se solicitaba la inscripción del auto de adjudicación y la cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada (antiguo art. 132 LH[14]), podía entender que, al resultar afecta por el periodo de retroacción de la quiebra, la hipoteca unilateral era nula y que consecuentemente, debía denegarse la inscripción del auto de adjudicación, manteniendo la inscripción del auto de declaración de la quiebra del hipotecante.

Sin embargo, la DGRN «en sus Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990 *(RJ* 1990/9313 y 9320) ha entendido que «no habiendo sido cancelada la hipoteca, se presume que existe y pertenece a su titular, y es inscribible la enajenación forzosa», no siendo obstáculo para la inscripción del auto de adjudicación la anotación del auto de la declaración de quiebra, que se hará, sin embargo «sin perjuicio de los eventuales derechos de la masa de la quiebra anunciados en la inscripción de la declaración».

No obstante, en cuanto a que ni la adjudicación o el remate puede tener por sí más fuerza que la que, *in nuce,* correspondía a la hipoteca en sí, «*si la hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de*

---

[13] Serra Rodríguez, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.,* págs. 185 a 189.

[14] Artículo 132 LH: «El procedimiento sumario que establece el artículo precedente, no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por medio de incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado salvo en los siguientes casos: …

Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente ley…».

rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión». Por ello, a juicio del Centro Directivo, entre las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que, en virtud del mandamiento judicial había que cancelar, no… [cabía]… comprender la relativa a la inscripción de la declaración de la quiebra «a pesar de que tal cancelación podrá parecer que viene impuesta por la regla 17 del artículo 131 LH». Con tal interpretación se permitía al adquirente del bien hipotecado inscribir su adquisición aunque la constitución de la hipoteca, anterior a la declaración de la quiebra, quedara afectada por la retroacción de la quiebra y, en virtud del artículo 878 del Código de Comercio debiera ser declarada nula. Sin embargo, para conciliar los intereses en juego la DGRN… [mantenía]… la vigencia del asiento de inscripción de la declaración de la quiebra, «que no es de los que pueden cancelarse en virtud solo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca», ya que al haber sido practicado en virtud de mandamiento judicial, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial.

…la DGRN… al permitir la vigencia del asiento de declaración de la quiebra, en tanto no exista mandamiento judicial de cancelación… [sometía]… la adquisición del adjudicatario a una especie de condición resolutoria, cual sería la de que en el juicio correspondiente se… [declarase]… la nulidad de la hipoteca, lo que acarrearía la resolución del derecho del adjudicatario en el procedimiento ejecutivo».

Podría pensarse, señalaba SERRA RODRÍGUEZ, que todo este problema hubiera quedado resuelto si el juez, al dictar el auto declarando el estado de quiebra, hubiera librado mandamiento de cancelación de los asientos practicados en el Registro con posterioridad a la fecha de la retroacción de la quiebra. En tal caso el registrador habría podido proceder a la cancelación de la hipoteca, de la nota marginal de certificación de dominio y cargas, y del asiento de inscripción del dominio del adjudicatario del bien en el procedimiento de ejecución hipotecaria, dejando con ello resuelto el problema. Sin embargo, en aras de la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva, cierta jurisprudencia registral entendió que el legislador no autorizaba a decretar la nulidad de ninguna relación jurídica en que hubiera intervenido el quebrado, sin que la contraparte afectada por tal pronunciamiento de ineficacia hubiera tenido oportunidad de defenderse. Además, de acuerdo con los artículos 38, 39 y 40.1.º *d)* LH, si la inexactitud registral provenía de la nulidad del título, solo podría rectificarse el Registro tras el procedimiento declarativo oportuno en el que los titulares registrales afectados por la retroacción de la quiebra pudieran hacer valer sus derechos. «En este sentido… [tenía]… declarado la DGRN en su Resolución de 7 de noviembre de 1990 *(RJ* 1990/9312) que "la cancelación o modificación de los asientos practicados a favor de los adquirentes posteriores del quebrado, incluidos en el periodo de retroacción, *cuando no concurre su consentimiento voluntariamente prestado, no podrá decretarse sino por resolución judicial firme, dictada en el procedimiento oportuno en el que hayan sido parte los titulares afectados —cfr. arts. 20, 40, 82 y 83 LH y 174 RH y 1185 LEC— dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguardia judicial de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los propios derechos —art. 24 CE—"*». Así también, RDGRN de 28 de febrero de 1977 *(RJ* 1977/819), 24 de enero de 1979 *(RJ* 1979/89), 20 de enero de 1986 *(RJ* 1986/959) y 19 de enero de 1993 *(RJ* 1993/444).

Los efectos del artículo 878.2.º del Código de Comercio, en relación con las hipotecas se vio matizado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del

mercado hipotecario, cuyo artículo 10 disponía: «Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 solo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el derecho del tercero que no hubiese sido cómplice en aquel». La impugnación, pues, tras dicha ley, para las hipotecas que caían dentro de su ámbito de aplicación, exigía demostrar el perjuicio y el fraude, no alcanzando la acción a los terceros de buena fe, ajenos al acto fraudulento de constitución de hipoteca a favor de determinados acreedores[15].

Un supuesto diverso al examinado anteriormente era el de la hipoteca unilateral *inscrita en fecha anterior a la fecha de retroacción de la quiebra y aceptada por el acreedor en un momento comprendido en el periodo de retroacción. En este caso, la retroacción de los efectos de la nota marginal mediante la que se hace constar registralmente la aceptación, a la fecha de presentación de la escritura de hipoteca, impedía que se declarase la nulidad radical de la hipoteca ex artículo 878.2.º* Ahora bien, como había indicado numerosa jurisprudencia, aparte del periodo de retroacción, cabía distinguir un segundo periodo «sospechoso», precedente a la fecha de la retroacción, que variaba en su duración según la índole de los actos, y en el que cabía ejercitar diversas acciones impugnatorias, revocatorias o reintegradoras. Podían así distinguirse actos ineficaces por su proximidad a la quiebra (art. 879 del CdeCo.), actos ineficaces por presunción de fraude (art. 880 del CdeCo.) y actos que podían ser rescindibles siempre que se probase el *consilium fraudis* o ánimo de defraudar a los acreedores (art. 881 y 882 del CdeCo.)[16].

En resumen, pues, solamente la hipoteca unilateral *inscrita antes de la fecha a la que se retrotrajese la quiebra, quedaba salvada de la nulidad radical del artículo 878 del Código de Comercio.*

Con la nueva LC, la retroacción de la quiebra es *sustituida por las acciones de reintegración de la masa activa*, mediante las cuales se rescinden los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración, *aunque no hubiera habido intención fraudulenta* (art. 71 LC). Además, se presume el perjuicio patrimonial *iuris tantum* en determinados actos entre los cuales se comprende *la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes* o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3.2.º LC).

«…En el supuesto de constitución unilateral de hipoteca por el concursado para garantizar obligación preexistente (por ejemplo, el reconocimiento de deuda preexistente y constitución de hipoteca en la misma escritura) o de nueva contraída para sustituirla (si ha existido novación objetiva del crédito) dentro del periodo configurado legalmente como sospechoso (dos años antes de la declaración el concurso), los administradores judiciales estarán legitimados para ejercer la acción rescisoria dirigida a declarar la ineficacia del acto unilateral, sin necesidad de probar ni el ánimo de defraudar (que no es presupuesto de la acción según el art. 70.1.º) ni el perjuicio para la masa activa (que se presume, aunque admite prueba en contrario a suministrar por el hipotecante-concursado).

---

[15] Hemos seguido en esta exposición el estudio realizado por SERRA RODRÍGUEZ (SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.,* págs. 189 a 197).

[16] *Op. cit.,* págs. 198 y 199.

Una vez declarada ineficaz la constitución unilateral de hipoteca comprendida en el mencionado periodo, el acreedor beneficiario de aquella pasará a quedar integrado en la masa pasiva del concurso, y su crédito, incluido entre los concursales, deberá ser reconocido y clasificado por los administradores judiciales en vistas a obtener una graduación para su pago». Normalmente, será considerado como ordinario, salvo que dicho acreedor hubiera sido declarado de mala fe en el incidente que conoció del ejercicio de la acción rescisoria, en cuyo caso su crédito sería clasificado como subordinado (art. 92.6.º LC).

Sustituida la retroacción de la quiebra por la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso, se hace preciso dilucidar cómo afecta esta a las facultades patrimoniales del concursado hacia el futuro y en relación con actos otorgados antes de inscribirse tal declaración pero que se presentan a registro después. ¿Podría influir la supresión de tal retroacción en la solución jurídica a adoptar respecto de estos últimos actos?

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES IMPUESTAS AL CONCURSADO POR LA LEY CONCURSAL DE 9 DE JULIO DE 2003

1. Las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado inciden en su capacidad de obrar

La doctrina ha insistido en que la *calificación jurídica* de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.º 2.º) y como efecto de tal declaración (art. 40 LC)[17], es «*una cuestión de enorme trascendencia, teórica y práctica, que condicionará, sin duda alguna, la solución de problemas importantes que no están resueltos expresamente o que lo están de forma incompleta*. Y además, incluso ante aspectos resueltos expresamente por el legislador, la calificación de la institución servirá de ayuda en su interpretación para modularlos en atención a la específica función que deben cumplir»[18].

Bajo el Derecho derogado, mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia se inclinó por considerar que *el conjunto de limitaciones a que quedaban sometidos el quebrado y el concursado a causa de la apertura del procedimiento concursal* [inhabilitación para administrar y disponer de bienes propios (art. 878 del CdeCo.), interdicción para ejercer el comercio (art. 13.2 del CdeCo.), para administrar patrimonios ajenos, etc.] suponían una *incapacidad de obrar*. Respecto de las limitaciones del suspenso, en cambio, estaba menos extendida la idea de que afectaran a su capacidad de obrar. También los textos legales calificaban las limitaciones que afectaban al concursado como incapacidad. En este sentido, la LEC de 1881 y el Código Civil establecían que el concursado quedaría, en virtud del auto de declaración de concurso, incapacitado para la administración de sus bienes (arts. 1161 LEC y 1914.1 CC), aunque el concurso no se incluía

---

[17] Vid., Jiménez París, T. A., «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 730.

[18] Martínez Flórez, A., «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 6, 2005, pág. 73.

entre las causas de incapacidad (antiguo art. 32 CC o 1263 CC). El Código de Comercio, por su parte, hablaba de inhabilitación para la administración de los bienes (art. 878.1), en el sentido de incapacidad para dicha administración. También la legislación hipotecaria en sus artículos 142 RH, en relación con el artículo 42.5.º y 2.4.º LH, consideraba que la declaración de concurso o quiebra modificaba la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de su sus bienes.

Tras la nueva LC, un sector importante de la doctrina sigue afirmando la incidencia del concurso en la capacidad de obrar del deudor (Rodríguez de Quiñones, Sánchez Álvarez, Mairata, Guilarte Martín-Calero, Villoria, Cordón Moreno, López Sánchez). Ello explicaría las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes integrados en la masa activa (art. 40 y 44 LC), y las limitaciones al ejercicio de acciones personales con trascendencia patrimonial (arts. 51 y 54 LC), pues el resto de limitaciones que impedían al concursado actuar con eficacia en determinados ámbitos han quedado reservados para el caso de que el concurso se califique culpable, con el carácter de sanciones (art. 172.2.2 LC, 13.2 CdeCo., etc.). La propia LC, aunque ha evitado calificar los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y disponer de los bienes como incapacidad de obrar (art. 40 LC), en otros preceptos *sigue aludiendo a los efectos del concurso sobre la capacidad del concursado* (por ejemplo, arts. 51.3 y 54.2 y Disposición Final 3.ª LC, que prevé la adición de un apartado 8 al artículo 7 de la LEC, que se refiere a las limitaciones a la capacidad de quienes están sometidos a concurso)[19].

2. Crítica a la teoría que relaciona las limitaciones patrimoniales del concursado con una falta de capacidad de obrar

Si bien pueden señalarse algunas semejanzas entre deudor sometido a concurso e incapacitado (por un lado, ambos no pueden realizar de modo absoluto, o no pueden realizar por sí solos, actos de administración o disposición de su patrimonio, ni actuar en el ámbito procesal, debiendo dichos actos ser efectuados por un órgano encargado de ello o con su autorización, *y, por otro lado, los actos realizados en contravención de tales limitaciones son anulables (arts. 1300, 1301 y 293 CC y 40.7 LC), existen diferencias importantes entre la situación de uno y otro*.

La incapacitación tiene la *finalidad de proteger a la persona que padece una enfermedad*, fijándose por el juez la extensión y límites de la incapacitación en función del grado de discernimiento de la misma (art. 210 CC), así como el órgano encargado de su guarda. Como consecuencia de lo anterior, se atribuye a los incapacitados, cuando recuperen la capacidad, o a sus órganos de protección, mientras perdura la incapacidad, la facultad de anular los actos realizados por aquellos (art. 1300 CC), en contravención de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, para así dejar sin efecto los actos jurídicos que no les sean favorables.

Ahora bien, la posición del concursado no cabe en las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil, no está basada en un estado natural de la persona (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que

[19] *Op. cit.,* págs. 74 a 76, y 86 a 89.

impide a la persona gobernarse por sí misma), sino en un estado de su patrimonio (insolvencia, iliquidez).

La intervención y la suspensión del artículo 40 LC no constituyen un sistema de protección del concursado, sino fundamentalmente, de protección de los acreedores, pues los intereses del concurso de que habla el artículo 43.1 LC se identifican primordialmente con los intereses de los acreedores (la Exposición de Motivos de la LC señala que la satisfacción de los acreedores constituye la finalidad esencial del concurso). *Se trata de garantizar que no desparecerán los bienes del deudor en tanto se tramita el procedimiento concursal* dirigido a satisfacer a los acreedores por el orden de su graduación y a los ordinarios, según el principio de la *par conditio creditorum*.

Además, la administración que llevan a cabo los órganos de protección de los incapacitados suele corresponderse con la que realizaría el titular del patrimonio si no estuviera incapacitado (aunque en ocasiones será necesaria la autorización judicial, arts. 271 y 272 CC). *En cambio, los actos de administración y disposición que entran dentro de la competencia de los administradores concursales (art. 43 LC) no coinciden con los que realizaría el concursado si no estuviera en concurso, pues aquella administración tiene una finalidad diferente de la administración que habría realizado el deudor de no haber estado incurso en el procedimiento concursal.*

Finalmente, la sanción de anulabilidad prevista para los actos realizados por el concursado en contravención de las limitaciones patrimoniales impuestas por el auto de declaración de concurso, *no tienen la finalidad de proteger al concursado pues el deudor carece de legitimación para ejercitar la acción de anulación* (art. 40.7 LC)[20].

Y Antonio Pau, tras indicar que Federico de Castro consideraba que la declaración de concurso no determinaba un cambio de estado civil, ni tampoco una verdadera o completa incapacitación patrimonial pero que, sin embargo, se trataba de una situación que afectaba amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, argumenta: «Si el deudor tuviera su capacidad limitada no podría celebrar acuerdos de quita o espera (que hoy —como antes el Código de Comercio —prevé el art. 100 LC), ni seguir al frente de su empresa, cuando así se decida (art. 44.2 LC); y no parece que pueda negarse la posibilidad de que el concursado celebre negocios sobre sus bienes, sometidos a la condición suspensiva de que concluya el concurso, y el bien, por no haberse realizado, se mantenga en el patrimonio —ya libre— del deudor»[21].

3. Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación, al afectar a su poder de disposición sobre los bienes integrados en la masa activa

A) *Las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su legitimación*

Blanquer Uberos, por su parte, considera que como la limitación de más intensa eficacia (la suspensión) parece no privar, al concursado de la aptitud subjetiva para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes

[20] *Op. cit.,* págs. 89 a 93.

[21] Pau, A., *Las limitaciones patrimoniales del concursado.* Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, págs. 11 y 14.

inembargables o sobre los bienes, derechos y obligaciones ajenos cuya administración y disposición tuviese encomendada (patria potestad, tutela [art. 244 CC en relación con la Disp. Adic. 1.ª 3 LC])[22], no estaríamos en presencia de una restricción de la capacidad de obrar del concursado. Además, como la posibilidad de que un acto del deudor pueda ser convalidado o confirmado «se apoya en la existencia del elemento esencial y necesario para la validez del acto o contrato como es el consentimiento del concursado… esta consideración… conduce a la valoración de la limitación, sea la necesidad de intervención o sea, la suspensión, como una *restricción de la legitimación subjetiva propia del titular de un derecho*... Las situaciones de intervención o de suspensión no afectan [se dice] a la circunstancia personal consistente en la capacidad de obrar, sino que *condicionan la situación de poder resultante de la titularidad de los derechos…*»[23].

B) *En concreto, las limitaciones patrimoniales suponen una prohibición de disponer y de administrar*

Si bien la incapacidad derivada de la sentencia de incapacitación puede estar limitada a categorías de actos, *el presupuesto de la incapacitación, que es la falta de discernimiento del sujeto, impide por su propia naturaleza, la posibilidad de una incapacidad limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos*. *Ello es consecuencia de que la incapacidad es una cualidad personal, intrínseca y abstracta del sujeto.*

Por otro lado, la eficacia de los actos jurídicos no solo requiere de capacidad de obrar sino de legitimación o poder de disposición. Esta categoría jurídica no deriva de las condiciones personales del sujeto sino de la relación existente entre la persona y el objeto. El poder de disposición se entiende mayoritariamente, que forma parte del contenido del derecho subjetivo[24], de manera que es una posibilidad de ejercicio del derecho junto a la cual existen otras como la administración. *La doctrina que considera que el poder de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo generalmente entiende que el poder de disposición es el fundamento de la legitimación del titular.*

Ahora bien, si se centra la atención, en primer lugar, en las limitaciones del concursado para administrar y disponer de sus bienes, se observa que no constituyen una cualidad personal o intrínseca del sujeto, *ni una limitación que recaiga directamente sobre la persona. La intervención y la suspensión se imponen a la persona en cuanto titular de un patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores*. *Prueba de ello es que la limitación sigue desplegando sus efectos, incluso cuando dicho patrimonio cambia de titular, como consecuencia de una sucesión* mortis causa. *Esto no sucede con la incapacidad, que desaparece con la muerte del incapacitado*. «En este sentido, la Ley establece que en caso de muerte o declaración de fallecimiento del concursado continuará tramitándose el procedimiento

---

[22] En efecto, así parece, si bien deberá tenerse en cuenta el artículo 167 del Código Civil, referente a la patria potestad, y los artículos 247 y 270 del Código Civil, referentes a la tutela.

[23] Blanquer Uberos, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 43, junio de 2005, págs. 61 y 62. Esta posición también era mantenida por el profesor García Amigo (conversación privada).

[24] Sobre la caracterización del poder de disposición, puede verse el exhaustivo estudio de Cuena Casas, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales.* J. M.ª Bosch, editor, 1996, págs. 480 a 497.

como concurso de la herencia, pero en tal supuesto la limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales se concretará necesariamente en la suspensión, «correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades de administración y disposición del caudal relicto» (arts. 182.1 y 40.5 LC)».

Es precisamente la *ratio* de la intervención y de la suspensión *la que exige su configuración como limitaciones que recaen sobre los bienes. Estarían tan «íntimamente ligadas a los bienes del concursado integrantes de la masa activa que cuando se agotan termina el concurso (art. 176.1.4.º LC) y con él las limitaciones (art. 178)*».

«De las ideas anteriores —concluye Martínez Flórez— se desprende que *la intervención y la suspensión son limitaciones que recaen directamente sobre los derechos sometidos al concurso de acreedores, o, más exactamente sobre las facultades de administración y de disposición que integran el contenido de aquellos derechos y tienen la finalidad de asegurar el resultado de dicho proceso;* no se trata de una limitación que recaiga sobre la persona; a ella solo le afecta en cuanto titular de dichos bienes».

La intervención y suspensión se refieren al patrimonio integrado en la masa activa del concurso, esto es, a los bienes existentes a la fecha de la declaración de concurso, los que se reintegren al mismo y los que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC). No afectan a los bienes inembargables ni a los que se entreguen al concursado en concepto de alimentos (art. 76.2 y 47 LC). En los supuestos de concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, el heredero tendrá limitado el ejercicio de las facultades de administrar y disponer del patrimonio obtenido *mortis causa*, pero podrá administrar y disponer libremente del resto de su patrimonio, pues no existe confusión de patrimonios.

«Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la *falta de aptitud* que sufre el concursado a consecuencia de la intervención o de la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer no es, como en el caso de la incapacidad de obrar, abstracta, sino, por el contrario, *concreta y delimitada*: se refiere únicamente a *unas determinadas categorías de actos* (de administración y de disposición, en los que se concreta el ejercicio de las facultades del mismo nombre) *que recaen sobre unos concretos bienes y derechos* (los integrantes del patrimonio concursal). El concursado no está sometido a una inidoneidad abstracta para realizar una o varias categorías de actos sin consideración a su objeto, sino solo a una *inidoneidad concreta respecto de unos bienes determinados*…

Además, la intervención y la suspensión son medidas *esencialmente transitorias*. La ley las vincula, en efecto, al procedimiento de concurso, estableciendo que despliegan sus efectos únicamente hasta que se apruebe un convenio y, a falta de este, en tanto se practica la liquidación y se paga a los acreedores, pues, realizados estos actos, se habrá cumplido el fin al que se dirige el concurso y las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales a él inherentes»[25] [art. 133.2, 3 y 4 LC y art. 178.1 LC].

Por todas las razones antedichas, Martínez Flórez concluye que estaríamos en presencia de *prohibiciones de disponer y de administrar*[26], cosa que habría sentado

---

[25] *Op. cit.,* págs. 104 a 127.

[26] Posición que también sigue Vicente Montés (Montés, V. L., «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 11, 2007, págs. 15 a 18).

el Tribunal Supremo en las SSTS de 2 de diciembre de 1999 *(RJA* 1999/415)[27]; 12 de junio de 2000; 14 de junio de 2000 *(RJA* 2000/5286)[28] y 8 de febrero de 2001

---

[27] SSTS de 2 de diciembre de 1999 *(RJA* 1999/415): «La esencia del presente proceso, que ha llegado en este momento procesal a la casación, se centra en la aplicación del segundo párrafo del artículo 878 del Código de Comercio que dispone: todos sus actos (los del quebrado) de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos. En la quiebra de Joaquín se dictó Auto por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 9 de Barcelona, en fecha 1 de marzo de 1990, en el que fijó la fecha de retroacción en el día 11 de marzo de 1988. En fecha 26 de septiembre de 1988 *el quebrado, como prestatario, había otorgado escritura pública con el "Banco A., S. A.", como prestamista, de contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sobre un inmueble que constituía la parte más importante del patrimonio del quebrado. La sindicatura de la Quiebra de Joaquín formuló demanda contra el "Banco A., S. A." en petición de que se declarara la nulidad de dicho préstamo con garantía hipotecaria, con las subsiguientes cancelaciones en el Registro de la Propiedad, por haberse otorgado con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra. …*

La esencia del proceso, como se ha dicho, y también la esencia de las sentencias de instancia y, como no podía ser menos, la del recurso de casación, es el concepto y alcance de la nulidad que contempla el mencionado artículo 878, segundo párrafo, del Código de Comercio. Por lo que es preciso exponer la posición que mantiene esta Sala y que constituye el fundamento del fallo.

La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure,* nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: *no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos…».*

«La posible mitigación de esta nulidad absoluta no se ha dado en el presente caso, ya que tan solo se ha atenuado la rigurosidad del precepto en aquellos supuestos en que el acto de administración o disposición no perjudique los intereses de los acreedores: así, sentencias de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993, 11 de noviembre de 1993, 20 de junio de 1996».

«El artículo 878 impone la nulidad absoluta, no establece una acción rescisoria, ni una nulidad relativa…

La nulidad alcanza al préstamo en cuanto se constituye con garantía hipotecaria y no puede pretenderse que le sea devuelto el capital al margen de la masa de la quiebra.

…La fe pública registral no convalida o sana el negocio jurídico nulo por ser alcanzado por la retroacción de la quiebra: dicha nulidad, por mor de la retroacción, *es como si existiera al tiempo de ser perfeccionado aquel acto dispositivo, claramente la sentencia de 15 de noviembre de 1991 ha declarado nulas automáticamente las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra…».*

[28] STS de 14 de junio de 2000 *(RJA* 2000/5286). La Sindicatura de la Quiebra de «Construcciones N., S. A.» presentó demanda en pretensión de la aplicación del artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio y consiguiente declaración de nulidad de sendas ventas de fincas (viviendas) y cancelación de asientos registrales.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 7 de Bilbao, desestimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de la misma ciudad, que declaró nulas las ventas de sendas fincas a don Jesús E. A. y esposa, y

(RJA 2001/2046)[29], en relación con el artículo 878.1.º del Código de Comercio,

---

don José Luis A. U. y esposa, y les condenó a reintegrar a la masa de la quiebra el valor de las mismas… Contra esta sentencia han formulado recursos de casación la Sindicatura de la Quiebra de «Construcciones N., S.A.» en nueve motivos; el «Banco C., S. A.» en un motivo; D. Jesús E. A. y D. José Luis A. U., en cuatro motivos.

La Sindicatura de la Quiebra denuncia infracción de los artículos 33 y 34 LH y doctrina jurisprudencial sobre ellos y sobre la nulidad que impone el artículo 878.2.º del Código de Comercio. La Sindicatura se refiere a la venta de sendas fincas de la sociedad en quiebra a los socios don Jesús E. A. y don José Luis A. U. y de estos a terceros de buena fe que inscribieron su título adquisitivo, condenando a aquellos a la reintegración del valor de las mismas a la masa de la quiebra. En respuesta a dicho motivo señala el TS que: «La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala: *así lo resume la sentencia de 2 de diciembre de 1999: La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos* ipso iure, *nulidad absoluta:* así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha ocurrido en el presente caso. *Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos…*

Sin perjuicio de supuestos en que se mitiga tal nulidad, cuando no se perjudican intereses de acreedores, que aquí no se plantea. Aquí lo que sí se plantea es la relación con los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: aquel dispone que la inscripción no sana la nulidad y este la protección del tercero hipotecario (principio de la fe pública registral). Debe advertirse que el citado artículo 878 dispone una nulidad de sus actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (sus) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de este, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al que se le aplica el principio de fe pública registral: en este sentido las sentencias de 12 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996. Por ello, se desestiman estos motivos».

[29] STS de 8 de febrero de 2001: La sentencia recurrida en casación confirma la de primera instancia que declaró la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública de fecha 15 de noviembre de 1989, con plena reintegración a la masa de la quiebra necesaria de la entidad «P., S. A.», del inmueble objeto de la compraventa; y ordena la cancelación de las inscripciones registrales por la mencionada escritura y posteriores. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso recurso de casación por la compradora del inmueble. En el motivo 3.º del recurso se alega aplicación errónea del artículo 878.2.º del Código de Comercio, y de la Jurisprudencia del TS contenida en las STS de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993.

«La tesis del motivo se reconduce a entender que no procede la declaración de nulidad de la compraventa ya que el comprador aquí recurrente, «F., S. A.», es un tercero de buena fe y la compraventa no ha causado perjuicio para los acreedores de la quiebra.

Examinando las dos líneas que respecto a la interpretación del artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, se han mantenido, dice la sentencia de 22 de mayo de 2000, que «si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará en se-

indicando que la llamada «inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes» se trataba en realidad de *una prohibición legal impuesta al quebrado para la administración de sus bienes*.

Precisa MARTÍNEZ FLÓREZ que en el caso de la intervención se estaría en presencia de una prohibición de disponer sin el consentimiento de otros sujetos: los administradores concursales. Pero como la integridad del patrimonio concursal solo queda garantizada si, además de la disposición, se prohíbe al concursado la administración, el concursado estría sometido también a una prohibición de administrar.

---

guida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1991 la considera una nulidad de pleno derecho; la de 11 de noviembre de 1993, una nulidad radical; la de 20 de octubre de 1994, un vicio de origen que afecta a los adquirentes, la de 28 de octubre de 1996, «una nulidad intrínseca y absoluta, que actúa *ope legis* y que no precisa su declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, *actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado»;* en la misma línea se pronuncia la de 26 de marzo de 1997; y en fin, la de 25 de octubre *da por definitivamente consolidado tal criterio al declarar que salvo las dos sentencias que cita la recurrente, es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical,* ipso iure, *de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra*».

Esta doctrina de carácter estricto o rigorista ha sido mantenida en las más recientes sentencias de 12 y 14 de junio de 2000; dice esta última que «La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala: así lo resume la STS de 2 de diciembre de 1999: La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure,* nulidad absoluta: así, sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 de la LEC y ha ocurrido en el presente caso. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: *no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos:* así lo fundamenta la sentencia de 13 de julio de 1984, antes citada, que dice: siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de Derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia (absoluta, o sea frente a todos) de cuantos actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación». Aunque esta sentencia se cuida de dejar a salvo de la nulidad los supuestos en que no se perjudican los intereses de acreedores, *no cabe aplicar en el presente caso tal excepción desde el momento en que la sentencia recurrida declara, sin que ello haya sido adecuadamente combatido en el recurso, que no se puede considerar que exista una prueba muy precisa e indubitada de la realidad del pago del precio de la finca, falta de pago del precio que, aunque sea parcial, supone un perjuicio para los acreedores de la quiebra. En consecuencia procede la desestimación de este tercer motivo del recurso*».

Ahora bien, para explicar completamente la situación jurídica del concursado, habría que contemplar la correlativa atribución de funciones a la administración concursal.

En el caso de la suspensión, la actuación de los administradores concursales debería calificarse como de una representación legal, pues sus poderes emanan de la Ley y los efectos de los procesos, actos y negocios jurídicos celebrados por aquellos se producen en cabeza del concursado. No es óbice a esta representación legal que el concursado no sea un sujeto incapaz de obrar, puesto que el Derecho positivo prevé algún supuesto de representación legal de personas capaces (por ejemplo, la representación legal del ausente). Esa calificación proporciona una disciplina a la que recurrir para resolver los problemas que no estén expresamente contemplados en la normativa concursal. *En el caso de intervención, los administradores concursales tienen un control del ejercicio de las facultades de administración y disposición por el concursado, aproximándose su labor a la de los órganos encargados de asistir a los menores o incapacitados (curador, por ejemplo)*[30].

Para finalizar este apartado, vamos a traer a colación la opinión de Parra Lucán, quien señala: «importa insistir en la idea de que la intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (art. 40.6 LC). Explica la Exposición de Motivos de la ley concursal que «la ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que beneficien la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que esta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso». Por ello, y en la medida en que ninguna supone un obstáculo para la conservación de la masa, la ley reconoce al concursado amplias facultades a lo largo de la tramitación del concurso para proteger sus intereses: solicitar alimentos, mantener representación y defensa separada en los procedimientos en tramitación, ejercer acciones personales, solicitar la modificación de los contratos de trabajo en que sea empleador, instar la rehabilitación de contratos, negociar y aceptar convenios, oponerse a la aprobación de cuentas de la administración concursal, formular propuestas de modificación al plan de liquidación (arts. 40, 47.1, 51.2, 52.2, 54.1 y 3, 64.2, 65.1, 68.1, 69.1, 104.1, 117.2, 128.3).

…Es importante destacar que, con independencia de su ámbito objetivo y de la razón de su existencia, las limitaciones de la facultad de administrar y de disponer del concursado no dejan de ser limitaciones, normas que privan al deudor concursado de la posibilidad de otorgar actos válidos. Así lo establece expresamente el artículo 40.7 LC, conforme al cual, «los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo *podrán ser anulados* a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado». Por ello, ha señalado el profesor Delgado Echevarría que las normas que se refieren al concursado expresan normas de incompetencia, que *privan del poder de realizar actos jurídicos (a través de una intervención judicial).*

La limitación a las facultades patrimoniales del concursado va unida, además, en determinadas circunstancias, a una auténtica prohibición, cuya infracción lleva aparejada incluso una sanción penal. En efecto, el artículo 259 CP, redactado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, castiga con la pena de uno a cuatro años de

[30] Martínez Flórez, A., «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. Rojo, A. y Beltrán, E (coords.). Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed. Madrid, 2004, págs. 782 a 786.

prisión y multa de 12 a 24 meses, al deudor que «una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, *realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto*».

Si aceptamos la distinción entre normas que confieren poderes, de modo que el destinatario de las mismas, al usar la norma, realiza un acto válido, y normas de conducta, que prohíben o que obligan al destinatario a hacer algo, con la consecuencia de que si se incumplen, conllevan la imposición de una sanción al destinatario, una pérdida de derechos, la norma que limita la capacidad del concursado y establece la invalidez del acto otorgado por el mismo no es una norma prohibitiva, *sino una norma de incompetencia, en cuanto que priva al concursado de la competencia, del poder de realizar un acto válido*. *A esta norma de incompetencia se le añade una verdadera prohibición, pues al concursado que realiza actos contra lo ordenado por el juez del concurso se le puede imponer una sanción penal si su conducta cumple todos los requisitos del tipo descritos en la norma del Código penal.* Al legislador no le ha parecido suficiente, dados los intereses en juego, con privar de validez a los actos del concursado, y ha decidido castigar penalmente a quien, una vez admitida la solicitud de concurso (antes, incluso de que se dicte el auto de declaración) realice disposiciones patrimoniales o asuma obligaciones perjudicando a sus acreedores.

Pese a todo, es explicable la tendencia doctrinal a calificar la norma que limita las facultades patrimoniales del concursado como *una prohibición por la vinculación que suele hacerse de la limitación de la capacidad de obrar con la falta de capacidad natural en la persona. En la medida en que se quieren separar las limitaciones impuestas al concursado de las incapacidades de obrar por razón de la capacidad de entendimiento y voluntad del sujeto, y en la medida en que con ello se pretende poner de relieve que las limitaciones del concursado no son en beneficio propio (a diferencia de las limitaciones derivadas de las incapacitación) sino por razón del procedimiento concursal, y en interés de los acreedores, se evita el término incapacidad y se recurre al de prohibición legal»* [31].

C) *Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar de los bienes integrados en la masa activa*

En mi opinión, del estudio realizado cabría concluir que la situación en que se encuentra el concursado como consecuencia del auto de declaración de concurso es, no una situación de incapacidad, sino una situación de prohibición de disponer y administrar pero no derivada de la ley, sino de resolución judicial.

En efecto, las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor vienen descritas en el artículo 40 LC, en relación con los artículos 43 y 44 (este último aplicable en el caso de concursado que ejerce una actividad profesional o empresarial). Estas limitaciones son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso[32], pues en él la ley exige hacer constar (art. 21.1.2.º), «los efectos

[31] Parra Lucán, M. A., «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», en *Base de Datos «Dialnet». Texto electrónico,* págs. 9 a 12.

[32] La admisión a trámite de la solicitud de concurso no produce alteración alguna en las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las que se pudieran derivar de las medidas cautelares que el juez decida adoptar (art. 17 LC).

sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio [concursal], así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales» [facultades de estos que dependerán del régimen de intervención o de suspensión a que quede sujeto el concursado]. Como el auto produce sus efectos de inmediato (arts. 21.2 y 44.2. inciso segundo LC) y es ejecutivo aunque no sea firme[33], las limitaciones patrimoniales las padece el concursado desde la fecha del mismo, con independencia de que se haya dado o no publicidad al susodicho auto (en el *BOE,* de forma gratuita y mediante extracto; mediante publicidad complementaria acordada por el juez de oficio o a instancia de interesado; mediante inserción en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca y mediante inscripción en el Registro Civil, Registro Mercantil u otros registros públicos de personas jurídicas así como en los Registros de bienes y derechos (singularmente, el Registro de la Propiedad) (arts. 23 y 24 LC, modificados por la Ley 38/2011).

Hay que destacar que *frente al sistema anterior a la LC, las limitaciones patrimoniales que se imponen ahora al concursado atienden a «las necesidades de cada concurso». De modo que el juez, previa audiencia de los administradores concursales y a iniciativa de estos, puede modular los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, en función de los concretos factores de cada concurso*[34]. En efecto, en el caso del concurso, de acuerdo con el derogado artículo 1914 del Código Civil,

---

[33] El auto judicial es ejecutivo, aunque no sea firme (art. 21.2 LC), y el recurso que contra la estimación de la solicitud de declaración concurso puede interponerse (recurso de apelación) no tendrá efecto suspensivo salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario (art. 20.2 LC). En este sentido, la SAP de Salamanca (Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2011 (*AC* 2011/1220), ante la alegación de la apelante de que los administradores concursales no habían tomado posesión hasta el 9 de abril de 2007, siendo su primera reunión el día, 10, por lo que el acto debatido (contrato de cesión en arrendamiento de una clínica, como unidad patrimonial de explotación), celebrado el 9 de abril de 2007, no se trataba de un acto de disposición o administración que hubiese debido ser intervenido por los administradores concursales, y en cuanto tal, susceptible de anulación, afirma que «el Auto declarando el concurso tiene una importancia capital dentro del procedimiento concursal, hasta el extremo de que puede considerarse como resolución de referencia *para todos los efectos que el concurso produce. Sus efectos se inician con la firma de la resolución, y aun cuando es cierto que el deudor, en el concurso voluntario, conserva la posesión y las facultades de administración y disposición, sometiéndose a la intervención de la administración concursal, también lo es que en ausencia de administración concursal y hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su tráfico o giro que sean imprescindibles para la continuación de su actividad [no siéndolo el acto debatido], siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44,2 LC).*

En el caso, si concurren, pues, los requisitos necesarios para la acción de anulación. Como indica la parte apelada, la concursada realiza toda una serie de actividades, constatadas documentalmente, al margen de la administración concursal, que en una normal y lógica confrontación de las diferentes fechas de los mismos, suponen una infracción de la restricción de su capacidad de obrar que deriva de su situación concursal ya declarada, y que en cuanto tal hace anulables, no nulos, los actos del deudor que infrinjan esas limitaciones. La falta de confirmación o convalidación del acto (se entenderá esta producida bien de forma expresa, bien de forma tácita cuando la administración concursal, conociendo la causa de la anulabilidad, actúa de modo que implique la renuncia a la acción) y la propia conducta de los demandados, a que hace relación la sentencia de instancia en su fundamento de derecho cuarto, no hace sino corroborar la tesis explicitada».

[34] Fernández Seijo, J. M.; Gutiérrez de la Roza, B., «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 2011, pág. 170.

la declaración de concurso incapacitaba al concursado para la administración de sus bienes y en el caso de la quiebra, el artículo 878 del Código de Comercio, establecía que declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Frente a estos efectos *automáticos e inalterables durante el procedimiento* (equivalentes a lo que hoy se conoce como suspensión, según MARTÍNEZ FLÓREZ[35]), la LC *gradúa los efectos del concurso sobre el deudor.* Esto es, los efectos que produce la declaración de concurso en las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa del concurso vienen determinadas por la solicitud del concurso, ya que en caso de concurso voluntario el deudor queda sometido a la intervención por la administración concursal de tales facultades mediante su autorización o conformidad, mientras que en caso de concurso necesario, queda sometido a la suspensión del ejercicio de tales facultades, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 5, 5 bis y 22 LC en relación con art. 40). Ahora bien, *estos efectos pueden ser modificados por el juez en el propio auto de declaración de concurso o a lo largo del procedimiento* (art. 40.3 y 4 LC)[36], con la salvedad de que, abierta la liquidación, el deudor necesariamente queda sometido a la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC). *Es por ello, que bajo el régimen actual, parece más exacta la consideración de que las limitaciones patrimoniales que sufre el concursado derivan no de una prohibición legal de disponer y administrar, sino de una prohibición judicial de disponer y de administrar.*

De todo lo expuesto hasta el momento se desprendería que las dos alternativas a la hora de calificar jurídicamente las limitaciones patrimoniales que sufre hoy un concursado como consecuencia del auto de declaración de concurso se reducirían básicamente a dos: una limitación de su capacidad de obrar, o una prohibición judicial de administrar y disponer que afectarían a su poder de disposición, y que podría considerarse un caso específico de entre los varios en que a un sujeto le falta la legitimación para la realización de un acto (distinguiendo entre falta de capacidad de obrar y prohibiciones, la sentencia de 27 de mayo de 1959).

V. LAS SOLUCIONES PRÁCTICAS A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

1. DESDE LA CONSIDERACIÓN DE LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO COMO UNA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR

Desde este punto de vista, señala BLASCO GASCÓ que «el consentimiento material del hipotecante por acto unilateral ya está prestado en la escritura pública y es en este momento, y no en el de la mera inscripción, *en el que deben concurrir las exigencias de capacidad y consentimiento*»[37]. *El auto de declaración de concurso y su inscripción en el Registro no produce el cierre de este; «por tanto, no*

---

[35] MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.). Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed., Madrid, 2004, págs. 773 y 774.

[36] Según MARTÍNEZ FLÓREZ, cabría incluso que motivadamente el juez combinase la intervención y la suspensión para determinadas categorías de actos (*op. cit.,* pág. 781). Cosa que consideran imposible, dado el tenor legal, FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA (FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B., «Efectos del concurso», *op. cit.,* pág. 174).

[37] BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 28 y 29.

es causa bastante para que el Registrador deniegue la inscripción de la hipoteca». La cuestión es más clara si el título constitutivo o modificativo de una relación jurídico-real es de fecha anterior a la declaración de concurso. En el caso de ser la inscripción constitutiva, es cierto que la modificación o transmisión de la relación jurídico-real no se produce sino desde la inscripción del título, pero no es menos cierto que «el título en sentido material, es anterior, es decir, que ya existía, y que cuando se otorgó» el concursado tenía plenas facultades dispositivas. La posterior declaración del mismo en concurso no puede afectar a la validez de la constitución de la referida hipoteca[38].

El hipotecante es señor del acto de disposición hasta que este se produce al otorgar la escritura pública de hipoteca, pero deja de serlo si ha habido aceptación o si la escritura se inscribe en el Registro. «*Ni siquiera queda sometido a su voluntad el procedimiento registral que se inicia con la presentación del documento y solicitud de inscripción, porque, en virtud del artículo 6 LH, cualquiera de los legitimados puede iniciar dicho procedimiento», encontrándose entre ellos el acreedor beneficiario, si bien solo el hipotecante puede proceder a subsanar los defectos que afecten a la validez del acto dispositivo y a su propia capacidad y legitimación*[39].

Ahora bien, la hipoteca inscrita con posterioridad al auto de declaración de concurso, sería una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del concurso, y en ningún caso el crédito que garantizaría sería un crédito privilegiado a efectos precisamente del concurso (no gozando tampoco ni del beneficio de ejecución separada, ni del derecho de abstención), pues tales privilegios solo corresponderían al crédito hipotecario existente a la fecha de la declaración de concurso, con los requisitos del artículo 90.2 LC[40].

---

[38] *Op. cit.,* págs. 69 y 70.

[39] *Op. cit.,* págs. 50 a 53. Sin embargo, Serra Rodríguez piensa, a mi juicio, más acertadamente, que «siendo la hipoteca un derecho de constitución registral, si esta se ha decidido constituir unilateralmente, esto es, sin la concurrencia simultánea de la voluntad del acreedor [o sea, no por convenio, sino mediante acto unilateral del disponente al cual solo puede adherirse puramente mediante la aceptación, o no adherirse el favorecido], parece que será el hipotecante el único legitimado para su inscripción… En cambio, si la constitución de la hipoteca tiene un origen contractual, el acreedor sí que se hallará legitimado, con base en el artículo 6 LH, para inscribir el derecho de hipoteca, provocando con ello su nacimiento, sin contar con la voluntad del hipotecante para este acto co-constitutivo». Por lo tanto, todos los actos constitutivos de la hipoteca solo podrán ser realizados por el hipotecante en el caso de hipoteca unilateral, ya que en la mayoría de los supuestos de otorgamiento unilateral de escritura de constitución de hipoteca el hipotecante decide constituir el gravamen sobre un inmueble de su propiedad con vistas a obtener un trato jurídico más beneficioso respecto de uno de sus acreedores o con vistas a garantizar una obligación futura, sin estar cumpliendo un previo pacto o estipulación con dicho acreedor, por lo que resulta lógico que solo él este legitimado para inscribir dicho derecho. *Cosa distinta sería si la constitución unilateral de hipoteca se verifica para dar cumplimiento a una promesa previa (pacto, precontrato o convenio), en cuyo caso el acreedor sí que estaría legitimado para solicitar la inscripción* (Serra Rodríguez, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.,* págs. 82 a 85).

[40] *Op. cit.,* pág. 33. *Una escritura pública de constitución unilateral de la hipoteca, aceptada, pero no inscrita en el Registro,* según Blasco Gascó, *produciría los siguientes efectos:* no hay derecho de hipoteca pero sí la posibilidad de inscribir el título y constituir la hipoteca si lo solicita cualquier persona legitimada según el artículo 6 LH, incluido el beneficiario. No se dispone de la acción ejecutiva hipotecaria pero sí de la derivada de la escritura pública. Tampoco se dispone de prelación hipotecaria respecto de su crédito, pero sí de la que pueda derivar de la escritura. *Finalmente, en el procedimiento concursal [declarado e inscrito antes de la inscripción de la hipoteca], el crédito para cuya garantía se otorgó la escritura pública de*

Si el asiento de presentación de la hipoteca es de fecha posterior al asiento de presentación del mandamiento que ordena inscribir el auto de declaración del concurso, es evidente que en la fecha de la declaración de concurso, que es la que deben tomar en consideración los administradores concursales para calificar los créditos del concursado, el crédito de los acreedores aceptantes de la hipoteca *no era un crédito privilegiado, sino ordinario. «En dicha fecha, la hipoteca no estaba aún constituida, ni siquiera había accedido al Registro de la Propiedad: no había causado, en definitiva, asiento de presentación. Por tanto, la aceptación, los efectos retroactivos de esta, no pueden ir más allá de la fecha de acceso al Registro de la hipoteca unilateral y tal fecha no es sino la de su asiento de presentación no cancelado.*

…Todo lo anterior no significa que la hipoteca no exista [salvo que se declare nula por defecto material como falta de causa o se rescinda por fraude de acreedores y vulneración de la par conditio creditorum] *sino que el crédito o los créditos garantizados no se deben calificar como privilegiados en la lista confeccionada por la administración concursal». No gozará de los derechos de abstención y de ejecución separada porque la calificación de los créditos deben realizarla los administradores concursales a la fecha del auto declaratorio del concurso.*

Es más, el TC se pronunció al respecto en STC 41/1986, de 2 de abril de 1986. La Audiencia Territorial había entendido que el título hipotecario con el que se había iniciado ejecución hipotecaria separada carecía de valor, por haber sido inscrito después de la suspensión de pagos, esto es, que los acreedores que no ostentan la condición de privilegiados al tiempo de tener por solicitada la suspensión de pagos no pueden ejercitar separadamente acciones de ningún tipo para el cobro de sus créditos. El Banco recurrió en demanda de amparo al TC por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, por habérsele negado la satisfacción de su derecho a través del procedimiento de ejecución hipotecaria. Sin embargo el TC concluyó, desestimando el recurso de amparo que:

«…lo que aquí se discute es si la eficacia erga omnes *de la escritura de hipoteca, con base en la cual el procedimiento se inició, puede ser examinada por el juez que conoce y tramita el procedimiento y conoce la ejecución de dicha hipoteca. Y así planteado en sus estrictos términos el problema, hay que señalar que cualquiera que sea la respuesta que se estime más correcta desde el punto de vista del Derecho Hipotecario, los Tribunales, al tomar la decisión de sobreseer el proceso, por considerar que la plena eficacia de la hipoteca era posterior a la suspensión de pagos no violan el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando este dispone de otros procedimientos para hacer valer, en definitiva, su derecho».*

¿Qué efectos tienen, entonces, la hipoteca y la prenda inscritas con posterioridad a la resolución judicial de declaración del concurso? Solo si se produce el archivo o el sobreseimiento del expediente concursal, tales créditos estarán garantizados, en su caso, por la hipoteca. Por tanto, podría decirse que se trata de una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del expediente de concurso, pero en ningún caso, los créditos que garantizan son un crédito privilegiado a efectos de concurso[41].

No obstante, se hace preciso indicar también, que la proximidad entre el otorgamiento de la escritura de hipoteca unilateral y la solicitud de la declaración de concurso pueden hacer pensar o bien en un otorgamiento de las garantías reales sin reflexión jurídica suficiente o bien la constitución en fraude de

---

hipoteca no puede ser calificado como crédito privilegiado [art. 90.2 LC], ni el acreedor gozará de los beneficios de abstención y de ejecución separada (Blasco Gascó, *op. cit.,* págs. 42 y 43).

[41] *Op. cit.,* págs. 61 y 62 y 71, 73, 74 y 75.

acreedores, de aquellos acreedores a cuyo favor no se constituyó la hipoteca[42], extremo este último que podría, en unión con la eliminación de la retroacción de la quiebra, a entender que la solución práctica más conveniente al problema planteado podría ser otra.

Finalmente, «siempre que no conste registralmente la aceptación de la hipoteca de constitución unilateral al tiempo de la declaración de concurso, *el acreedor beneficiario verá anuladas sus posibilidades de provocar mediante la aceptación de la hipoteca su salida del procedimiento concursal en virtud del ejercicio del derecho de ejecución separada…*»[43], *pues sería preciso que el privilegio material y procesal anejo al crédito hipotecario (arts. 55, 56 y 90 LC), se hubiera obtenido por el acreedor antes de la declaración de concurso. Inscrita esta declaración, le perjudica. Si bien, quizás en este caso la solución se torna más dudosa, debido a la retroacción de los efectos de la aceptación (para la cual no hay plazo), a la fecha de la inscripción de la hipoteca.*

2. Desde la calificación de las limitaciones patrimoniales del concursado como prohibiciones *judiciales* de disponer y de administrar que recaen sobre los bienes integrados en la masa activa del concurso

En este supuesto, la solución práctica al problema en estudio se diversifica en dos, en función de los efectos hipotecarios que se anudan a las prohibiciones judiciales de disponer inscritas.

A) *La inscripción de concurso no impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada con anterioridad*

De acuerdo con el artículo 17 LH, el principio de prioridad impediría despachar un título de fecha igual o anterior que se oponga a otro ya anotado o inscrito. La prohibición de disponer (voluntaria), al tener eficacia real, se rige por los principios del sistema registral y por ello es un obstáculo registral para el despacho de títulos contradictorios aunque tengan fecha fehaciente anterior. «En esto se diferencian de las anotaciones de embargo, que por imperativo de los artículos 44 LH y 1923 del Código Civil, tan solo confieren preferencia respecto de actos posteriores, sin impedir la preferencia de los actos dispositivos anteriores *inscritos con posterioridad, que excluirán la ejecución (dado el principio de responsabilidad por deudas con el patrimonio del deudor, que excluye del apremio los bienes no integrantes en dicho patrimonio).* Y es que mientras que las anotaciones de embargo recogen un crédito personal cuya satisfacción tratan de asegurar —constituyendo una excepción al sistema, caracterizado por el acceso al Registro solo de los derechos reales—, las prohibiciones de disponer [voluntarias] tienen verdaderamente eficacia real, y en consecuencia se rigen por los principios del sistema, entre ellos el de prioridad registral del artículo 17 LH».

Ahora bien, si hablamos de *anotaciones preventivas de prohibición de disponer judiciales o administrativas,* habría que tener presente el artículo 44 de la LH, que se remite a la preferencia del artículo 1923 del Código Civil en el caso del artículo 42.4.º LH, precepto este último que hay que interpretar correctamente,

[42] *Op. cit.,* pág. 80.

[43] Serra Rodríguez, A., «La hipoteca unilateral», *op. cit.,* págs. 203 a 205.

circunscribiéndolo precisamente al supuesto de anotación de prohibición judicial o administrativa[44].

En este sentido, señalan ROCA SASTRE y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, «la *finalidad* de la anotación preventiva de enajenar es *impedir* que durante la *sustanciación del juicio, proceso o expediente* el propietario de una finca o titular de un derecho real inmobiliario *pueda disponer* de los mismos. Por ello la anotación preventiva de prohibición de enajenar constituye una excepción a lo establecido por el artículo 71 de la LH [los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación].

…La *naturaleza jurídica* de la anotación preventiva de prohibición de enajenar es la de ser una *medida cautelar que priva, durante la sustanciación de un juicio, proceso o expediente, del poder de disposición al demandado respecto de aquellos de sus bienes anotados preventivamente, para el aseguramiento de la efectividad de la resolución que, en definitiva, se dicte.*

Los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar son, naturalmente, los de impedir que en el Registro de la propiedad puedan inscribirse o anotarse los actos dispositivos entre vivos de la propia finca o derecho objeto de la anotación, siempre que sean otorgados con posterioridad a tal anotación por su propietario o titular, debido a que esta anotación preventiva está comprendida en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Luego no puede constituir obstáculo para la inscripción o anotación de tales actos dispositivos cuando estos se hayan otorgado con anterioridad». Lo dicho se desprendería del artículo 145 RH *a sensu contrario,* en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente, pues ello presupone que *no impide los realizados con anterioridad*. Señala además expresamente el citado precepto que *la anotación no será obstáculo para los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación, como son los que emanen de derechos de hipoteca, retracto convencional u otros derechos reales anteriormente inscritos*[45].

Sentado lo anterior, parecería evidente que la anotación (hoy inscripción del concurso), al tener la naturaleza de una prohibición judicial de enajenar, no cerraría el acceso al Registro de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la anotación, en aplicación del artículo 145 RH a *sensu contrario* y de los artículos 44 y 42.4.º LH, en relación con el 1923 del Código Civil, de manera que tal inscripción de la declaración de concurso solo otorgaría prioridad registral y cierre registral (art. 17 LH), sobre los actos otorgados con posterioridad (sin respetar la prohibición judicial, arts. 40 LC y 21.1.2.º LC).

El único problema que se plantearía es, en relación con las escrituras de hipoteca otorgadas con anterioridad a la inscripción de la declaración de con-

---

[44] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992, págs. 212 y 213.

[45] Artículo 145 LH: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4.º del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a esta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación». ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario,* 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día. Tomo VI. Bosch, Casa Editorial, S. A., 8.ª ed., Barcelona, 1997, págs. 473 a 475.

curso, si siendo la inscripción de la hipoteca *constitutiva*, habría que considerar que el acto dispositivo de constitución de la hipoteca (unilateral, en nuestro caso), realmente es *anterior* a la anotación preventiva de la prohibición judicial de enajenar (anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso (art. 24.4 LC), y por lo tanto, debe admitirse libremente su inscripción o por el contrario, al ser un acto dispositivo, posterior, por conformarse la disposición con la inscripción, sería preciso exigir la conformidad de la administración concursal y la autorización judicial (art. 40 y 43 LC).

Para dar respuesta a esta cuestión, tendremos presente la Doctrina de la DGRN. En relación con una hipoteca convencional y el Derecho anterior a la Ley Concursal de 2003, la DGRN había sentado lo siguiente en RDGRN de 24 de abril de 1959:

Los hechos que dieron lugar a tal resolución pueden resumirse del siguiente modo. El 14 de junio de 1957, don José Ramón concedió a don Ángel un préstamo de cien mil pesetas, por plazo de un año a contar de la fecha de la escritura, a un interés del 6 por 100 anual, en cuya garantía don Ángel hipotecó una casa de su propiedad. La escritura fue presentada por primera vez a Registro el día siguiente de su otorgamiento, y una vez comprobada la no existencia de cargas anteriores sobre la finca, se entregó el capital del préstamo. La escritura se retiró para pagar el Impuesto de Derechos Reales, caducando su asiento de presentación. Por auto de 5 de agosto de 1957, se declaró la quiebra de don Ángel, ordenándose la inscripción en el Registro de la Propiedad de la incapacidad del quebrado. Presentada la escritura por segunda vez el 12 de septiembre de 1957, el Registrador suspendió la inscripción, *por haberse despachado previamente un mandamiento judicial declarando en quiebra al hipotecante* y no resultar de dicho mandamiento que el préstamo hipotecario de dicha escritura figurase o no entre los actos afectados por la retroacción de la quiebra, *tomándose anotación preventiva por defecto subsanable por plazo de 60 días durante el cual el acreedor o la representación del quebrado podrán justificar lo procedente para subsanar el defecto*.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo. Reproducimos a continuación por su interés, literalmente, los argumentos aportados por el Notario autorizante, el Registrador y la DGRN que demostrarían la controversia existente en cuanto al tema en estudio y los diversos puntos de vista adoptados a favor de una u otra solución jurídica al problema.

El Notario autorizante de la escritura alegó: «Que el auto de declaración de quiebra, *se refiere concretamente a la capacidad del quebrado para administrar y disponer de sus bienes conforme al artículo 878 del Código de Comercio, por lo que la cuestión jurídica planteada es la de la capacidad de don Ángel, para recibir el 17 de junio un préstamo hipotecario que le fue concedido por don José Ramón, y mientras no se demuestre que carecía de ella, en la pieza de retroacción de la quiebra no puede negarse la inscripción de la escritura*; *que la anotación preventiva de autos de declaración de suspensión de pagos, concurso o quiebra, no se equiparan según un ilustre tratadista a la prohibición de disponer del titular de los bienes*; que si se pudieran equiparar, *habría que estar a lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario* y sentencia de 22 de marzo de 1943, que fija el alcance de la prohibición de enajenar con referencia a otra sentencia de 21 de febrero de 1912; y que la calificación recurrida suspende la inscripción cuando es evidente que la posible retroacción de la quiebra más bien daría lugar a una condición resolutoria, por lo que *procede inscribir la escritura sin perjuicio de lo que se acuerde en su caso en la pieza de retroacción*».

El Registrador de la propiedad informó: Que como la escritura de préstamo hipotecario fue presentada por primera vez en el Registro el 15 de junio de 1957, el asiento de presentación caducó el 30 de agosto siguiente; que entonces se procedió a dar cumplimiento al mandamiento judicial, en el que «se declara en estado legal de quiebra necesaria al comerciante don Ángel, y se retrotraen sus efectos «*al día en que aparezca haber cesado el quebrado en el pago de sus obligaciones corrientes*», que bajo esta limitación se presentó nuevamente, el 12 de septiembre de 1957, la escritura de préstamo hipotecario que fue calificada con la nota recurrida; *que no niega que don Ángel tuviese en la fecha del otorgamiento de la escritura de préstamo capacidad plena, pero en cuanto a que el acto sea inscribible sin perjuicio de los efectos de la retroacción de la quiebra, discrepa del criterio del recurrente*; que su opinión se apoya en un atento estudio del artículo 878 del Código de Comercio, en relación con el 18 de la Ley Hipotecaria; que el dato pedido en la nota calificadora solo puede suministrarlo el juez que entienda en el procedimiento, según lo expuesto por los acreedores en el escrito en que solicitaron la calificación de quiebra, conforme a lo establecido en el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, vigente en esta materia; *que aun respetando la docta opinión alegada por el recurrente, según la cual no deben equipararse la anotación preventiva de quiebra y la prohibición de disponer, es evidente que se corresponden, según el Reglamento Hipotecario, artículo 142, en relación con el número 4 del 42 de la Ley, y doctrina sentada en las Resoluciones de 7 de junio de 1920 y 7 de marzo de 1893*; *que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario* es una novedad de la última reforma y su interpretación no es tan clara como pretende el recurrente, *estimando un ilustre comentarista del citado texto, que la declaración de quiebra cierra el Registro durante el periodo de retroacción de la misma, que, por consiguiente, es preciso, fijar previamente; y que la sentencia de 22 de marzo de 1943, sienta efectivamente el principio general de que la anotación de prohibición de enajenar no cierra el Registro a los actos dispositivos del titular, anteriores a su fecha, pero en el caso de quiebra, el interés público se sobrepone a los principios registrales y el cierre del Registro se extiende al periodo que se señale de retroacción de la quiebra, de tal manera, que solo las transmisiones realizadas con anterioridad podrían llevarse al Registro, y el informante procedería a inscribirlas a pesar de la prohibición*.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe.

En cuanto a la DGRN, resolvió del siguiente modo:

«Vistos los artículos 874 a 883 del Código de Comercio; 1.º, 38 y 42 de la Ley Hipotecaria; 142 y 145 del Reglamento para su ejecución; las sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 1905, 16 de febrero de 1933, y la Resolución de este Centro de 7 de junio de 1920.

PRIMERO. Que al haber dejado caducar el asiento de presentación en el Registro de una escritura de préstamo con hipoteca, que fue retirada para la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, la cuestión que plantea este expediente queda reducida a decidir *si podrá inscribirse dicha escritura después de haberse anotado un mandamiento que declara la quiebra del deudor y la nulidad de los actos dispositivos que hubiere realizado durante el periodo sospechoso*.

SEGUNDO. Que el Código de Comercio procura proteger los intereses de los acreedores del quebrado y evitar que el insolvente, con su conducta, pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquellos, y por ello decreta en el párra-

fo 2.º del artículo 878 la indisponibilidad patrimonial *no solo desde el momento de la declaración de quiebra, sino que retrotrae los efectos y declara la nulidad de todos los actos realizados durante el periodo sospechoso,* es decir, a partir de la fecha que el juez determine como momento en que realmente cesaron los pagos por parte del comerciante, de tal suerte que los Síndicos pueden reclamar los bienes que se hallaren en poder de terceros y disponer de ellos como si estuvieren bajo el dominio del quebrado, *cuando la declaración sea una confirmación tardía de una situación de insolvencia precedente*.

TERCERO. Que esta posición, justificada por la naturaleza propia de las relaciones mercantiles y un elemental deseo de protección de los intereses en conflicto, puede dar lugar, cuando se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de titulares comerciantes, a situaciones especiales que requieren una cuidadosa aplicación de las normas, a fin de que no resulten perjudicados otros intereses igualmente dignos de amparo, como son los de aquellos titulares que inscribieron sus derechos con los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que se hallan protegidos por el principio de la fe pública registral.

CUARTO. *Que si bien no ofrece dificultades la solución, que deberá ser necesariamente negativa, en los supuestos en que el tercero adquiera su derecho después de practicada la anotación de quiebra por aparecer en el Registro la falta de disponibilidad del titular inscrito, no resulta tan evidente cuando el acto se hubiere otorgado con anterioridad a la anotación y se presentase a inscripción con posterioridad, toda vez que podría estimarse, por la indeterminación del auto judicial acerca de la fecha a que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra, que el acto dispositivo se había realizado dentro de dicho periodo.*

QUINTO. Que la finalidad del Registro de la Propiedad de asegurar el tráfico jurídico se menoscaba por el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, que puede perturbar situaciones consolidadas al establecer un sistema de retroactividad, peligro que aumentaría si no se fija exactamente la fecha a partir de la que comienza, por lo que ha declarado la jurisprudencia imprescindible que se determine por el juzgador el momento preciso en que el comerciante sobreseyó el pago corriente de sus obligaciones, y *tanto si se estima la declaración de quiebra como una incapacidad, como si constituye una prohibición de enajenar, es lo cierto que producirá efectos en el Registro solo respecto de los actos realizados por el quebrado posteriores a la declaración o a la fecha a que deba retrotraerse la misma*.

SEXTO. *Que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve tanto por el artículo 1875 del Código Civil, como por los 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor, no permite que se pueda acceder a la pretensión de la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, deducida por el interesado, cuando la capacidad del deudor hipotecante aparece en el Registro limitada por la anotación practicada para hacer constar que ha sido declarado en quiebra*».

Por los argumentos expuestos, la DGRN acordó *confirmar el Auto apelado*. Ello supone que la DGRN confirmaba la nota de calificación del Registrador que *suspendía la inscripción por defecto subsanable,* por lo que en el fondo entendía que si la escritura de préstamo hipotecario fuese *anterior a la fecha de la retroacción de la quiebra, podría causar asiento en el Registro, pese a la anotación preventiva de la declaración de quiebra y a pesar del carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, y pese a lo dispuesto en los artículos 1035, 1036, y 1073.1.º y 7.º del Código*

de Comercio de 1829, relativos a las funciones de los síndicos como consecuencia de que el quebrado quedaba de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra.

Aplicando dicha doctrina a la situación legal presente, cabría señalar que aun considerando la inscripción de la declaración de concurso como un asiento semejante a una anotación preventiva de prohibición judicial de enajenar, la escritura de hipoteca convencional otorgada antes de la declaración de concurso, podría ser objeto de inscripción registral y lo mismo la escritura de hipoteca unilateral, presentada por el hipotecante (único legitimado para inscribir, en principio), pues no habría razón jurídica de peso para otorgar a una y otra un trato diverso a este respecto, en la medida en que en ambas la inscripción es constitutiva. Confirma esta idea la RDGRN de 8 de julio de 2010.

Mediante escritura de *12 de mayo de 2004*, complementada por otra de 31 de mayo del mismo año, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada, aportando D. F. L. J., como contraprestación por las participaciones asumidas en la sociedad, determinados bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad.

Al ser presentada la escritura a Registro el 18 de mayo de 2009, resultó que en cada una de las fincas aportadas existían tomadas el 1 de julio de 2005, sendas anotaciones de prohibición de disponer (practicadas en los años 2005 y 2008), ordenadas como medida cautelar, entendiendo el Registrador que debía suspender la inscripción de la escritura de aportación a la sociedad, a favor de esta.

El apoderado de la sociedad mercantil a la que se aportaron los inmuebles interpuso, el 30 de julio de 2009, recurso contra la anterior calificación, alegando que *al ser la escritura de fecha anterior a las anotaciones y al no haber sido parte en los procedimientos civiles ni el aportante ni la sociedad constituida, no existía impedimento alguno a la inscripción, pues la transmisión del dominio tuvo lugar con anterioridad a dichas anotaciones.*

En su Resolución, la DGRN sienta importantes afirmaciones. Así señala que «conforme al artículo 26.2.ª de la Ley Hipotecaria, las prohibiciones de disponer o enajenar que tengan su origen inmediato en alguna resolución judicial o administrativa "serán objeto de anotación preventiva", previsión que enlaza con la norma del artículo 42, número 4 de la misma Ley al disponer que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro "el que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera con arreglo a las Leyes, providencia... prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles", *si bien estas últimas son solo las anotaciones más comunes, pero no las únicas o exclusivas que pueden practicarse al amparo del citado artículo 26.2.ª, posibilidad que se extiende* a las que tengan su origen en resoluciones administrativas, en los casos en que así esté previsto por una norma especial, *y las acordadas en otro tipo de procedimientos, como el juicio* ejecutivo, *concursal*, de división de herencia, etc., así como en procedimientos ajenos a la jurisdicción civil (cfr. v.gr. art. 13 de la LECRIM). *En todo caso, se trata de una medida cautelar que priva, durante el periodo en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta*, y sujeta a los trámites y requisitos fijados por los artículos 730 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el caso de los acordados en procedimiento civil» (*De estas afirmaciones puede concluirse que la anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso se verifica al amparo del artículo 26.2 LH; que tiene la naturaleza de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer y que*

es reflejo registral de la privación del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación).

Señala también la Resolución que, desde antiguo, se ha cuestionado la determinación de los efectos de tales anotaciones, *existiendo dos corrientes al respecto*.

La primera corriente, poniendo en relación el artículo 44 LH, con el artículo 1923 del Código Civil, entendía, por analogía, que las prohibiciones anotadas *solo tienen preferencia frente a títulos posteriores, no afectando a los actos dispositivos anteriores* (STS de 7 de febrero de 1942). *Indicaba que si bien el artículo 71 LH, excepcionaba el artículo 17 LH en su eficacia de cierre del Registro, y confirmaba su eficacia relativa o de atribución de preferencia o prelación de rango para las anotaciones preventivas, las anotaciones preventivas o de prohibición de disponer suponían una especialidad frente a tal regla*, pues como señalaba la STS de 7 de febrero de 1942, al tener la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi*, «*no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad*», *los actos y contratos realizados en su contradicción mientras está vigente son nulos, sin que por lo tanto puedan acceder al Registro. Ahora bien, dicha prohibición no excluye la validez civil de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva y que son presentados después* (STS de 2 de marzo de 1943). Producida la reforma del RH de 1947, por medio de la cual se introdujo el artículo 145 RH, y cuya finalidad era clarificar los efectos derivados de esta modalidad de anotaciones, de dicho precepto se deriva el efecto de *cierre temporal del acceso al registro de los actos dispositivos realizados por el titular después de la anotación*, por exigencias derivadas el procedimiento en que se ha acordado como así lo había declarado reiteradamente la DGRN en Resoluciones de 27 y 28 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 30 de enero de 1931 y 8 de mayo de 1943). En cuanto a los actos dispositivos anteriores, la doctrina de la DGRN había tendido, *no sin vacilaciones*, a una interpretación según la cual, *la anotación no producía cierre registral para los actos dispositivos anteriores, «si bien, no sin alguna excepción, impuesta por las particularidades del caso concreto resuelto»* [así RDGRN de 8 de mayo de 1943 (enajenación realizada por un albacea antes de la anotación, pero habiendo sido decretada la anotación en juicio instado por los herederos para la remoción del albacea), anterior a la reforma que introdujo el art. 145 LH]. Ahora bien, *mayoritariamente*, tras la reforma que introdujo el artículo 145 LH, la doctrina habría interpretado *a sensu contrario* el nuevo artículo 145 RH (esto es, en el sentido de que al impedir el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, *a sensu contrario*, se permitiría el acceso registral de los anteriores). Precisamente, como esta consecuencia se daba por sobreentendida en el precepto, este solo precisó que salvaba del cierre los actos dispositivos derivados o que se apoyasen en asientos registrales anteriores a la anotación (en una inscripción de hipoteca, de retracto convencional, de opción de compra, en una anotación preventiva de embargo, etc.). Además se argumentaba que si se adoptase otra posición, el cierre del Registro a actos dispositivos anteriores, ello haría resentirse el principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistal. Por otro lado, como el artículo 145 RH constituiría una excepción al artículo 71 LH para los actos dispositivos *posteriores a la anotación*, *resultaría confirmada la regla general en materia de anotaciones (art. 71 RH) para los casos no incluidos en la excepción*, con arreglo al principio *exceptio confirmat regulam in casibus no exceptis*.

«Esta situación —señala literalmente la DGRN— puede, a su vez, estar sujeta a algún régimen de excepción, como sucedió hasta la reciente reforma

concursal de 2003, aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *en el caso de las anotaciones de prohibición de enajenar decretadas en juicios de quiebra*, en cuyo caso *su energía para cerrar el Registro era mucho más potente que en los demás supuestos, dado que, como ya dijera la antigua Resolución de 7 de junio de 1920, se producía el cierre del Registro para los actos del quebrado, posteriores no solo a la declaración de la quiebra, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma. Pero, de nuevo, la excepción confirma la regla general de los casos no exceptuados: en ausencia de retroacción sustantiva de la prohibición de disponer para el caso concreto, impuesta por el ministerio de alguna norma que por lo excepcional ha de ser expresa y clara en cuanto al mandato de retroactividad, el cierre registral no alcanza a los actos anteriores a la prohibición*».

Esta interpretación del artículo 145 RH (introducido por el Reglamento de 1947) habría sido asumida por la DGRN en sus Resoluciones de 7 de febrero de 1959, apoyada en los precedentes de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928 —*anteriores a la reforma de 1947*— y de 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952 —*ya posteriores a dicha reforma*—. En la Resolución de 7 de febrero de 1959 afirma que «la anotación de prohibición de enajenar, establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efectos, al privar al titular de realizar actos dispositivos, *pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y de reiterada doctrina de este Centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación*, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de validez o nulidad de los títulos».

Más recientemente, las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, se pronuncian en el mismo sentido declarando que «el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores. Algo, por lo demás, plenamente consecuente con la naturaleza instrumental de la anotación preventiva que despliega sus efectos frente a terceros —no se olvide— como enervante de la fe pública del Registro».

Sobre la base de todos los argumentos expuestos anteriormente, concluye la RDGRN que resumimos de 8 de julio de 2010 que:

«…Por consiguiente, *no teniendo reflejo tabular dicha anotación preventiva (siquiera en el Libro Diario) al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta [de aportación a la sociedad], sino tiempo después, aquella no puede provocar el cierre registral respecto de dicho título, por lo que, en este concreto apartado, la nota de calificación debe de ser revocada*». Con ello, la doctrina de la DGRN sería ecléctica, en sus propias palabras, pues no se impide el acceso al Registro del título adquisitivo anterior a la anotación, *pero tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición sino que esta se arrastrará*.

«*Esta solución, además —continúa señalando la RDGRN de 8 de julio de 2010— guarda concordancia armónica con otras disposiciones más recientes como la del artículo 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que prevé la sus-*

pensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, en los casos de concurso necesario, sin que ello impida el acceso registral de los actos realizados por el concursado con anterioridad (cfr. arts. 24 y 43.2), criterio que, por lo tanto, viene a coincidir con el del artículo 145 del Reglamento Hipotecario para los casos de anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer. Así lo ha entendido recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en un supuesto en el que se debatía la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita, debate que resolvió en sentido afirmativo la referida Resolución argumentando que «el hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor —titular registral—.

En efecto, la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley» (art. 24.4 de la Ley Concursal). *Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales* (cfr. el art. 40.7 de la Ley Concursal, que solo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme).

Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —cfr. art. 76 de la Ley Concursal—, *y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración* (art. 71 de la Ley Concursal)».

Ahora bien, esta admisión de la inscripción del título previo se combina con la idea del *arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar (art. 84 LH y 726.2 LEC) [sobre la finca que ya es de su propiedad y no del demandado en el procedimiento en que se adoptó la medida]. Solo al juez corresponderá acordar la cancelación de la anotación preventiva, conforme a lo previsto en el artículo 83 LH, a la vista de las circunstancias del caso*, de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo, que se levantan a través de la tercería de dominio.

Concluye diciendo la RDGRN de 8 de julio de 2010, que la solución expuesta en relación con el caso ante ella planteado «es la solución que acogió también este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en el caso de *la venta realizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación preventiva, con el que guarda indudable analogía el caso ahora examinado, en la medida en que ambas anotaciones —la de declaración del concurso y de prohibición de disponer— producen un efecto de suspensión o restricción de las facultades de disposición sobre los bienes anotados de su titular. Con ello se logra un equilibrio de los intereses concurrentes que tiende a compatibilizarlos, en la medida en que tal compatibilidad es posible: la titularidad civil válida accede al Registro, y la anotación de prohibición se mantiene salvo que el adquirente obtenga resolución judicial favorable a su levantamiento, lo cual dependerá de la apreciación que realice el juez o Tribunal, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva y de la posibilidad o no de la obtención de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, en función de las concretas circunstancias del caso (cfr. art. 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*».

La DGRN revocó, pues, en esta Resolución de 8 de julio de 2010, la calificación negatoria del Registrador de la Propiedad, *permitiendo el acceso al Registro de la Propiedad de la escritura de aportación de bienes inmuebles a la sociedad.*

Según lo expuesto, cabría deducir que tanto en el caso de entenderse que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su capacidad de obrar, como en el caso de entender que afectan a su poder de disposición, por constituir prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, la solución jurídica en cuanto a su acceso al Registro sería la misma, pues en ambos supuestos debería admitirse, quedando la hipoteca subordinada al resultado del concurso, y sin tener el crédito que garantizase el carácter de crédito privilegiado y sin tener el acreedor hipotecario la posibilidad de ejercer el derecho de abstención o el derecho de ejecución separada. *Esta sería la opinión mantenida por la RDGRN de 2 de noviembre de 2011, que comentamos, y que vendría, por lo tanto, a coincidir, con la doctrina mayoritaria del Alto Centro Directivo.*

B) *La inscripción de concurso impediría el acceso registral de la escritura de hipoteca unilateral otorgada durante el periodo sospechoso*

Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado suponen una prohibición judicial de disponer para el mismo, puede llegarse a una solución práctica diversa de las anteriores, si partimos de las siguientes premisas.

La primera premisa consistiría en una interpretación diferente del artículo 145 LH, interpretación que también ha sido mantenida por la doctrina y por la DGRN (sería la segunda corriente, relativa a la interpretación de este precepto, a que aludía la RDGRN de 8 de julio de 2010).

En apoyo de dicha segunda corriente podría indicarse que la relación entre el artículo 44 LH y 1923 del Código Civil[46] no sería tan definitiva, ni tan segura

[46] El artículo 44 dispone que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y *cuarto* del artículo 42 LH tendrá para el cobro de su crédito *la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil*». Por su parte, el artículo 1923 del Código Civil *fija la preferencia solo en cuanto a créditos posteriores,* lo que ha permitido entender *por vía de analogía,* que las prohibiciones judiciales de disponer

la conclusión a la que se llega interpretándolos sistemáticamente y aplicando lo previsto en el artículo 1923 del Código Civil, por analogía, a la prohibición judicial de disponer, pues habría que tener en cuenta que este precepto *se refiere exclusivamente a los créditos anotados en virtud de mandamiento judicial por embargo, secuestro o ejecución de sentencias y, por lo tanto,* a sensu contrario, *no incluiría a los que hubieran obtenido providencia prohibiendo la enajenación de los bienes*.

Por otro lado, el artículo 145 RH *concretaría el principio de prioridad del artículo 17 LH respecto de la anotación de prohibición de disponer*, distinguiendo tres tipos de actos:

1.º Actos dispositivos *realizados, con posterioridad a la anotación,* sobre la finca anotada, los cuales no pueden acceder al Registro.
2.º Actos dispositivos basados en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de anotación. Estos actos, por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo, sí deben inscribirse.
3.º Actos dispositivos anteriores a la prohibición judicial de disponer que se presenten vigente esta en el Registro. *Por ser obviados en el artículo 145 RH, deben regirse por la regla general del artículo 17 LH (cierre registral a los títulos contradictorios de igual o anterior fecha), ya que no es aplicable el régimen del artículo 71 LH, por lo que no podrían acceder al Registro.* En otras palabras, la falta de claridad del artículo 145 RH, *al guardar silencio sobre los actos dispositivos anteriores a la anotación,* llevaría a aplicar el artículo 17 LH, *que premiaría al que antes acude al Registro, pudiendo además ser nulos desde el punto de vista del Derecho Civil los actos posteriores a la prohibición judicial aunque todavía no figurase inscrita*.

Esta segunda corriente en la interpretación del artículo 145 RH fue defendida por las RDGRN de 8 de mayo de 1943 y 28 de noviembre de 2008, entendiendo que el principio sentado en el artículo 17 LH impide despachar título alguno de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito (la prohibición judicial de disponer), y que dicha regla es aplicable a las medidas adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, *aunque sean objeto de anotación y no de inscripción*.

La RDGRN de 8 de mayo de 1943 versó sobre los siguientes hechos. Doña Cristina había fallecido el 6 de septiembre de 1941, nombrando albacea a don Rogelio. Este vendió un inmueble de la causante para atender a los gastos de entierro y funeral y otras atenciones de la testamentaría. Presentada la escritura de compraventa en el Registro, se *denegó la inscripción* por constar una anotación preventiva de prohibición de enajenar dicho inmueble. Don Rogelio interpuso recurso gubernativo, y el Registrador, en defensa de su nota, informó:

«Que está vigente una anotación preventiva de prohibición de enajenar la finca vendida, la cual se extendió en virtud de mandamiento judicial; que si bien el artículo 71 de la Ley Hipotecaria permite la enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo

---

anotadas *solo tienen preferencia frente a títulos posteriores, y que por tanto, no afectan a los actos dispositivos anteriores.*

favor se haya extendido la anotación, *el artículo 42 de la misma ley establece una excepción a la libertad de contratación cuando se obtenga providencia prohibiendo la enajenación de inmuebles, la cual constituye uno de los casos de limitación del poder dispositivo de los mismos*; *que su efecto inmediato es el de no poder ser inscrita ninguna enajenación de la finca anotada que realice la persona contra la cual se haya decretado la prohibición mientras no se resuelva la cuestión judicial y se cancele la anotación; que a diferencia de las meras anotaciones de embargo, la de prohibición de disponer produce la inalienabilidad de los inmuebles a que afecta, según han declarado las Resoluciones de 7 de marzo de 1893 y 19 de junio de 1922; que si el efecto inmediato no fuera este, no tendría razón de ser la inclusión en la ley de la referida anotación; que esta no implica la incapacidad de la persona, sino que le priva transitoria y provisionalmente de las facultades de disposición; que esta doctrina está sancionada en las citadas Resoluciones y en las de 15 de junio de 1884, 11 de enero y 7 de marzo de 1893, 7 de julio de 1900, 7 de junio de 1920 y 19 de julio de 1922; que cualquiera que sea la fecha de la enajenación de la finca cuya inalienabilidad se ordenó judicialmente en relación con la del auto prohibitivo, no procede inscribir la escritura de venta que se presente en el Registro después de haberse anotado el mandamiento judicial*; que el Registrador incurriría en responsabilidad si inscribiese dicha escritura desacatando el mandato del juez, cuyos fundamentos únicamente este se halla facultado para apreciar; que respecto a tales fundamentos, en el caso del recurso, solo cabe decir que la prohibición se decretó en autos de mayor cuantía, promovidos por don Luis y doña Ángela como herederos de doña Cristina, en los cuales se solicita, la remoción de don Rogelio del cargo de albacea; *que el argumento del recurrente, apoyado en las fechas de la escritura y del auto, está fuera de lugar, porque el Registrador debe observar el principio básico de que el primero en el tiempo es el primero en el derecho, y prueba de ello es que si la escritura de venta se hubiera presentado en el Registro antes del mandamiento, se habría denegado la anotación por figurar la finca registrada a favor de tercero*; que el cargo, de albacea es una forma de representación como el mandato, de mucha más importancia y trascendencia que este, el cual solo puede ser desempeñado durante la vida del mandante, quien lo puede revocar cuando le plazca; que por este motivo, la calificación hipotecaria, muy cuidadosa al apreciar las facultades de los mandatarios, debe ser *más rigurosa cuando se trata de las conferidas a los albaceas;* que con tal criterio los Registradores no hacen más que seguir las normas trazadas por la Dirección General, con arreglo a las cuales se deben exigir poderes muy concretos y especiales para la enajenación de inmuebles, ya se trate de ventas, de arrendamientos inscribibles, de cancelación de hipotecas, de segregaciones de fincas, etc., como puede verse en las Resoluciones de 19 de julio y 22 de septiembre de 1879, 24 de septiembre de 1891, 26 de octubre de 1904, 29 de mayo de 1907, 30 de octubre de 1919, 28 de julio de 1928 y 23 de febrero de 1929…».

La nota calificadora fue confirmada por el Presidente de la Audiencia *y luego por la DGRN que fundamentó su resolución del siguiente modo:*

«Vistos los artículos 675, 901, 902 y 903 del Código Civil; 20 y 42 de la Ley Hipotecaria; 105 de su Reglamento; las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1903 y 23 de octubre de 1925; las Resoluciones de este Centro directivo de 19 de abril de 1890, 7 de marzo de 1893, 21 de diciembre de 1901, 28 de noviembre de 1905, 7 de junio de 1920 y 19 de junio de 1922.

PRIMERO. Que la anotación preventiva de la prohibición de enajenar bienes inmuebles admitida por el número cuarto del artículo 42 de la Ley Hipotecaria puede, en primer lugar, ir encaminada a robustecer y asegurar un mandamiento de embargo, en cuyo caso no impide la práctica de posteriores inscripciones, *o puede, en segundo término, reflejar una situación procesal que por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal, o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar, cierra temporalmente el Registro, como si constituyera un obstáculo o precepto impediente y niega las ventajas de la inscripción a los títulos contradictorios de su finalidad que no gocen por otras razones de preferencia hipotecaria*.

SEGUNDO. *Que esta aproximación de los efectos de la anotación preventiva de la segunda clase a los característicos de la prohibición de enajenar [voluntaria] se halla también justificada por la fundamental razón de que la orden prohibitiva del juez más bien va dirigida en tales casos a evitar el acto ilegal o ilícito que a decretar su nulidad, y por la conveniencia de negar la entrada en los libros hipotecarios a las enajenaciones del quebrado o concursado, de los presuntos incapaces cuyas facultades se discuten y, en general, de las personas que por su representación en procedimientos universales pudieran introducir la confusión y la inseguridad en los asientos del Registro*.

TERCERO. *Que son naturales consecuencias de esta doctrina, relativa a las prohibiciones de la segunda clase, en primer lugar, la no aplicación del artículo 71 de la Ley Hipotecaria,* según el cual los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados sin perjuicio del derecho del anotante, a los títulos otorgados por las personas a quienes afecte la prohibición; *en segundo término, el cierre provisional de los libros hipotecarios presentados, como si la anotación fuera una verdadera prohibición ya inscrita, y, en fin, la atribución de una energía impediente al asiento practicado, que no puede ser contrarrestada por razón de la fecha anterior de los documentos presentados con posterioridad, y que, en el caso discutido, podría ser desvirtuada por decreto judicial en que se aprecien las circunstancias fundamentales*.

CUARTO. *Que si bien la escritura de venta de la casa en cuestión fue otorgada el día 14 de julio y el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial de la finca con prohibición de enajenarla fue expedido el 31 de agosto del mismo año, es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía, en el momento de presentar el título, un obstáculo fundamental que por el momento impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituidos*.

QUINTO. En cuanto al segundo defecto señalado por la nota recurrida, que del contexto de la cláusula discutida, en la cual se emplea el verbo vender sin limitación alguna, después de referirse el testador a los bienes relictos, de las amplias facultades conferidas al albacea contador partidor y del carácter universal del título, que abarca los inmuebles como los muebles, se deduce sin duda ninguna que *don Rogelio se hallaba autorizado para otorgar la escritura de compraventa, sobre todo si se tiene en cuenta que los herederos son mayores de edad y no gozan de la condición de legitimarios, así como que el precio había de destinarse a los gastos de entierro y funeral*».

Es decir, que aun considerando que el albacea tenía facultades suficientes para proceder a la enajenación de la finca, se confirma la denegación de la inscripción de la escritura en el Registro por entender que la prohibición

del artículo 42.4.º LH, en relación con el artículo 17, debe cerrar el registro a todo acto de enajenación ya sea anterior o posterior a la fecha de tal anotación (art. 24 LH), *por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal [y el concurso, nótese, es un juicio universal], o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar.*

En la misma línea se pronunció la RDGRN de 28 de noviembre de 2008.

Vendida el 16 de marzo de 2006 en escritura pública una parte indivisa de una finca rústica, cuando se presenta al Registro de la Propiedad, el 29 de abril de 2008, existe anotada una prohibición administrativa de disponer, como consecuencia de un expediente de disciplina urbanística, que se practicó el 31 de enero de 2007. El registrador *suspende la inscripción como consecuencia de esta prohibición de disponer;* el comprador recurrió entendiendo que no le debía afectar tal anotación por ser el contrato de compraventa *de fecha anterior a la anotación de prohibición de disponer*.

La RDGRN que resuelve el recurso *desestimándolo,* señala que «desde un punto de vista sustantivo, *la prohibición de disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer. Sin embargo, desde un punto de vista registral el principio de prioridad a que se refiere el artículo 17 de la Ley Hipotecaria impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito. Es el caso de prohibiciones de disponer de origen voluntario inscritas en el Registro de la Propiedad, donde la regla debe ser no solo el cierre registral a los actos dispositivos posteriores a la inscripción de la prohibición de disponer, sino también el de los actos dispositivos de fecha fehaciente anterior a la prohibición.*

Tratándose de medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, aunque sean objeto de anotación y no de inscripción, la solución debe ser la misma. La anotación preventiva de prohibición de disponer debe impedir el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación, criterio que ya sostuvo este Centro Directivo en su Resolución de 8 de mayo de 1943. En esto se diferencian claramente las anotaciones de prohibición de disponer de las anotaciones de embargo o de demanda, que no cierran el Registro a títulos anteriores (cfr. arts. 145 y 198 apartado 4 del Reglamento Hipotecario).

La única excepción que admite nuestro Reglamento es que las anotaciones preventivas de prohibición de disponer no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación (art. 145 del Reglamento Hipotecario). Está referido este precepto a las ejecuciones derivadas de asientos anteriores, que lógicamente no van a paralizarse por la existencia de una anotación posterior de una prohibición de disponer.

En el supuesto de hecho de este expediente se ha iniciado un expediente de disciplina urbanística y se ha anotado una prohibición de disponer como medida cautelar, que ha ganado prioridad registral, por lo que determina el cierre registral de todo acto dispositivo, anterior o posterior, *salvo que en vía administrativa se obtenga la correspondiente autorización o se levante administrativa o judicialmente la anotación de prohibición*, máxime teniendo en cuenta que por vía de enajenación de porciones indivisas puede igualmente estarse contraviniendo la legislación urbanística. Piénsese que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las

características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística y que esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca (art. 17.2 Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo)».

La doctrina, justificando el sentido diferente de esta resolución respecto de la doctrina mayoritaria de la DGRN, ha señalado que la particularidad del caso concreto venía dada porque afectaba a una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, lo que, a la vista de las circunstancias concretas del supuesto de hecho*, pudo dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden o interés público relevante, determinante del fallo de tal Resolución. Sobre la influencia de los motivos de orden público en la interpretación del artículo 145 RH volveremos después.*

Hemos indicado antes que si se partiese de determinadas premisas (una de las cuales es una interpretación diferente del art. 145 RH), podría llegarse a una solución práctica diversa para la problemática en estudio.

Una segunda premisa sería la siguiente. Parece que *el tratamiento de la hipoteca unilateral o de la convencional otorgada en escritura pública que pretende inscribirse cuando ya consta la inscripción de la declaración de concurso (y por lo tanto, la prohibición judicial de disponer y de administrar para el concursado), debería ser semejante al de una compraventa no consumada por la* traditio *en el momento de practicarse la anotación preventiva de la declaración de concurso*, en la medida en que, como señalaba ALBALADEJO, el negocio jurídico dispositivo de constitución de la hipoteca se compone de *dos elementos*: el otorgamiento de la escritura que contiene la declaración de voluntad del constituyente y la inscripción (constitutiva). Desde esta perspectiva, *no podría considerarse que el negocio jurídico dispositivo que se concluye con la inscripción de la escritura en el registro, fuese anterior a la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer y por lo tanto, tendría su acceso vedado al registro salvo si se subsanase el defecto de la falta de conformidad de la administración concursal y de la autorización del juez para la inscripción*.

En tercer lugar (tercera premisa), es evidente que el supuesto en estudio es diverso al de *una compraventa que se hubiese consumado antes de la inscripción de la declaración de concurso, pues en este caso, efectivamente el bien anotado habría salido de la masa activa del concurso antes de practicarse tal inscripción.* En cambio, en el caso de la escritura de hipoteca unilateral no inscrita con anterioridad a la inscripción de la declaración de concurso, el acceso posterior al Registro de tal escritura *gravaría un bien de la masa activa (minusvalorándolo), lo cual parece que exigiría un control por parte de la administración concursal. En efecto, la minusvaloración de un bien de la masa activa puede ser obstáculo para soluciones como convenios con propuesta de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, o para convenios de fusión o escisión de la persona jurídica concursada. Igualmente, puede dificultar un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos.*

Que el supuesto en estudio es diverso al de una compraventa consumada antes de la inscripción de concurso vendría indirectamente avalado por el Auto

de 14 de julio de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª *(JUR* 2009/417618)[47].

---

[47] En sus fundamentos de derecho señaló lo siguiente:

«PRIMERO.

La resolución de instancia declara la nulidad de la subasta de la finca hipotecada celebrada en fecha 14 de enero de 2004, y el sobreseimiento del presente proceso de ejecución instado por SEGEPIS, S. L., contra LAGARTO CONSTRUCTOR DE BARCELONA, S. L., y en consecuencia procede a su archivo; justificando tal decisión con la siguiente argumentación:

"Atendidos los anteriores precedentes, y centrándonos en los efectos que debe desplegar la anotación de la prohibición de disponer acordada por el Juzgado de Instrucción, número 10 de Barcelona, de fecha 14 de febrero de 2005, ratificada por sentencia dictada por la Sección 9.ª de la AP de Barcelona, de fecha 25 de junio de 2008, la prioridad tabular viene determinada, al disponerlo así el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, por la fecha del asiento de presentación. Tratándose de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer que traigan su causa en resolución judicial a las que se refiere el artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria con carácter general, el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores, en línea con la naturaleza instrumental del mismo.

En este caso, *la cesión del crédito que ampara al ejecutante, se formalizó en fecha 11 de octubre de 2006, y en consecuencia en fecha muy posterior a acceder al registro la prohibición ordenada por autoridad judicial en proceso penal (que accedió al registro en 14 de febrero de 2005) por lo que el cesionario, hoy ejecutante, era perfectamente conocedor (o debió serlo) al adquirir el crédito de la carga que afectaba a la finca hipotecada, al igual que la cesionaria de la adjudicación,* por lo que mal pueden invocar la buena fe que les haga merecedores de protección, *debiendo prevalecer la prohibición,* pues lo contrario, atendidas las circunstancias que concurren, sería posibilitar un efectivo fraude al interés general y orden público".

SEGUNDO.

Frente a tal resolución se alzan la ejecutante y la cesionaria de adjudicación insistiendo en que *la prohibición de disponer es posterior a la hipoteca ejecutada, y, por tanto, se trata de una carga posterior que no le puede afectar en la medida en que tiene absoluta preferencia respecto a lo que haya podido acordarse en instancias penales, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario y dado que: "El cesionario, como sujeto pasivo de la cesión de crédito garantizado con derecho real de hipoteca, no está realizando acto alguno de disposición sobre la finca,* con lo cual lo que deberemos analizar, en primer lugar, si el cedente, Caixa d'Estalvis del Penedés, *podía disponer de su derecho o estaba afecto a la prohibición de disponer anotada con posterioridad a su derecho. Es evidente que solo cabe una respuesta afirmativa a esta cuestión. La anotación de prohibición afecta al titular de la finca gravada, pero en modo alguno puede afectar al titular del derecho real anterior a esa anotación...* Concluyendo con todo lo que antecede decir, que la nulidad dictada mediante el Auto apelado vulnera lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario y el 1528 del Código Civil y concordantes...".

El Ministerio Fiscal se opone a los recursos mostrando su conformidad con la resolución apelada, "pues queda constancia:

— La anotación de prohibición de disponer fue acordada por el Juzgado de Instrucción, número 10 de Barcelona, en fecha 14 de febrero de 2005, ratificada por la sentencia dictada por la Sección 9.ª de la Audiencia de Barcelona, de fecha 25 de junio de 2008.
— *La cesión de crédito que ampara al ejecutante, se formalizó en fecha 11 de octubre de 2006, es decir, en fecha posterior al acceso al registro de la prohibición ordenada por la autoridad judicial, que accedió al registro en fecha 14 de febrero de 2005*".

TERCERO.

Planteado el debate en esta alzada en los términos referidos en el numeral anterior, debemos comenzar por precisar que las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar,

De esta resolución se desprendería que es la *inscripción de la hipoteca la que marca si el derecho real hipotecario tiene rango registral preferente o no sobre la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer* y no la fecha de la cesión del crédito hipotecario (que en este caso fue posterior a la anotación preventiva), por lo que *la enajenación verificada en ejecución de aquella hipoteca puede ser considerada como «basada en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación»,* determinando que una enajenación judicial posterior a la anotación de prohibición de enajenar, pero derivada de una *hipoteca inscrita antes de esa anotación*, sea perfectamente inscribible, *lo que, parece que* (a sensu contrario) *no ocurriría si la inscripción de hipoteca hubiera sido posterior a la anotación*. *Lo relevante, pues, cabría deducir de esta resolución, es que la hipoteca esté inscrita antes de la anotación preventiva de la prohibición judicial de disponer.*

Además (cuarta premisa), como se ha indicado antes en la RDGRN de 8 de julio de 2010, la anotación de la prohibición judicial de disponer, a la que es análoga la anotación de la declaración de concurso (ahora *inscripción*, tras las últimas reformas verificadas en la LC)[48], *supone la privación del poder de disposición del demandado-propietario.* Poder de disposición que parece debería ostentarse en el momento de practicarse la inscripción de la hipoteca, en la medida en que esta constituye un elemento más del negocio jurídico de disposición-constitutivo[49], y en la medida en que tal inscripción solo puede solicitarse en el caso de constitu-

---

judiciales o administrativas, no impiden la inscripción de los actos de enajenación o gravamen producidos con anterioridad a la existencia de tales anotaciones, conforme resulta del artículo 145 del Reglamento Hipotecario al prever con claridad dicho precepto que las mismas no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones preventivas, "basadas *en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación"; lo que aplicado al caso de autos, determina que una enajenación judicial posterior a la anotación de prohibición de enajenar, pero derivada de una hipoteca inscrita antes de esa anotación, es perfectamente inscribible.*

Sentado lo anterior, es de observar que la resolución de instancia no solo no cuestiona sino que más bien sostiene que el cierre registral derivado de la prohibición de disponer decretada en las actuaciones penales queda limitado "a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto a los anteriores, en línea con la naturaleza instrumental que despliega sus efectos frente a terceros como enervante de la fe pública del Registro"; de modo que solo parece predicar la improcedencia de la ejecución hipotecaria para el caso en que el ejecutante sea persona distinta del primitivo acreedor hipotecario y ello por entender que el cesionario del crédito conocía la prohibición de disponer.

Pues bien, no podemos compartir tal criterio en la medida en que la cesión del crédito hipotecario, que confiere legitimación a la entidad ejecutante para instar el presente proceso, supone que el cesionario se subroga en todos los derechos del cedente, y, por tanto, se le ha de considerar como titular de una inscripción anterior a la prohibición de disponer; y siendo ello así, se ha de insistir en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario expresamente prevé que las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar "no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación".

[48] Forma del asiento que puede identificar más los efectos de la inscripción de la declaración de concurso con los efectos de las inscripciones de prohibición voluntaria de disponer.

[49] La voluntad unilateral junto con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición que es base productora del nacimiento de la hipoteca, aunque en este caso se retrase tal nacimiento hasta la registración de la aceptación por el favorecido por ella. La inscripción no es mera forma de un acto privado, sino elemento del negocio jurídico, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública.

ción unilateral de hipoteca, por el propio dueño, en principio (pues la hipoteca se establece por *disposición del dueño de los bienes)*. Así, el artículo 138 LH señala que «son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas por disposición del dueño de los bienes* sobre que se establezcan y solo podrán constituirlas *quienes tengan la libre disposición de aquellos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes*».

Una quinta premisa consistiría en considerar que en el caso en estudio el verdadero problema en juego no sería tanto ni la construcción jurídica de la hipoteca unilateral, ni el problema de la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado, ni el carácter constitutivo o no de la inscripción, sino *la eliminación del periodo de retroacción de la quiebra y su sustitución por el ejercicio de las acciones rescisorias concursales de los actos perjudiciales para la masa del concurso* verificados en el periodo de dos años previos a la declaración de concurso. Bajo mi punto de vista, esta última modificación legislativa podría influir de manera definitiva a la hora de determinar al jurista a dar una u otra solución al problema planteado.

Es evidente que en un proceso concursal concurren *razones de orden público que están presentes en la regulación del mismo (recuérdese las razones de orden público de la RDGRN de 28 de noviembre de 2008)*; que la anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso en los Registros públicos, singularmente en el Registro de la Propiedad, *pretende garantizar los resultados del juicio universal (o sea, la mayor satisfacción posible de los acreedores)*; y que la seguridad del tráfico y de los resultados del concurso, harían aconsejable no introducir confusión en los asientos del Registro. Si tenemos además presente que suele recurrirse a la hipoteca unilateral en contextos de pre-crisis o crisis empresarial; que se *ha eliminado el control previo a la inscripción (que suponía la confrontación con la fecha de retroacción de la quiebra), en relación con los actos anteriores a la anotación de la declaración de quiebra que pretendían inscribirse después y que es conveniente dar una interpretación favorable a los intereses del concurso, por existir una razón de orden público en ello, podríamos llegar a la siguiente conclusión:*

Que, por lo menos, siempre que la escritura de hipoteca unilateral se hubiese otorgado en los dos años previos a la fecha de la declaración de concurso (periodo sospechoso), se haría precisa la autorización de la administración concursal y del juez del concurso para la registración de la escritura de constitución de hipoteca unilateral.

Ello tendría para el concurso la indudable ventaja de que *solo se producirían tales autorizaciones si se entendiese que la escritura de hipoteca unilateral no se otorgó en perjuicio de la masa activa del concurso, evitándose así la necesidad de plantear un incidente concursal para la rescisión del negocio jurídico constitutivo, lo que sería obligado en los supuestos de registración sin previa autorización, siempre que encajase el supuesto en el artículo 71.1 LC (salvo lo dispuesto en el art. 71.6 LC).*

Posiblemente, con esta interpretación, que gustosamente someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho, se conciliarían mejor los intereses del concurso con los intereses del acreedor beneficiario de la hipoteca unilateral, al que una inscripción rápida y sin ningún obstáculo de la escritura de constitución unilateral de hipoteca, evidentemente favorece.

Por lo tanto, el artículo 17, en relación con el artículo 145 de la LH, y ambos, con el artículo 24.4 y 71 LC, cerrarían, en todo caso, el registro a las escrituras de hipoteca unilateral anteriores a la inscripción de la declaración de concurso, otor-

gadas en el periodo sospechoso, mientras no se subsanase el defecto subsanable de la autorización de la administración concursal y del juez del concurso (argumento histórico y teleológico en la interpretación de las normas). Las otorgadas en fecha anterior podrían tener, en su caso, de consolidarse una línea jurisprudencial del TS y de la DGRN en esa dirección, libre acceso al Registro, si la consideración de las diferencias existentes entre el supuesto de escrituras de hipoteca no inscritas y transmisiones dominicales no inscritas antes de la inscripción del concurso, no condujese a soluciones diversificadas para uno y otro supuesto.

VI. CONCLUSIONES

1. La problemática de la escritura de hipoteca unilateral que se otorga antes de inscribirse la declaración de concurso y cuya registración se solicita con posterioridad, se puso de manifiesto en los hechos que dieron lugar a la RDGRN de 2 de noviembre de 2011. El Alto Centro Directivo entendió que la calificación de la *capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate; no en el momento de la inscripción, por lo que tal escritura tendría libre acceso al Registro [sin necesidad de autorización de la administración concursal y del juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC)].*
2. Se ha discutido doctrinalmente si las limitaciones patrimoniales que se imponen al concursado afectan a su capacidad de obrar o constituyen una prohibición de disponer y de administrar (que afecten a su legitimación para obrar).
3. Tras la nueva LC, lo más correcto sería entender que las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen una prohibición *judicial* (no legal) de disponer y de administrar los bienes integrados en la masa activa del concurso, prohibición impuesta en el auto de declaración de concurso, y que afecta a la legitimación para obrar (poder de disposición).
4. *La solución práctica a la problemática que fue objeto de la RDGRN, de 2 de noviembre de 2011, podría ser la misma (admisión sin obstáculo de la registración de la escritura), tanto si se entendiese que la declaración de concurso afecta a la capacidad del disponente, como si se entendiese que afecta a su poder de disposición (su naturaleza es la de una prohibición judicial de disponer), por aplicación en este caso de los artículos* 17 LH, en relación con el artículo 145 RH (*a contrario sensu*) y artículos 44 y 42.4.º LH y 1923 del Código Civil, aplicado este último por analogía a las anotaciones preventivas de prohibición judicial de disponer.
5. El crédito hipotecario así inscrito no sería crédito privilegiado en el concurso previamente declarado; el acreedor no gozaría del beneficio de ejecución separada; ni tampoco del derecho de abstención. La hipoteca quedaría supeditada al resultado del concurso.
6. Si se sostiene la tesis, minoritaria, de que los actos dispositivos anteriores a la anotación de la prohibición judicial de disponer, que se presenten vigente esta, *por ser obviados en el artículo 145 RH, deben regirse por la regla general del artículo 17 LH (cierre registral a los títulos contradictorios de igual o anterior fecha), ya que no es aplicable el régimen del artículo 71 LH, la escritura pública de constitución unilateral de hipoteca no podría acceder al Registro [salvo conformidad de los administradores concursales y del juez del concurso (RDGRN de 28 de noviembre de 2008)].*

7. Cabría sostener esta tesis, por lo menos, en el caso de escrituras de hipoteca unilateral *otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso)*, poniendo en relación el artículo 145 RH y 17 LH, con el artículo 24.4 y 71 LC (interpretación histórica y *teleológica* de los preceptos legales), para evitar al concurso la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (hipoteca unilateral utilizada en periodos de pre-crisis empresarial), *pues la administración concursal y el juez del concurso no autorizarían la inscripción de hipotecas unilaterales otorgadas en perjuicio de la masa activa del concurso*. Esta interpretación podría venir exigida por la supresión del control previo a la inscripción que suponía la retroacción de la quiebra y por la consideración de que la hipoteca es un derecho de constitución registral, que se constituye *por la inscripción tras la anotación del concurso*, y que provoca una depreciación del valor de un bien integrado en la masa activa, lo que afecta negativamente al concurso, al dificultar determinados contenidos del convenio o del plan de liquidación (debiendo ser autorizado por lo tanto, el gravamen, por el órgano judicial y la administración concursal).
8. Sería deseable la consolidación de una jurisprudencia hipotecaria y del Tribunal Supremo, sobre todo tras la promulgación de la LC, *en otros supuestos de escritura de hipoteca otorgada con carácter previo a la inscripción de la declaración de concurso, y cuya registración se pretende con posterioridad, por ser este supuesto distinto del de las transmisiones dominicales verificadas antes de la inscripción del concurso, y porque, a mi juicio, no puede verse una línea absolutamente consolidada en relación con la hipoteca*. En el caso de las transmisiones dominicales, el bien ya no forma parte de la masa activa al declararse e inscribirse el concurso. En el caso de la escritura de hipoteca no registrada, en cambio, el bien que se *pretende gravar (al inscribirla), forma parte de la masa activa del concurso, lo que determinaría que se pudiera exigir la autorización del juez y de la administración concursal. Esta consideración podría conducir a soluciones jurídicas diversas para ambos supuestos.*

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 3, núm. 1, 1950.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: «La hipoteca de constitución unilateral», en *Anuario de Derecho Civil,* núm. 4, 1994.

BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 43, junio de 2005.

BLASCO GASCÓ, F. DE P.: *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: «Declaración de quiebra: acumulación de las ejecuciones pendientes y efectos en el periodo de retroacción. Comentario a la RDGRN de 7 de enero de 1999 *(RJ* 1999/42)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, 1999.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «A propósito de la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (art. 40 LC)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* 1/2004.

CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. J. M.ª Bosch, editor, 1996.
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «La hipoteca unilateral», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. MUÑOZ CERVERA, M., y UBALDO NIETO, C. (coord.), vol. 2, Tomo 2, 1996.
FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B.: «Efectos del concurso», en *Memento práctico concursal, 2012*. Ediciones Francis Lefebvre, S. A. Madrid, 2011.
FUENTESECA DEGENEFFE, C.: «Hipoteca global e hipoteca de propietario en el Derecho alemán y las Resoluciones de la DGRN», en *Revista de Derecho Privado*, año núm. 96, mes 6.
GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, marzo-abril de 2012.
LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.*: Elementos de Derecho Civil,* III bis. *Derecho Inmobiliario Registral,* José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1984.
MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 6, 2005.
— «Comentario al artículo 40 LC», en *Comentario de la LC*. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (coords.), Civitas Ediciones, S. L., 1.ª ed. Madrid, 2004.
MONTÉS, V. L.: «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007.
PARRA LUCÁN, M. A.: «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», en *Base de Datos «Dialnet». Texto electrónico.*
PAU PEDRÓN, A.: *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2004.
— «La constitución unilateral de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 631, 1995.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
ROCA SASTRE, R., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario,* 8.ª ed., revisada, ampliada y puesta al día. Tomo VI. Bosch, Casa Editorial, S. A., 8.ª ed., Barcelona, 1997.
SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Hipoteca de constitución unilateral», en *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral*. Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Córdoba, vol. 1, 2010.
SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La hipoteca unilateral*, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 41/1986, de 2 de abril de 1986.
- STS de 10 de marzo de 1903.
- STS de 23 de octubre de 1925.
- STS de 7 de febrero de 1942.

- STS de 2 de marzo de 1943.
- STS de 17 de marzo de 1958.
- STS de 13 de julio de 1984.
- STS de 28 de octubre de 1986.
- STS de 15 de noviembre de 1991.
- STS de 9 de noviembre de 1991.
- STS de 19 de diciembre de 1991.
- STS de 1 de junio de 1992.
- STS de 12 de marzo de 1993.
- STS de 20 de septiembre de 1993.
- STS de 11 de noviembre de 1993.
- STS de 20 de octubre de 1994.
- STS de 20 de junio de 1996.
- STS de 28 de octubre de 1996.
- STS de 26 de marzo de 1997.
- STS de 18 de marzo de 1998.
- STS de 2 de diciembre de 1999.
- STS de 22 de mayo de 2000.
- STS de 12 de junio de 2000.
- STS de 14 de junio de 2000.
- STS de 8 de febrero de 2001.
- SAP de Salamanca (Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2011.
- Auto de 14 de julio de 2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª
- RDGRN de 19 de julio de 1879.
- RDGRN de 22 de septiembre de 1879.
- RDGRN de 15 de junio de 1884.
- RDGRN de 19 de abril de 1890.
- RDGRN de 24 de septiembre de 1891.
- RDGRN de 11 de enero de 1893.
- RDGRN de 7 de marzo de 1893.
- RDGRN de 7 de julio de 1900.
- RDGRN de 21 de diciembre de 1901.
- RDGRN de 26 de octubre de 1904.
- RDGRN de 28 de noviembre de 1905.
- RDGRN de 29 de mayo de 1907.
- RDGRN de 30 de octubre de 1919.
- RDGRN de 7 de junio de 1920.
- RDGRN de 19 de junio de 1922.
- RDGRN de 19 de julio de 1922.
- RDGRN de 27 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 28 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 30 de septiembre de 1926.
- RDGRN de 7 de enero de 1928.
- RDGRN de 28 de julio de 1928.
- RDGRN de 23 de febrero de 1929.
- RDGRN de 30 de enero de 1931.
- RDGRN de 8 de mayo de 1943.
- RDGRN de 31 de marzo de 1950.
- RDGRN de 22 de octubre de 1952.
- RDGRN de 7 de febrero de 1959.
- RDGRN de 24 de abril de 1959.

- RDGRN de 28 de febrero de 1977.
- RDGRN de 24 de enero de 1979.
- RDGRN de 28 de septiembre de 1983.
- RDGRN de 20 de enero de 1986.
- RDGRN de 19 de noviembre de 1987.
- RDGRN de 20 de noviembre de 1987.
- RDGRN de 22 de marzo de 1988.
- RDGRN de 7 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 8 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 14 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 19 de enero de 1993.
- RDGRN de 21 de septiembre de 2001.
- RDGRN de 7 de abril de 2005.
- RDGRN de 8 de abril de 2005.
- RDGRN de 18 de abril de 2005.
- RDGRN de 28 de noviembre de 2008.
- RDGRN de 3 de junio de 2009.
- RDGRN de 8 de julio de 2010.
- RDGRN de 8 de julio de 2010.
- RDGRN de 2 de noviembre de 2011.

RESUMEN

HIPOTECA UNILATERAL
INSCRIPCIÓN DE LA
DECLARACIÓN DE CONCURSO
REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Partiendo de la reciente RDGRN, de 2 de noviembre de 2011, la autora estudia la problemática que plantea el supuesto de escritura de hipoteca unilateral otorgada antes de la inscripción de la declaración de concurso y presentada a registro después. Tras un estudio de la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado (limitaciones que afectan a la capacidad de obrar o a la legitimación para obrar), la autora concluye que dicha naturaleza jurídica no incidiría en la solución en estudio, salvo si se considera que son prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, y se interpreta que su inscripción de acuerdo con el artículo 145 RH, en relación con el artículo 17 LH, cierra el registro a todo título anterior o posterior a la anotación de prohibición judicial de disponer practicada (salvo

ABSTRACT

UNILATERAL MORTGAGE
REGISTRATION OF BANKRUPTCY
DECLARATIONS
PROPERTY REGISTRATION

The recently issued resolution of the Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 2 November 2011 is food for a study of the problems posed when a deed of unilateral mortgage is executed before registration of the bankrupt's bankruptcy declaration but is submitted for registration itself afterward. The legal nature of the limitations imposed on the bankrupt (limitations affecting the bankrupt's ability to act or legal standing to act) are examined. It is subsequently concluded that the legal nature of the limitations would not affect the solution at issue, unless they were regarded as legal prohibitions against disposal and administration. The interpretation given is that registration of the limitations under article 145 of the Spanish Mortgage Regulation, in connection with section 17 of the Mort-

autorización). La autora considera que cabría sostener esta tesis, por lo menos, en el caso de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso), poniendo en relación el artículo 145 RH y 17 LH, con el artículo 24.4 y 71 LC (interpretación histórica y teleológica de los preceptos legales), para evitar al concurso la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (hipoteca unilateral utilizada en periodos de pre-crisis empresarial), pues la administración concursal y el juez del concurso no autorizarían la inscripción de hipotecas unilaterales otorgadas en perjuicio de la masa activa del concurso, y dada la eliminación del control, previo a la registración, de los títulos anteriores a la anotación de quiebra, que suponía la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra. Aparte de otras consideraciones.

gage Act, closes the possibility of registration for any title pre- or post-dating the caveat noting that the courts have barred disposal of the asset (save where authorisation to register other titles has been given). The author considers that this thesis could be upheld at least in the case of deeds of unilateral mortgage executed in the two years prior to the bankruptcy declaration (suspicious period), in view of the connection linking article 145 of the Mortgage Regulation and section 17 of the Mortgage Act with sections 24.4 and 71 of the Bankruptcy Act (historical and teleological interpretation of the law). This would avoid the need to rescind acts injurious to the bankrupt's assets (unilateral mortgage used before the business reaches the crisis point), because the receivers and the judge of the bankruptcy proceedings would not authorise the registration of unilateral mortgages made to the detriment of the assets at issue in the bankruptcy, and because of the elimination of the pre-registration check for titles pre-dating the bankruptcy caveat, which sets the date to which the effects of bankruptcy are retroactive. There are further considerations.

2. DERECHO MERCANTIL

*LA USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2012**

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y abogado

SUMARIO: I. LA RESPUESTA OFRECIDA A LA POSIBILIDAD DE LA USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—II. UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LA USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.—III. LA USUCAPIÓN MOBILIARIA EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LOS TÍTULOS VALORES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RESPUESTA OFRECIDA A LA POSIBILIDAD DE LA USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El tema de la usucapión de acciones de una sociedad anónima es una cuestión que no ha merecido un mayor interés en nuestra Doctrina, ni ha sido, por otro lado, objeto de fallo en nuestra jurisprudencia, como sin embargo sí ha tenido lugar en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012/10406).

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)[1] no se pronunció sobre la posibilidad y requisitos de la usucapión de acciones de una sociedad anónima, puesto que los adquirentes de unas accio-

---

* Este trabajo ha sido enviado para su publicación en la obra *Estudios en Homenaje al Profesor José María Miquel.*

[1] 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 y Código de Comercio. Acciones y usucapión», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 41, abril-agosto de 1996, págs. 677 y sigs.

nes 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.

Los hechos debatidos en esta sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1995, fueron los siguientes: con fecha 26 de enero de 1977, el Banco de Bilbao, y «Talleres Canal, S. A.», suscribieron póliza de préstamo por importe de diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas.), intervenida por corredor de comercio con garantía solidaria del actor Ricardo de la R. del B. El día 30 de junio de 1980, el Banco de Bilbao y Ricardo de la R. del B. suscribieron, ante corredor de comercio, contrato de prenda de las acciones números 1/17 y 41/278, propiedad del señor de la R. en la entidad ECISA, y 1/17 y 41/363 en la Entidad CIRSA, en garantía de las operaciones habituales de Banca y responsabilidades de ellos dimanantes, que actualmente o en lo sucesivo tuviese «Talleres Canal, S. A.». El día 24 de marzo de 1983, mediante escritura otorgada ante el notario de esta ciudad, don Manuel B. P., el Banco de Bilbao, como acreedor prendario, vendió las acciones pignoradas a los codemandados señores B. P. y D. T., en el precio de 17.230.085 pesetas, ya que el Banco estaba facultado en la póliza de pignoración de acciones para proceder a la enajenación de las mismas en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, siendo los compradores accionistas de las sociedades anónimas a las que correspondían tales acciones.

En función de lo anterior el pignorante instó la nulidad de la venta de las acciones al no haberse respetado los requisitos legalmente establecidos para la ejecución de la garantía pignoraticia. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, aunque la Audiencia Provincial estimó y declaró la nulidad solicitada. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo, declara la inadmisión del mismo, ya que las cláusulas en donde se permite la venta directa de las acciones por parte del acreedor pignoraticio no son válidas, ya que el Tribunal Supremo entendió que debía seguirse el procedimiento establecido al efecto en el artículo 1872 del Código Civil al razonar lo siguiente: «*…si tenemos en cuenta que la Sala Sentenciadora, en función hermenéutica y calificadora que le compete en exclusiva, y no puede ser revisada en casación, a no ser que, lo que no sucede en este caso, pudiese reputarse ilógica o contraria a la Ley, concluye que los términos "podrá y salvo pacto en contrario de los artículos 1872 del Código Civil y 323 del Código de Comercio no tienen el carácter facultativo que les da el Juzgado de Primera Instancia, sino que el término "podrá" del artículo 1872 quiere decir que el acreedor está facultado y no obligado a utilizar el procedimiento que el precepto establece, pudiendo prescindir de él, sin abandonar sus derechos a la prenda y procediendo a la realización de su crédito mediante la persecución de otros bienes del deudor, si bien, en caso de pretender la venta de lo entregado en prenda, deberá seguir el procedimiento del artículo 1872", lo que equivale a negar la eficacia de las aludidas cláusulas en su carácter de pactos comisorios que contravinieran el tenor de los preceptos citados, razones estas que son de aplicación al motivo segundo del recurso que nos ocupa, que habrá de ser, por ende, objeto del mismo rechazo que el anterior y en atención a los mismos razonamientos que abocan el carácter imperativo, dentro del marco anteriormente señalado, de los preceptos tantas veces citados*».

En relación con la materia que ahora nos ocupa, es decir, la posibilidad de la usucapión de acciones de una sociedad anónima, la sentencia de apelación había declarado lo siguiente: «*C) Que el instituto de la prescripción, en cuanto necesidad social que se funda en razones de orden público, al objeto de dar fijeza y estabilidad a las relaciones jurídicas susceptibles de dudas y contradicciones, reduciendo la inseguridad de las mismas a un periodo de tiempo determinado para que no queden indefinidamente en lo incierto el dominio o el patrimonio y los derechos*

de las personas interesadas en ellos, se encuentra sometido a lógicas limitaciones, y como señala el artículo 1930 del Código Civil, para que surta sus efectos propios es preciso el cumplimiento de un requisito, sin el cual sería completamente ineficaz, cual es la concurrencia de las condiciones determinadas para ello por la Ley; el primero de estos requisitos es el "justo título", esto es, la causa jurídica de la adquisición del dominio por la posesión, y en tal concepto ha de ser de los que en derecho produzcan la traslación del dominio, exigiéndose que sea verdadero y válido. Estas circunstancias no concurren en el caso presente, pues como se ha razonado suficientemente el título es radicalmente nulo, lo cual entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo, impide la adquisición al amparo de la usucapión (sentencias de 12 de diciembre de 1946 [RJ *1946/1303] y 14 de abril de 1958* [RJ *1958/1477]) pues el título nulo no transmite un derecho, o como señala la sentencia de 23 de octubre de 1954* (RJ *1954/2860), siendo justo el título que legalmente basta para transferir el dominio —art. 1952— no puede servir para la prescripción el título que, al ser otorgado en contra de lo prevenido en la Ley, se hallaba afectado de nulidad radical; tampoco puede entenderse que en el caso presente concurra buena fe, pues los adquirentes de las acciones, en cuanto socios de las sociedades a que dichas acciones correspondían 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 de la preceptuada por la legislación civil y mercantil (Fundamentos Jurídicos 1.º de la sentencia del Juzgado y 3.º y 6.º de la resolución recurrida).*

Dicho razonamiento fue asumido por el siguiente Considerando de la sentencia de casación al establecerse que: «*CUARTO. Lo mismo cabe decir de manera conjunta, con los motivos segundo y tercero que, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian, respectivamente, infracción del artículo 1940, en relación con el 1955, párrafo primero del Código Civil, en el segundo, y del 1950, en relación con los artículos 434 y 1253, igualmente de dicho Cuerpo Legal, en el tercero, pretendiendo obtener una declaración de prescripción en su favor de las acciones de autos, sin contar con que la resolución recurrida sienta como hecho probado y no combatido en casación, la inexistencia de buena fe, que exige el precepto. Circunstancia esta suficiente para la desestimación* ab initio *de tales motivos*».

Es decir, 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, 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.

Los hechos fueron los siguientes:

A) Don Gabino falleció el día 9 de octubre de 1995, habiendo otorgado testamento abierto, el 23 de febrero de 1994, en el que designaba heredera universal a su esposa doña Irene, la cual, a su vez, y en el mismo día, había testado a favor de su marido. Del matrimonio no hubo descendencia.
B) El día 5 de agosto de 1996, doña Irene otorgó escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales que formaba con su esposo

fallecido, aceptando su herencia, y adjudicándose en pleno dominio la mitad indivisa de las acciones que son objeto de litigio.

C) Ese mismo día, doña Irene vende en escritura pública a don Saturnino, sobrino nieto de ella, una suerte de acciones de tres sociedades que habían constituido los negocios familiares y donde el comprador ya era accionista de las mismas.

D) En marzo de 2000 falleció doña Irene, sin haber otorgado testamento, por lo que sucedieron sus herederos abintestato, hermanos y sobrinos, entre los que estaba doña Silvia, madre del citado Saturnino.

E) En enero de 2001, los hoy actores, sobrinos de don Gabino, presentaron demanda de juicio de menor cuantía relativa a la nulidad del testamento de 23 de febrero de 1994 por incapacidad mental de su tío. Dicha nulidad fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, el 27 de septiembre de 2001, y confirmada en Apelación el 8 de enero de 2004.

F) El 31 de octubre de 2008, los hoy actores interpusieron demanda, de la que traen causa los presentes recursos, pretendiendo la nulidad de la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación parcial de la herencia, de 5 de agosto de 1996 y, a su vez, la nulidad de la compraventa de acciones llevadas a cabo ese mismo día a favor de Saturnino.

El Juzgado de Primera Instancia, el 20 de octubre de 2009, desestimó dichas pretensiones y la sentencia de apelación, revocando íntegramente la sentencia anterior, estimó las pretensiones de nulidad y, en consecuencia, condenó a los demandados a revertir dichas acciones a la sociedad de gananciales de los referidos esposos.

Sin embargo, 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 de don Saturnino, 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.

Los razonamientos para la estimación de la usucapión extraordinaria citada fueron los siguientes:

«*En la cuestión planteada hay que señalar, conforme a la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2012* (RJ *2012/10117), que la usucapión requiere de la posesión y del transcurso del tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 1941 del Código Civil que articula la* possessio ad usucapionem *en relación a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dicho planteamiento queda reforzado en relación con la regulación general en materia de posesión, particularmente de lo dispuesto en los artículos 447 y 444 del Código que, respectivamente, establecen que "solo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio", así como que "los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión"; con lo que toda posesión* ad usucapionem, *ya sea ordinaria o bien sea extraordinaria, debe reunir los presupuestos indicados.*

Conforme a estos presupuestos, la rotundidad del artículo 1955, párrafo segundo del Código Civil, no deja lugar a dudas: "también se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición".

En efecto, la concurrencia de los presupuestos de la posesión ad usucapionem *determina la adquisición definitiva de la propiedad de los bienes muebles y, en consecuencia, su irrevindicabilidad. De ahí que no podemos compartir la tesis de la sentencia de apelación que comunica, de forma directa y concluyente, los efectos invalidantes de la nulidad del testamento sobre el plano jurídico-real de los efectos adquisitivos de la usucapión extraordinaria, cuando esta, como se ha señalado, no requiere del justo título ni de la buena fe del adquirente.*

En efecto, en el presente caso no puede negarse que, con la compra de las acciones, 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.

En parecidos términos nos tenemos que pronunciar sobre la concurrencia del presupuesto de una posesión pacífica y no interrumpida. En este sentido, tampoco se puede compartir el planteamiento de la sentencia de apelación que, como un trasunto de los efectos invalidantes de la declaración de nulidad del testamento, determina el momento interruptivo de la prescripción adquisitiva con la demanda en la que se insta la nulidad del testamento en 2001, argumentando que el pleito de la nulidad del testamento era una cuestión de previo pronunciamiento para poder pedir la nulidad de la compraventa celebrada.

Con independencia de que se obvia el recurso a la acumulación de acciones [art. 460.1 LEC (RCL *2000/34, 962 y* RCL *2001/1892)], lo destacable es que se vuelve a confundir los distintos planos normativos que confluyen en el presente caso, el obligacional, derivado de la nulidad contractual, y el jurídico-real, actuante en el ámbito adquisitivo de los derechos. En este plano, en el que recordemos la prescripción extraordinaria prescinde del requisito del justo título, la interrupción civil de la posesión* ad usucapionem *requiere que se entable una acción plenamente contradictoria con la posesión que está llevando a cabo el tercero adquirente, artículo 1945 del Código Civil. Por ello, con independencia de poner el acento en la "citación judicial", como momento procesal de la interrupción, o lo que resulta más adecuado respecto de la fecha "de interposición de la demanda", como momento procesal determinante [STS de 22 de julio de 1997* (RJ *1997/5805)], 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 adquisitivos aquí analizados, haya sido citado judicialmente hasta el curso del presente procedimiento, diciembre de 2008; con lo que su posesión pacífica e ininterrumpida ha superado con creces el plazo de seis años establecido en el artículo 1955, párrafo segundo, para la prescripción adquisitiva de bienes muebles.*

4. La consumación de este efecto adquisitivo se produce con total independencia de la condición de doña Silvia de heredera abintestato de doña Irene».

Es decir, se aprecia por el Tribunal Supremo que por parte del adquirente de las acciones citadas se había llevado a cabo 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-*

sitivos aquí analizados, haya sido citado judicialmente hasta el curso del presente procedimiento, diciembre de 2008…).

En Italia, la Jurisprudencia también ha admitido la usucapión sobre los títulos nominativos si efectivamente había constancia de la regularidad de la inscripción sobre el título nominativo, así como del ejercicio de los derechos derivados del mismo. En este sentido, la Cass. civile, sez. I del 1982, número 2103 (6-4-1982), expresamente se pronunció al respecto del siguiente tenor:

«E' ammissibile il possesso ad usucapionem dei titoli di credito, ed in particolare dei titoli nominativi azionari, ma a tal fine, poiché il possesso in tanto è rilevante per l'usucapione in quanto sia esteriorizzato in maniera pacifica e continuativa ed esercitato in modo visibile e non occulto, in modo da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere, la fattispecie possessoria non si realizza con la mera disponibilità materiale del documento, occorrendo anche la "legittimazione", vale a dire il possesso secondo la legge di circolazione del titolo, che sola consenta di esercitare i poteri cartolari inerenti al possesso del documento, e l'effettivo esercizio, per il periodo di tempo utile, di tali poteri (diritto agli utili, diritto di partecipazione e di voto nelle assemblee, diritto alla ispezione dei libri sociali, e così via)» [2].

Si bien es cierto que, en nuestra opinión y según iremos exponiendo a lo largo del presente trabajo, es posible mantener *ab initio* una opinión favorable a la usucapión de acciones, siempre que concurran los requisitos específicos para la misma, los cuales no solo vienen dados por los previstos con carácter general en nuestro Código Civil para la usucapión mobiliaria, sino que necesariamente han de verificarse también conforme a la apreciación de los que a su vez requiere el régimen concreto de representación y circulación de las acciones cuya usucapión se pretenda, no es menos cierto que no nos parece adecuado el sistema de razonamiento llevado a cabo en este caso por el Tribunal Supremo, al prescindir por completo del meritado segundo grupo de requisitos que necesariamente tienen que ser objeto de análisis en el presente caso, es decir, aquellos que vienen dados por el sistema de representación y circulación de las acciones cuya prescripción adquisitiva se pretenda.

Es decir, como en otras tantas ocasiones y de forma recíproca, los presupuestos civiles han de ser analizados conjuntamente con los mercantiles, so pena de que un análisis exclusivo de uno de los grupos citados puede llevar inexorablemente a un estudio parcial del problema propuesto y por tanto a la obtención de una errónea consecuencia jurídica al supuesto de hecho concreto.

II. UNA APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LA USUCAPIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

MARTÍN OSANTE [3] aborda la cuestión inicialmente desde la doctrina de los títulos valores. En este sentido y según este autor, es necesario precisar lo que supone la posesión de un título valor, ya que es propio a la doctrina de los títulos valores

[2] FERRI, «Usucapibilitá dei titoli di crédito nominativi», en *Rivista Diritto Commerciale,* 1982, II, págs. 363 y sigs.

[3] Vid., *op. cit.,* págs. 691 y sigs.

reconocer la legitimación para el ejercicio de los derechos inherentes al título valor al poseedor del título.

Conforme a lo anterior, MARTÍN OSANTE[4] niega la posible usucapión de acciones al afirmar que: «En realidad, de admitirse la usucapión, no serviría para adquirir la legitimación para ejercer los derechos ante la sociedad, ya que esta legitimación no se deriva de la titularidad real, sino de la mera tenencia del documento, como he señalado más arriba. Por esta razón no tiene sentido decir que se adquiere la propiedad del documento a través de la usucapión. En su caso lo que se adquiriría sería lo que le falta al sujeto en cuestión: la verdadera titularidad del derecho de accionista; o sea, el derecho representado por la acción. Pues bien, tomando como premisa para resolver esta dificultad la limitación del ámbito objetivo de la usucapión a la propiedad y los derechos reales (susceptibles de posesión) sobre las cosas, decae la posibilidad de adquirir las acciones mediante la usucapión, dado que los derechos por ellas representados son derechos de socio o de participación social, y por ende excluidos del ámbito citado (…). Por otra parte cuando el transmitente de las acciones no es el verdadero titular del derecho o incluso cuando es el titular pero carece de poder de disposición, puede operar a favor de los terceros adquirentes la figura de la adquisición *a non domino,* reflejada en el artículo 545 del Código de Comercio para las acciones al portador "cuya posesión se adquiera por tercero de buena fe y sin culpa grave" (redacción dada por la Ley del Mercado de Valores) (…) La usucapión y las adquisiciones *a non domino* son figuras que operan con grandes limitaciones cuando los terceros conocen la irregularidad de la situación jurídica previa. No obstante, en materia de acciones de sociedades anónimas no tiene sentido hablar de la usucapión como modo de adquirir su titularidad».

Dentro del análisis de la usucapión de los derechos de crédito, DÍEZ-PICAZO[5] y con carácter general, opina lo siguiente: «En materia de títulos valores, no cabría usucapión, ni es pensable, en las relaciones internas entre el emisor y el portador o tomador del título, ni tampoco para resolver conflictos surgidos en la posible cadena de poseedores. Únicamente cuando, como consecuencia de su circulación, hubiera un real adquirente del derecho distinto del poseedor del título, se podría pensar en una acción de aquel frente a este. Se comprende en seguida que la línea de defensa que la usucapión constituye, no es aplicable por su propia naturaleza, ni a los títulos nominativos ni a los títulos a la orden. Solo lo es a los

---

[4] *Ibídem,* págs. 692, 693 y 694. MARTÍN OSANTE, en relación con la aplicación del artículo 545 del Código de Comercio, razona del siguiente tenor (vid., pág. 694): «¿Podría, en tal caso, el adquirente de acciones al portador esgrimir la defensa del artículo 545 del Código de Comercio? A mi juicio no, debido a dos razones distintas pero complementarias. Por un lado, para que opere el instituto de las adquisiciones *a non domino* se exige como requisito la concurrencia de un título que sirva para transmitir el dominio (al menos respecto de la interpretación germanista del art. 464.1, párrafo 1.º del Código Civil; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil,* III, t. I, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pág. 249), de tal manera que solo el que confíe en la titularidad de un transmitente estará protegido en su adquisición. Pues bien, si ese título adolece de nulidad radical, no podrá ser esgrimido como título hábil a estos efectos. En realidad, el artículo 545 del Código de Comercio (al igual que el art. 464, párrafo 1.º CC) suple un defecto de legitimación para disponer en el transmitente, pero no suple el defecto consistente en la nulidad del propio título de adquisición del tercero, que a tales efectos no es tercero, sino parte en el contrato».

[5] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo III. *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión,* 5.ª ed., Thomson-Civitas, 2008, pág. 807.

títulos al portador. Y en los títulos al portador la legitimación es del portador por la propia ley de circulación del título, que excluye, creemos, la usucapión».

Sin embargo y por su parte, PERDICES HUETOS[6] al preguntarse si se puede adquirir un título valor por usucapión, llega a respuesta afirmativa, mediante el siguiente razonamiento: «¿Se puede adquirir un título valor por usucapión? Ante todo se ha de señalar que la incorporación de un derecho a un título no es una transustanciación que ligue de forma perfecta los destinos de ambos. La expresión de que "el derecho sigue al papel" es más expresiva que dogmática y presenta límites evidentes (por ejemplo, cesión de derecho común del derecho incorporado, posibilidad de amortización del documento, etc.). En general, aunque la literatura española al respecto es escasa, se ha señalado que la disciplina del título-valor se dirige a proteger el tráfico oneroso entre vivos, de ahí que no sea trasladable sin más la normativa de adquisición de bienes muebles y, en concreto, que carezca de toda relevación la adquisición del soporte físico del título valor por los medios originarios de adquisición de bienes muebles, o la adquisición del título valor a título gratuito por causa de muerte [A. RECALDE, voz "Título-valor", en *Enciclopedia Jurídica Básica,* t. IV, Madrid, 1995, pág. 6576 y sigs., pág. 6577; C. PAZ-ARES, "La naturaleza jurídica de la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* —A. MENÉNDEZ (dir.)—, Madrid, 1986, págs. 95 y sigs., págs. 182-183, donde afirma que el valor instrumental de la incorporación, que no se justifica en los casos donde la seguridad del tráfico no está en juego. En el mismo sentido, respecto a cómo la derelicción y la ocupación *quedan fuera del dogma de la incorporación,* se pronuncia F. PANTALEÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* —ALBALADEJO (dir.)—, Madrid, 1987, com. artículo 610 del Código Civil, pág. 249; y EIZAGUIRRE, *La opción por el concepto amplio de título valor,* págs. 1144-1145. Sobre un concreto caso de aplicación de la normativa del hallazgo a cheques al portador, vid., M. NÉLIDA TUR FAÚNDEZ, "Hallazgo de títulos-valores (A propósito de la sentencia de la AP de Navarra de 5 de junio de 1990)", en *RJNav.,* núm. 11, 1991, págs. 143 y sigs., pág. 149, que afirma que la adquisición del documento implica la del crédito incorporado en los casos de circulación previstos para el título-valor]. No obstante, y aun dando por bueno el principio de que solo las adquisiciones negociales del título arrastran la adquisición del crédito [PAZ-ARES, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio,* pág. 183], cabe hacer dos observaciones: *a)* Por un lado, cabe preguntarse si lo mismo que respecto a los efectos de comercio cabe decir con carácter absoluto respecto a los títulos valor emitidos en masa, y en los que se detecta una incorporación mucho más acentuada [PANTALEÓN, *Comentarios,* pág. 250, que no considera *"irrazonable sostener el juego de las normas sobre derelicción y ocupación de cosas muebles". b)* Por otro lado, cabe distinguir los supuestos de adquisición originaria. Así, la ocupación presenta caracteres específicos frente a la usucapión, especialmente en aquellos casos donde esta última viene a subsanar vicios o defectos del negocio de transmisión que la adquisición *a non domino* no se encarga de subsanar (art. 19.II LCCH, art. 545 CdeCo.)».

De esta forma, PERDICES HUETOS[7] en el ámbito de su estudio sobre las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, concluyó lo siguiente: «La adquisi-

---

[6] PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones,* Civitas, 1997, nota (177), págs. 134 y 135.

[7] PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones,* Civitas, 1997, págs. 134, 135 y 136.

ción por usucapión de una acción incorporada por el adquirente frustrado como consecuencia de la falta de autorización, se plantea, dada su falta de titularidad, en términos similares, aunque no idénticos, a la de un sujeto absolutamente carente de título. ¿Se puede adquirir por usucapión una acción vinculada? Aunque en esta materia entremos con pie vacilante, creemos que, en primer lugar, la posesión del documento será idónea a efectos de usucapión cuando la misma se obtenga por medios cambiarios. Los efectos de la incorporación, básicamente el de circulación del derecho junto con el título, se encuentran vinculados a la transmisión vía cambiaria (vid., por ejemplo, art. 19 II LCCH). En consecuencia, la adquisición material del documento por vías de derecho común no debería permitir, en principio, una posesión *ad usucapionem* del título-valor y del derecho que incorpora. Es más, se ha podido decir que si falta sobre el título el endoso a favor del usucapiente, no se podría hablar en propiedad de una actividad de manifestación exterior del estado de posesión de apariencia exterior, faltando en consecuencia el requisito de la posesión pública (art. 1941 CC) (…) En consecuencia, en esta primera aproximación, solo el poseedor del título que incorpore una acción vinculada y que se halle legitimado ante la sociedad puede pretender una adquisición por usucapión, lo que reduce notablemente la posibilidad de que esto suceda. Si un adquirente ha sido objeto de inscripción en el libro registro, y ha venido haciendo uso de su condición de socio durante el periodo señalado para la usucapión podrá usucapir esa condición a pesar de la restricción. Esa consecuencia es valorativamente similar a admitir que la falta de constancia de la restricción en el título obliga a la sociedad a aceptar al adquirente de buena fe. En ambos casos, ha habido una conducta negligente del beneficiario de la restricción —tolerar como socio a quien se había rechazado la autorización para adquirir—, que debe ahora sufrir las consecuencias».

A idéntica conclusión, para los títulos que incorporen acciones nominativas, Veiga Copo y Perdices Huetos[8] llegan afirmando lo siguiente: «En consecuencia,

---

[8] Veiga Copo y Perdices Huetos, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo IV, vol. 2-A. Editorial Civitas, 2010, pág. 400.

Para los títulos al portador, Veiga Copo y Perdices Huetos (vid., págs. 399 y 400) opinan lo siguiente: «A diferencia de los títulos que incorporen acciones nominativas, la posesión del título al portador incorpora plenamente la legitimación para el ejercicio del derecho, y por tanto, la apariencia de titularidad. En este caso, el título se comporta como cualquier otro objeto: la mera tenencia permite el ejercicio de las facultades dominicales ínsitas en el mismo. Su posesión legitima y crea ante todos, incluida la sociedad, la apariencia de titularidad en su detentador y, simultáneamente, no es posible que otro sujeto actúe como titular de esa posición de socio. Contundente la sentencia del Supremo de 17 de noviembre de 2008 cuando asevera: «Si los títulos fueran al portador —como sucede en el caso de que se enjuicia—, el legitimado para el ejercicio de los derechos —no designado nominativamente— será quien ostente la posesión del documento, por imperio de la cláusula al portador en él contenida. La transmisión de los títulos al portador se efectúa conforme a las reglas generales de los bienes muebles corporales —categoría a la que pertenece el documento—. La transmisión del derecho a ellos incorporado, en la medida que el régimen del título valor lo permita, se realiza conforme a la de los bienes inmateriales. En todo caso, una y otra transmisión requieren —conforme a los arts. 609 y 1095 del CC—, además de un contrato apto para prepararla o causarla en el plano obligacional —sobre cuya realidad y validez no se ha discutido en el proceso—, un modo o tradición complementaria —«simple» según el art. 545 del Código de Comercio en la redacción vigente en las fechas de las compraventas—, de acuerdo con la fórmula clásica sobre la exigencia de tradición, *traditionibus et usucapionibus domimum rerum, non nudis pactis transferuntur*».

solo el portador del título incorporante de una acción vinculada que la haya adquirido por un medio cambiario y que se halle legitimado ante la sociedad puede pretender una adquisición por usucapión, lo que reduce notablemente la posibilidad de que esto suceda. Si un adquirente ha sido objeto de inscripción en el libro registro y ha venido durante el periodo señalado para la usucapión haciendo uso de su condición de socio, aunque solo sea recibiendo sin protestas las notificaciones de la sociedad, podrá usucapir esa condición a pesar de la restricción. Esa consecuencia es valorativamente similar a admitir que la falta de constancia de la restricción en el título obliga a la sociedad a aceptar al adquirente de buena fe. En ambos casos ha habido una conducta negligente de la sociedad que debe ahora sufrir las consecuencias. En conclusión, si la sociedad inscribe el adquirente, es posible suplir la falta de capacidad del disponente a través de la adquisición originaria que genera la usucapión»[9].

III. LA USUCAPIÓN MOBILIARIA EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE LOS TÍTULOS VALORES

El artículo 1930 del Código Civil establece que solo 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, aunque como acertadamente recoge Díez-Picazo, «Hay, sin embargo, que plantear el problema de la posible usucapión de los derechos de crédito, especialmente en aquellos casos en que el derecho de crédito va unido a una determinada posesión, cuya continuación puede hacer inatacable la posición del poseedor. Esto es particularmente notable en dos campos: uno, cuando la legitimación del acreedor va unida a la posesión de un determinado documento (título de crédito o título de valor); y otro cuando la posesión del acreedor va unida a la posesión de determinadas cosas (v. gr., arrendamiento)».

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.

En este sentido y como ya analizamos en su momento al hilo del análisis de los problemas causales en los contratos de adquisición de acciones y participaciones sociales[10], igual tratamiento del problema analizado ha de realizarse —a

---

[9] En el mismo sentido, Perdices Huetos, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital.* Tomo I, Civitas, 2011, págs. 976, 97 y 978.

[10] Redondo Trigo, «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 720, págs. 1903-1933.

nuestro juicio— en función de la naturaleza jurídica del régimen de circulación de las acciones y participaciones sociales.

A este respecto, la doctrina clásica como GIRÓN TENA[11] ha caracterizado la relación socio-sociedad en las sociedades de personas no como un simple derecho subjetivo sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de Federico DE CASTRO[12], ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no solo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio en una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo[13].

Por su parte, PERDICES HUETOS[14] entiende que existen dos fórmulas para arbitrar dicha circulación: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, cuando expone al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (arts. 1203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1696 CC y art. 143 CdeCo.) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación,

---

[11] GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades.* Tomo I. *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias,* Madrid, 1976, págs. 283 y sigs.

[12] DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España,* Editorial Civitas, págs. 556 y 560, definía el concepto de relación jurídica y ejemplificaba la que ejercitan los socios de una persona jurídica del siguiente modo: «Puede decirse conforme a lo indicado, que relación jurídica es la "situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico" (…). *c)* Relaciones jurídicas de cooperación social; dentro de ellas se pueden distinguir las sociales o relaciones resultantes de la situación de las personas como miembros de una persona jurídica…».

[13] En contra, PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1471.

[14] PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones,* Civitas, 1997, págs. 34 y 35.

dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontratación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

Es decir, en principio, los cambios de socios pueden articularse vía novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (arts. 1203 y sigs. CC), o bien a través de la transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC).

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[15].

¿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*».

Sin embargo, el hecho de que los títulos hayan sido emitidos no significa que siempre circulen cambiariamente, sino que lo pueden hacer vía cesión de créditos ordinaria, según el artículo 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en cuyo caso y coincidiendo con Perdices Huetos[16]: «…En tal caso, la entrega del título no será elemento del supuesto de hecho transmisivo sino simplemente una obligación accesoria que se transmite con el derecho (arts. 1528 CC y 24 II LCCH); no en vano, la acción documentada sigue siendo un título que exige su presentación para el ejercicio del derecho que documenta frente al obligado, en este caso la sociedad».

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[17] *(«El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el*

[15] 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.

[16] Perdices Huetos, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo I, Civitas, 2011, pág. 975.

[17] Para la prenda de acciones, vid. Mejías Gómez, «Adquisición *a non domino* de un derecho de prenda sobre acciones», en *La Notaría,* núm. 1/2002, enero de 2002.

último endoso esté en blanco. A tal efecto, los endosos tachados se considerarán como no escritos. Cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, el firmante de este se entenderá que adquirió la letra por el endoso en blanco. Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio, por cualquier causa que fuere, el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente no estará obligado a devolver la letra si la adquirió 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.

Pero antes de continuar y para poder ofrecer un mejor entendimiento de la cuestión analizada, conviene recordar la naturaleza y supuestos en que puede producirse la usucapión o prescripción adquisitiva, así como las adquisiciones *a non domino* por la exclusión que puede existir entre dichas instituciones.

Como razona DÍEZ-PICAZO[18] en relación con la afirmación generalizada de que la usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad, es necesario tener presente que: «Sin embargo, si bien es cierto que el derecho del usucapiente no deriva del derecho del anterior titular, no trae causa de él, es cierto también que, por lo menos en la mayor parte de los casos, la usucapión no produce el efecto adquisitivo *ex nihilo*. El usucapiente lleva a cabo un negocio adquisitivo, que, en cuanto tal, puede quedar sometido a las reglas de las adquisiciones derivativas.

Piénsese en que, siendo Ticio el verdadero propietario de la cosa, el usucapiente, Sempronio, haya comenzado a poseer por virtud de un negocio, que formalmente es de transmisión de la propiedad celebrado con Cayo. Parece claro que el derecho del usucapiente, Sempronio, no deriva nunca ni trae nunca causa del derecho del anterior propietario, Ticio, pero es igualmente cierto que la usucapión se produce, porque el usucapiente se funda en una justa causa que es un negocio adquisitivo de naturaleza formalmente derivativa.

La cuestión se complica aún más, si se admite el efecto adquisitivo o la usucapión, cuando hay traslación o transmisión del *verus dominus* al usucapiente, pero realizada en virtud de un acto no idóneo, según el Derecho Civil para producir la efectiva transmisión, quedando esta perfeccionada solo por una posesión unida al transcurso del tiempo».

Por lo tanto y 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 haya adquirido la cosa del verdadero propietario mediante título inidóneo para la transmisión del dominio.

En otro orden de ideas, DÍEZ-PICAZO[19] trata las adquisiciones *a non domino* de la siguiente forma: «En la terminología de "adquisición *a non domino*" está implícita la idea de adquisición. Ello quiere decir, como indica MENGONI, que no se trata simplemente de la formación, por obra del *non dominus* de un título de adquisición a favor del tercero, sino que indica que todo el supuesto de hecho

---

[18] *Ibídem,* págs. 786 y 787.

[19] *Ibídem,* págs. 902, 903 y 904, «…se consagra la inatacabilidad de la situación del adquirente, por lo menos en aquellos casos en que el adquirente reúna algunas circunstancias que le hagan especialmente merecedor de tal protección. Lo cual ocurre, en particular, cuando su adquisición se ha realizado a través de un negocio oneroso que le ha impuesto un sacrificio patrimonial y cuando el adquirente ha sido de buena fe, lo que significa, por una parte, que ha confiado en la titularidad y en el poder de disposición del disponente *non dominus* —o a la inversa, que ha ignorado la falta de poder de disposición de este— si, al mismo tiempo, existía una situación de apariencia objetiva de titularidad que permitía razonablemente fundar aquella buena fe o confianza».

completo, que es el mismo supuesto de hecho mediante el cual, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se lleva a cabo la transmisión y la atribución de los derechos a favor de un nuevo titular. No nos encontramos en presencia de la figura que nos ocupa cuando simplemente se ha celebrado una compraventa de cosa ajena, porque entonces hay mera formación del título, pero no realización del complejo mecanismo traslativo. Tampoco lo habrá en aquellos casos en que la atribución de los derechos al tercero no resulte como efecto del supuesto de hecho complejo en el que intervenga el *non dominus*, sino por otra causa distinta.

La adquisición se realiza como derivada o procedente de un *non dominus*. El *non dominus* no es titular. Puede tratarse de un no propietario si el objeto de la transmisión es la propiedad o un derecho que deriva de la propiedad por virtud de un fenómeno de sucesión constitutiva. Pero puede ser también el no titular de otro derecho distinto de la propiedad (v.gr., en la transmisión onerosa de un derecho de usufructo).

De lo anterior se deduce que no son actos que puedan englobarse en la categoría que nosotros estudiamos aquellos en que la disposición la realiza el verdadero titular de un derecho que está sometido a alguna limitación en cuanto a su disponibilidad. Si en tal caso el adquirente adquiere el derecho transmitido, no obstante la prohibición o limitación del poder del disponente, ello no supondrá en modo alguno que sea un adquirente a non domino. Tampoco se produce adquisición *a non domino* en aquellos casos en que el enajenante, aun no siendo titular de los derechos objeto del acto de disposición, ostente una especial legitimación para disponer de ellos. Se encuentran en este caso todas aquellas hipótesis en las cuales puede existir a favor del disponente una especial legitimación por virtud de un negocio autorizativo o de una autorización de origen legal.

Aunque otra cosa se ha sostenido en la doctrina, nosotros creemos que no puede considerarse como fenómeno de adquisición *a non domino* la enajenación de un derecho inexistente.

Al lado de los datos anteriores, que sirven para delimitar plenamente la hipótesis objeto de nuestro análisis, hay dos datos ya señalados anteriormente y que deben ser siempre tenidos en cuenta: la transmisión realizada entre el *non dominus* y el tercero debe ser siempre una transmisión a título oneroso, y el tercero debe ser un tercero de buena fe».

Asimismo, hemos de confesar, a los efectos oportunos, que para el presente análisis partimos de nuestra disconformidad a la incorrecta lectura que en clave germanista (y la pretendida Jurisprudencia germanista)[20] se realiza del artículo 464 del Código Civil, que considera que la equivalencia de la posesión al título significa que el poseedor ha adquirido la propiedad a *non domino* y por tanto goza de irreivindicabilidad, en contra de nuestra tradición jurídica y la acertada sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 1945 *(AR* 709). Así, coincidimos con MIQUEL GONZÁLEZ[21] en cuanto razona acertadamente la relación entre los artículos 464 y 1955 del Código Civil, lo siguiente: «Un primer enfoque del artículo lo relaciona con la usucapión, como es inevitable, porque el artículo 1955 es el único del todo el Código Civil que se remite al artículo 464. Se observa que: 1) En

[20] Para un análisis correcto y crítico de dicha Jurisprudencia pretendidamente germanista, como la califica el autor, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 52, núm. 2, 1999, págs. 565-596.

[21] MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, págs. 1241 y 1242.

el artículo 464 se hace equivaler la posesión al título. 2) El artículo 1955.1 en la usucapión ordinaria, no menciona el título. 3) Pero se exige por el artículo 1940. La contradicción se supera fácilmente aplicando la equivalencia de la posesión al título en el caso de la usucapión ordinaria. Si la posesión adquirida de buena fe equivale al título, no hay contradicción entre el artículo 1940, que exige buena fe y título, y el artículo 1955, que solo exige buena fe y no menciona el título, porque teniendo el poseedor buena fe ya tiene título (SCAEVOLA, *Código*, VIII, págs. 580 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios,* III, pág. 291; DE BUEN, *Derecho Civil,* págs. 234 y sigs.; FUENTES PÉREZ, *RCDI,* 1960, págs. 528 y sigs.). Esta coordinación de los artículos 1940 y 1955 a través del artículo 464, me parece indiscutible (vid. MIQUEL, *Posesión*, págs. 505 y sigs.). Con esto se llega a la importante idea de que la equivalencia tiene aplicación a la usucapión y el sentido de título es el adecuado para ello. Pero hay que advertir sobre lo inadmisible de contraponer un título de posesión a otro de propiedad, porque no hay títulos de posesión, en concepto de dueño, que es la necesaria para la usucapión, distintos de un título de propiedad. Prueba de ello es la definición del artículo 1952 del Código Civil. Es absolutamente necesario aclarar que un título como el definido por el artículo 1952 y con las características del artículo 1953, no hace superflua la usucapión, porque puede proceder de un no propietario. Aquí está la discrepancia entre el sentido de título apropiado a este enfoque del artículo 464, desde la usucapión, y el sentido de título con el que opera la doctrina germanista sin reflexionar sobre ello, o incluso que no hay que detenerse en la interpretación de esta palabra (LACRUZ, *Elementos*, III, 1-1, pág. 247)».

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[22], ya que el adquirente a título oneroso de buena fe en el supuesto de adquisición *a non domino* ya tiene una posición irreivindicable[23].

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 solo 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.

---

[22] Aunque razonado en clave germanista en la interpretación del artículo 464 del Código Civil, ALBALADEJO, en relación con el ámbito de aplicación de la usucapión mobiliaria, afirma lo siguiente: «La usucapión ordinaria de muebles solo opera en tanto en cuanto el derecho sobre estos no se adquiera *(a non domino)* inmediatamente por la toma de posesión de los mismos con buena fe. Esta adquisición no se da, desde luego, si la cosa la había perdido su dueño o había sido privado ilegalmente de ella. Pero en otro caso se discute si se da o no. En este punto, remito a lo dicho al tratar los "Efectos especiales de la posesión de buena fe de bienes muebles"». ALBALADEJO, *Derecho Civil,* III. *Derecho de bienes,* vol. 1.º Parte general y derecho de propiedad, 2.ª ed., Bosch, 1976, pág. 196.

[23] En materia concreta de títulos valores y como afirma DE IZAGUIRRE, «la disciplina especial de los títulos-valores cualificados o de fe pública contiene una derogación del Derecho común de cosas en materia de reivindicación». DE IZAGUIRRE, *Derecho de los títulos valores,* Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 47.

Para el hecho de la exclusión de la usucapión ordinaria en este tema tratado, irremediablemente nos vemos abocados a traer a colación —muy someramente— la interminable discusión doctrinal acerca del sentido y alcance del artículo 464 del Código Civil, exponiendo nuestra posición al respecto[24]. Según la conocida como tesis intermedia —que consideramos más acertada— elaborada en su día por VALLET DE GOYTISOLO, luego desarrollada y corregida por MIQUEL GONZÁLEZ, el artículo 464 del Código Civil ofrece, entre otros aspectos, una prueba del título[25].

En este sentido, como afirma RODRÍGUEZ-ROSADO (vid., *op. cit.*, nota 140, pág. 1066): «Con la tesis de MIQUEL, pese a la equivalencia de posesión a título, un contrato nulo, si se prueba su nulidad, no bastaría para usucapir un bien mueble: con lo que se reintroduciría la exigencia del requisito del título en la usucapión ordinaria de bienes muebles del artículo 1955.1.º, en contra del silencio del texto legal. En cambio, para la tesis romanista, como posesión equivale a título, cabe la usucapión ordinaria por más que se pruebe la nulidad del título, pues la posesión de buena fe suple ese requisito que por eso no se enuncia en el artículo 1955: habiendo posesión de buena fe no es que haya prueba del título, es que hay título».

Pues bien, desechada por nuestra parte la tesis germanista, creemos igualmente con esta llamada tesis intermedia que la posesión de bienes muebles de buena es una prueba del título, de ahí que, si se prueba la existencia de un título nulo, este 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 a la que nos adherimos.

---

[24] Para un resumen detallado de dichas doctrinas, vid. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los artículos 464 y 1955 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. LVII, núm. 3, 2004, págs. 1004-1104.

[25] La crítica a dicha tesis sobre este particular, la realiza RODRÍGUEZ-ROSADO (vid., *op. cit.*, pág. 1065) del siguiente modo: «Por otra parte, la equivalencia entre posesión y prueba del título —es decir, título en sentido formal, pero no material— no explica adecuadamente el porqué de la omisión del requisito del título en la usucapión de muebles (art. 1955.1.º). Según MIQUEL esa omisión se explicaría porque el artículo 464 brinda a través de la posesión una prueba del título, que justifica que el artículo 1955 dispense de ese requisito para la usucapión ordinaria. La norma del artículo 464 sería entonces una excepción a la del artículo 1954 —lo cual, atendiendo a la frase final de este artículo, no deja de extrañar—. Pero, a mi parecer, tampoco esto resuelve el problema, pues una cosa es el título y otra cosa la prueba del título. Y sí el artículo 464 lo que ofrece es una prueba del título, un título en sentido formal, ello no dispensa del título en sentido material, que sin embargo no figura en el artículo 1955. La equivalencia entre posesión y prueba del título, si bien se miran las cosas, no explica el silencio del artículo 1955 sobre el requisito del título, pues una cosa es que ese requisito no necesite de prueba y otra cosa que el requisito mismo no exista; esto último es lo que prescribe el artículo 1955. Lo cual se explica mejor según la tesis romanista —posesión equivale a título en sentido material— que con la equivalencia de posesión a prueba del título».

YZQUIERDO TOLSADA[26] ha razonado a este ámbito de la usucapión mobiliaria del siguiente particular: «No es entonces que la usucapión venga a purgar los vicios del contrato anulable; o que pueda parapetarse en ella el que tomó posesión de la cosa en virtud de un contrato que ahora viene a intentar ser rescindido por haber sido celebrado en fraude de acreedores. Es que el contrato, además de ser anulable o rescindible, fue celebrado por quien no era el verdadero dueño, siendo así que, ante la reivindicación de quien sí lo es (que, por definición, no puede impugnar o rescindir por faltarle legitimación para ello) podrá en su caso el poseedor hacer uso de la excepción de prescripción adquisitiva corta u ordinaria (que, en cambio, no podría ser utilizada si de lo que se trata es de una acción personal ejercitada *ex contractu* por el *tradens*). Frente a lo que, como veremos, opinan algunas voces muy autorizadas (ESPÍN, LUNA SERRANO), entiendo que cuando de acciones *inter partes* se trata, la usucapión no puede jugar. La única usucapión oponible será, como mucho, la extraordinaria, esto es, la que tiene como exclusiva razón de ser a la posesión, desprovista de cualquier consideración atinente al título posesorio. «De las dos posibles causas —indica MORALES MORENO— que impiden se produzca la transmisión de un derecho, falta de titularidad o imposibilidad de transmitir el derecho de un lado, y vicios del título transmisivo de otro, la usucapión ordinaria está llamada a subsanar la falta de titularidad del causante, pero no los vicios del título».

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.

Así, YZQUIERDO TOLSADA[27] lo excluye —según el sentir doctrinal mayoritario— del ámbito de lo que denomina tipología del justo título para la usucapión al decir que: «La lacónica exigencia del artículo 1953 del Código Civil nos ha de servir para desplegar una casuística de problemas». Indica ALBALADEJO que tal vez no hiciese falta que la ley diga expresamente que el título ha de existir realmente y valer, pues «ambos extremos van implícitos en la simple exigencia de que haya un justo título».

Pero lo que abunda no sobra. Para empezar, el precepto deja claro que el título alegado como justo para la usucapión ordinaria no puede ser un título que solo exista en la mente o imaginación del poseedor, como tampoco el nulo. Se encuentra, en efecto, absolutamente superada la polémica acerca del llamado título putativo, inadmisible para la usucapión en Derecho vigente desde el momento en que se exige que el justo título ha de ser verdadero. Así, y por mucho que pueda haber error excusable, no es título verdadero el testamento revocado por otro posterior cuyo otorgamiento se desconoce. «Lo mismo —indica HERNÁNDEZ GIL— en caso que el poseedor creyese equivocadamente en el arrendamiento, depósito o mandato como títulos idóneos, o en la subsistencia de un título que, habiendo existido, ha dejado de existir por la resolución o revocación de los derechos a que hubiese dado lugar»[28].

---

[26] YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LIV, Fascículo II, abril-junio de 2001, pág. 557.

[27] *Ibídem,* págs. 577 y 578.

[28] En contra, RODRÍGUEZ-ROSADO *(op. cit.,* págs. 1084 y 1085) cuando concluye sobre la base del Derecho Romano e Histórico, lo siguiente: «El análisis sistemático y el histórico han conducido al mismo punto. El artículo 464, párrafo primero, pese a su complejidad textual y a sus precedentes formales franceses, es una norma dirigida a admitir el título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles y a excluir en su frase se-

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). En este supuesto, ni el adquirente es tercero, ni ha existido negocio válido —justo título— para transmitir el dominio, por lo que ya, solo 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.

Igual predicamento habría de realizarse en el supuesto de que el transmitente hubiera realizado el negocio transmisivo a su contraparte mediante incumplimiento de las restricciones a la libre transmisibilidad [que necesariamente han de constar en el título nominativo, *ex* art. 114.1.*d)* de la Ley de Sociedades de Capital], donde falta un poder de disposición del *tradens,* lo que solo podría posibilitar al menos una usucapión extraordinaria (si se verifican los requisitos de la misma), no solo por no configurarse este supuesto como de adquisición a *non domino*, sino además por no existir el requisito de la buena fe al constar y conocer dichas restricciones en el título nominativo endosado cambiariamente.

Por otro lado, si el adquirente de las acciones nominativas cuyos títulos estén emitidos y circulen cambiariamente fuera un tercero adquirente de buena fe a título oneroso —en el concepto del mismo elaborado doctrinalmente, antes des-

---

gunda que pueda darse la usucapión ordinaria sobre bienes muebles perdidos, hurtados o robados en tanto que no prescriba por el transcurso de seis años la acción reivindicatoria.

Me parece que, vistas así las cosas, pocas críticas textuales, históricas o sistemáticas se le podrán hacer a la norma. Cabrá decir que tiene escasa trascendencia, sobre todo en su frase primera, pues es un supuesto raro que se pueda dar una entrega de cosa mueble por quien no es dueño en virtud de un título que a su vez sea nulo. Ciertamente. Pero se convendrá conmigo en que la escasa trascendencia de la norma no obsta a que ese sea su significado. Hay muchos otros artículos del Código Civil cuyo alcance es también reducido y ello no nos lleva a negar el significado de su tenor literal. La finalidad primera del intérprete es descubrir el sentido que el legislador quiso dar a una norma, pues, en cualquier caso, descubrir ese sentido es un paso necesario antes de plantearse llevar a cabo una interpretación correctora.

En todo caso, creo que se puede confirmar la hipótesis de trabajo planteada al final del epígrafe tercero: que, al menos respecto a los bienes muebles, y por influjo de la tradición histórica, la doctrina del título putativo ha encontrado acogida en nuestro Código Civil, tanto en materia de usucapión como de tradición. Queda por ver lo referente a la usucapión inmobiliaria».

crito— o sea, cuando adquiera de un no propietario de dichas acciones en virtud de título válido, la adquisición *a non domino* que pudiera realizar al amparo de lo previsto en el artículo 19.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque excluiría —como hemos visto— la usucapión mobiliaria ordinaria, aunque sí cabría pensar —según venimos sosteniendo— en una posible usucapión mobiliaria extraordinaria, si goza de posesión en concepto de dueño durante seis años y le hubiera faltado el requisito de la buena fe necesario para la adquisición a *non domino*.

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[29].

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,* es aquella en la que el poseedor realiza actos inequívocamente dominicales[30], sin que sea necesaria la apreciación de título. Así, la reali-

---

[29] DÍEZ-PICAZO *(op. cit.,* págs. 657 y 660) se refiere al requisito de publicidad y carácter pacífico de la posesión afirmando que: «El carácter público es un requisito de la posesión *ad usucapionem,* que se funda en la necesidad de permitir que el titular, que resultaría perjudicado por consecuencia de la usucapión, tenga conocimiento de la posesión que a ella conduce. Las manifestaciones externas en que la tenencia cristaliza han de dirigirse a la comunidad en general. Ello no quiere decir que todo el mundo deba conocerla, ni que todo el mundo haya de poder enterarse de su existencia, pero sí, por lo menos, que debe existir una publicidad prudencial, de manera que, aunque no haya conocimiento efectivo, el conocimiento haya sido posible. La publicidad de la posesión se exterioriza mediante el uso normal de la cosa con arreglo a su naturaleza y destino. Es pública la posesión del que usa normalmente la coas y no intenta ocultar a nadie su posesión (…) Señala MORALES que posesión pacífica es aquella que ha sido adquirida con arreglo a derecho y sin lesionar otra posesión, es decir, la que ha sido adquirida sin lesionar el derecho que todo poseedor tiene a ser respetado en su posesión. Este derecho queda lesionado cuando tácitamente se invade una esfera posesoria aunque no se empleen para ello medios violentos. La posesión es no pacífica desde el momento en que se ha roto la paz jurídica. Se trata de una situación antijurídica porque ha sido obtenida con incumplimiento de una obligación. Precisando estas ideas, el autor citado llega a la conclusión de que es pacífica toda posesión que se adquiere sin contrariar la voluntad del anterior poseedor, bien porque se cuenta con su consentimiento o bien porque la cosa no está poseída de hecho. El carácter no pacífico que originariamente tuviera la posesión, se subsana con la prescripción de las acciones ordenadas al restablecimiento del orden posesorio (art. 1968.1.º). Durante ese tiempo, el despojado ha continuado siendo un poseedor *ad interdicta* y un poseedor *ad usucapionem.* Solo con el transcurso de ese plazo, la posesión del nuevo poseedor se hace apta para usucapir».

En cuanto al carácter ininterrumpido de la posesión *ad usucapionem,* basta citar en este momento y a los propósitos realizados, lo previsto en los artículos 1943 y sigs. del Código Civil, en cuanto a la interrupción natural (cese de la posesión por más de un año, *ex* art. 1944 del CC), la interrupción civil por citación judicial o acto de conciliación *(ex* arts. 1945, 1946 y 1947 del CC) y por el reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño *(ex* art. 1948 del CC).

[30] DÍEZ-PICAZO *(op. cit.,* págs. 643 y 645) razona lo anterior diciendo que: «…Para tratar de perfilar el "concepto de dueño" en la posesión se ha tratado de hacerlo equivalente con

zación 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 solo 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[31], evidentemente,

---

el ánimo o voluntad del poseedor. De este modo la posesión en concepto de dueño sería una posesión amparada por una voluntad dominical o por un *animus domini*. El ánimo o la voluntad pertenecen sin embargo al terreno ininvestigable de las motivaciones psíquicas del sujeto. Jurídicamente lo que interesa no es tanto la existencia de una voluntad, cuando la materialización de una conducta o de una serie de actos. Por esto, nosotros creemos que el concepto de la posesión es algo perfectamente objetivo y exteriorizado. Lo determina el comportamiento externo del poseedor. Hay una posesión en concepto de dueño cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que el poseedor es dueño. Es, pues, esta apariencia o esta consideración lo que en principio constituye la sustancia del concepto de la posesión. Por tanto, un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma (…) Para que exista en rigor una auténtica y genuina posesión en concepto de dueño será necesario además que haya sido adquirida como tal posesión en concepto de dueño. ¿Cuándo puede decirse que ocurre esto? Parece, por lo menos, necesario que en el origen de la posesión, el poseedor haya realizado actos o negocios jurídicos que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, determinen una adquisición del dominio. De esta manera, parece a primera vista necesario que en el origen de la posesión en concepto de dueño exista: *a)* un traspaso *(traditio)* realizado por el poseedor anterior en virtud de un título que sea traslativo del dominio (v. gr., compraventa, donación), o *b)* la ocupación de una cosa que no fuera poseída por nadie.

La conclusión anterior suscita, sin embargo, alguna duda, pues cuando la posesión, además de ser en el momento de su ejercicio en concepto de dueño, tiene su origen en una justa causa o en un justo título (cfr. arts. 1940, 1952, etc.), la formal regularidad del mecanismo adquisitivo puede medirse. Pero en nuestro Derecho es también posesión en concepto de dueño y conduce a la usucapión, no obstante la dicción literal del artículo 447, aquella que carece por completo de título. Por ello, entendemos que basta en el momento adquisitivo la presencia de la voluntad de poseer como dueño (por ejemplo, se ocupa una cosa poseída por otra persona)».

[31] Así lo razona Perdices Huetos en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I, Civitas, 2011, pág. 978: «Si la ratio de la usucapión es consolidar una situación continuada de apariencia, lógicamente no podrá consolidarse a favor de aquel que no ha observado la forma legalmente prevista de crear una apariencia estable de socio; frente a la sociedad, socio es solo aquel que, por estar inscrito, ha recibido las notificaciones de la sociedad, ha aceptado el pago de los dividendos, etc., y no la de aquel que por tener la posesión material de un título, de repente, sorprende a la sociedad y al legitimado reclamando su condición de socio. Es más, si de usucapión se habla, en el supuesto de acciones nominativas se podría incluso ver más favorablemente la posición del que aparece inscrito en el libro registro y se comporta a todos los efectos y frente a todos como socio —piénsese en un heredero que lo es en virtud de un testamento nulo—, frente a la reclamación del verdadero accionista no legitimado que tras largo tiempo de haber tolerado esa situación solicita su inscripción en ese libro; aunque esto merece más reflexión que la que permite esta sede, se podría intuir en este caso una suerte de parentesco con la consolidación de la nacionalidad por posesión de estado (art. 18 CC) y la usucapión *secundum tabulas* (art. 35 LH)».

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.

Partimos, en materia de títulos al portador, de la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008/6050), que nos aclara la transmisión de los mismos conforme a la teoría del título y el modo, al exponer que:

«*La aplicable Ley de 17 de julio de 1951* (RCL *1951/811/945) respetó la regla general de libertad en la forma de identificar al titular de las acciones. En particular, dispuso su artículo 34 que estas —sus títulos— podían ser al portador o nominativas.*

Ello sentado, los referidos títulos, en cuanto incorporan un conjunto de derechos —y de deberes— que integran la posición corporativa de socio —art. 39 de la citada Ley—, son considerados cosas representativas de derechos.

Si los títulos fueran al portador —como sucede en el caso que se enjuicia—, el legitimado para el ejercicio de los derechos —no designado nominativamente— será quien ostente la posesión del documento, por imperio de la cláusula al portador en él contenida.

La transmisión de los títulos al portador se efectúa conforme a las reglas generales de los bienes muebles corporales —categoría a la que pertenece el documento—.

La transmisión del derecho a ellos incorporado, en la medida que el régimen del título valor lo permita, se realiza conforme a la de los bienes inmateriales.

En todo caso, una y otra transmisión requieren —conforme a los artículos 609 y 1095 del Código Civil (LEG *1889/27)—, además de un contrato apto para prepararla o causarla en el plano obligacional —sobre cuya realidad y validez no se ha discutido en el proceso—, un modo o tradición complementaria —«simple», según el artículo 545 del Código de Comercio* (LEG *1885/21) en la redacción vigente en las fechas de las compraventas—, de acuerdo con la fórmula clásica, sobre la exigencia de tradición,* traditionibus et usucapionibus dominium rerum, non nudis pactis transferuntur»[32].

---

[32] Vid., en este sentido, González Castilla, «En torno a la *traditio* de los títulos en la compraventa de acciones al portador pignoradas (A propósito de la STS de 17 de noviembre de 2008)», en *Revista de Sociedades,* núm. 34/2010-1. Editorial Aranzadi.

En contra, Pérez Millán, «La transmisión de acciones representadas mediante títulos valores», en *Revista de Derecho Mercantil,* 2007, núm. 264-265, págs. 413-444, quien afirma que la transmisión del título requiere solo el consentimiento, siendo la obtención de la posesión necesaria a los solos efectos de legitimación.

Concretamente y en la cuestión que nos ocupa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de julio de 2012 *(JUR* 2012/290535), donde se discutía el reconocimiento del carácter de socio por parte de la sociedad a una persona que había adquirido unas acciones al portador vía donación con entrega de las mismas y que venía ejercitando la condición de socio durante diez años sin oposición de la sociedad en las correspondientes juntas generales, estimó que pese a la inexistencia de forma pública (argumento aducido por la sociedad en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley del Mercado de Valores), la sociedad no podía negar dicha condición de socio sino era en vulneración de la *adversus factum suum quis venire non potest*, lo que bastó a la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de la sociedad, aunque en materia de usucapión nos dejó lo siguiente: «*Por otro lado, también dejamos reseñado, aunque a la vista de tales circunstancias ni tan siquiera necesitamos acudir a él, el alegato subsidiario de adquisición de la titularidad de las acciones por usucapión extraordinaria (por posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante seis años de las acciones, conforme al art. 1955 del CC) que también esgrimió el citado demandado para defender que le correspondía la propiedad si se apreciaba algún defecto formal en el título de adquisición de aquellas*». Es decir, aunque no constituye la *ratio decidendi* de la sentencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de julio de 2012, no rechaza la posibilidad de usucapión mobiliaria extraordinaria de las acciones representadas mediante títulos valores al portador.

En nuestra opinión, si bien no es muy acertada la asimilación que realiza la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2008, a los «bienes inmateriales» en cuanto al régimen de adquisición de derechos derivados de la acción representada mediante títulos valores, ya que consideramos que dicha categoría de bienes está más ligada a las creaciones propias del derecho de la propiedad intelectual e industrial[33], entendemos que si las acciones de la sociedad anónima están representadas mediante títulos valores al portador, también podría darse una posible usucapión extraordinaria de las mismas.

Si bien es cierto, que la incorporación de los derechos de socio al título al portador supone la legitimación por la mera posesión del título valor, no es menos cierto que el supuesto de hecho de la prescripción adquisitiva también puede originarse en estos casos, ya que puede ocurrir que el *verus dominus* pretenda la reivindicación al adquirente de las acciones representadas mediante títulos valores al portador, si no se ha verificado una adquisición a *non domino* y mientras no se haya consumado la usucapión —en este caso, extraordinaria—, por parte del poseedor *ad usucapionem*[34].

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2012, a pesar de admitir la usucapión extraordinaria de accio-

[33] Vid. Díez-Picazo, sobre la posible usucapión de bienes inmateriales, *op. cit.,* págs. 188 y 810.

[34] Sobre las relaciones entre la prescripción extintiva y la usucapión, tema muy discutido en la doctrina, vid. la interesante sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013/22395), sobre la posibilidad de entender que hasta que no se haya consumado la usucapión no puede ser considerada prescrita extintivamente la acción reivindicatoria.

nes de una sociedad anónima, creemos que no analiza la cuestión debidamente, obviando la problemática derivada a la naturaleza jurídica de las acciones de una sociedad anónima, su representación y régimen de transmisión. A nuestro juicio, solo 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.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO: *Derecho Civil,* III. *Derecho de bienes,* vol. 1.º *Parte general y derecho de propiedad,* 2.ª ed., Bosch, 1976.

DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España,* Civitas, 1984.

DE IZAGUIRRE: *Derecho de los títulos valores,* Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo III. *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión,* 5.ª ed., Thomson-Civitas, 2008.

FERRI: «Usucapibilitá dei titoli di crédito nominativi», en *Rivista Diritto Commerciale,* 1982, II.

GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades.* Tomo I. *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias,* Madrid, 1976.

GONZÁLEZ CASTILLA: «En torno a la *traditio* de los títulos en la compraventa de acciones al portador pignoradas (A propósito de la STS de 17 de noviembre de 2008)», en *Revista de Sociedades,* núm. 34/2010-1. Editorial Aranzadi.

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.

MEJÍAS GÓMEZ: «Adquisición *a non domino* de un derecho de prenda sobre acciones», en *La Notaría,* núm. 1/2002, enero de 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ: *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.

— «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 52, núm. 2, 1999.

PAZ-ARES: *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.

PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones,* Civitas, 1997.

— *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital.* Tomo I. Civitas, 2011.

PÉREZ MILLÁN: «La transmisión de acciones representadas mediante títulos valores», en *Revista de Derecho Mercantil,* 2007.

REDONDO TRIGO: «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 720.

RODRÍGUEZ-ROSADO: «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los artículos 464 y 1955 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. LVII, núm. 3, 2004.

VEIGA COPO y PERDICES HUETOS: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.* Tomo IV, vol. 2-A. Editorial Civitas, 2010.

YZQUIERDO TOLSADA: «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *Anuario de Derecho Civil.* Tomo LIV, Fascículo II, abril-junio de 2001.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 1945 *(AR* 709).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995/9398).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008/6050).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012/10406).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2012 *(JUR* 2013/22395).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de julio de 2012 *(JUR* 2012/290535).

RESUMEN

DERECHO DE SOCIEDADES
USUCAPIÓN DE ACCIONES

En la sentencia del Tribunal, de 28 de septiembre de 2012, se admite la usucapión extraordinaria de acciones de una sociedad anónima por ejercicio de los derechos de accionista por más de seis años, sin que se haya atendido en la misma al régimen de representación y transmisión de dichas acciones, lo cual resulta necesario para el tratamiento de la usucapión en función de la naturaleza jurídica de las acciones de una sociedad anónima.

ABSTRACT

CORPORATE LAW
USUCAPTION OF SHARES

The court ruling of 28 September 2012 accepts the extraordinary usucaption of shares in a public limited company through exercise of shareholders' rights for more than six years, even when the rules on proxy-giving and share transfers have not been respected, which is necessary for the treatment of usucaption because of the legal nature of shares in a limited liability company.

3. URBANISMO

EFICACIA DE LAS LIMITACIONES ESTATUTARIAS EN LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS FRENTE A ACTOS AMPARADOS EN LICENCIA URBANÍSTICA

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COEXISTENCIA DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO CONFIGURADOR DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD URBANA Y LA DEFINICIÓN JURÍDICO-REAL DEL DOMINIO POR LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL.—III. LA CAUSA DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU EXISTENCIA.—IV. LA PREVALENCIA DE LAS IMPOSICIONES URBANÍSTICAS EN CASO DE COLISIÓN ENTRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y EL CIVIL Y LA OBLIGATORIEDAD DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO EN LO QUE NO SUPONGA INFRINGIR LA NORMATIVA URBANÍSTICA O ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.—V. LA JURISPRUDENCIA CIVIL EN MATERIA DE LIMITACIONES ESTATUTARIAS A LA EDIFICACIÓN Y SU REFLEJO EN LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN 1.ª DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE MAYO DE 2009.

I. INTRODUCCIÓN

La constitución de urbanizaciones privadas, la extensión vertical del dominio en las ciudades y otras circunstancias propician la aparición de conjuntos inmobiliarios urbanos en un proceso de evolución natural acelerado por las necesidades de la vida moderna. Esas situaciones exigen una regulación de las relaciones entre propietarios que puede imponer, a través del régimen estatutario del conjunto, unas limitaciones a los actos de dominio exigibles por los miembros de la comunidad respectiva e invocables ante los Tribunales.

La Ley 8/1999, de 6 de abril, modificó la Ley de Propiedad Horizontal para incluir expresamente esta modalidad de propiedad estatutaria y denominarla complejo inmobiliario privado. Los principios de *numerus apertus* y de autonomía de la voluntad, a su vez, permiten que las limitaciones impuestas a los titulares de los elementos del complejo puedan ser de lo más variado, siempre que no atenten contra la Ley, la moral y el orden público.

Por otro lado, la confluencia de normas civiles y administrativas en la delimitación del derecho de propiedad urbana provoca con frecuencia un desfase entre lo autorizado urbanísticamente y lo permitido desde una perspectiva civil. En estos casos lo más frecuente es que la normativa civil no se oponga a la ejecución de una obra prohibida por el Planeamiento, pero también puede ocurrir que lo que permite el Plan sea contrario al régimen privado, especialmente en los conjuntos inmobiliarios.

El presente comentario trata de analizar precisamente estas situaciones de licitud administrativa e invalidez civil por causa de la aplicación de los estatutos de un complejo inmobiliario.

II. LA COEXISTENCIA DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO CONFIGURADOR DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD URBANA Y LA DEFINICIÓN JURÍDICO-REAL DEL DOMINIO POR LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL

La propiedad urbana se delimita por la legislación urbanística y el planeamiento aplicable, estableciendo el estatuto jurídico del titular del suelo o la edificación en lo que se ha considerado por la doctrina un régimen configurador del dominio, que no lo limita, sino que lo define. Las notas esenciales de la delimitación del derecho de propiedad sobre el suelo se han mantenido sustancialmente desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, habiendo señalado la doctrina como más relevantes, su reconocimiento, su definición en el plan, la previsión de cesiones y de la intervención administrativa[1]. En ese sentido, los artículos 3.1, y 7 a 9 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal, mantienen ese régimen, que apuntaba ya la legislación anterior desde el artículo 61 de la citada Ley de 12 de mayo de 1956 cuando declaraba: «*Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios*».

Las facultades del propietario del suelo, por lo tanto, de acuerdo con la legislación administrativa, se desenvuelven siempre dentro de los usos y los actos permitidos por el planeamiento, quedando la edificación o reforma de los edificios sometida a un régimen de autorización mediante licencia. Como consecuencia, la vulneración del régimen urbanístico supone ordinariamente incurrir en una infracción administrativa e incluso, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 319 y 321 del Código penal, puede ser constitutiva de delito.

A su vez, como derecho real típico proclamado en el artículo 33 de la Constitución y definido en el artículo 348 del Código Civil, el dominio es un derecho sometido únicamente a las limitaciones establecidas por las leyes. Sin embargo, la autonomía de la voluntad que se reconoce al propietario, entre otros, en el artículo 1255 del Código Civil y la eficacia de los contratos como *lex privata* entre las partes admiten la vinculación del dominio a los compromisos, obligaciones y limitaciones que resultan de los actos de su titular o le vienen impuestas por sus causantes. A estas limitaciones se unen las que derivan de la colisión entre derechos, como sucede, por ejemplo, con las relaciones de vecindad o las situaciones de copropiedad. En los conjuntos inmobiliarios la naturaleza de los mismos impone unas relaciones de vecindad o proximidad y una permanencia de servicios o elementos comunes que son inherentes al derecho de cada uno. Es

[1] Así, por ejemplo, LASO MARTÍNEZ, en su obra *Derecho Urbanístico,* Ed. Montecorvo, 1981, Tomo III, págs. 30 y 31, señala como notas distintivas las citadas y la diferenciación entre la propiedad del suelo y la titularidad sobre el aprovechamiento urbanístico, añadiendo la previsión de un régimen de equidistribución entre los propietarios o a través de una indemnización y el reconocimiento a la Administración de la potestad expropiatoria por un valor objetivo.

decir, la propiedad se define desde su origen intrínsecamente unida a la estructura física o jurídica común de manera que existen unas limitaciones derivadas de su propia constitución. Como consecuencia, el derecho a edificar o realizar obras sobre los elementos privativos o las fincas de cada titular puede quedar limitado para garantizar la funcionalidad de los servicios comunes o bien por razones estéticas o de otro carácter, que tienen que expresarse en una norma, generalmente los estatutos del complejo.

Esta situación restrictiva no es privativa de los complejos; de hecho, tal y como recordábamos en el artículo titulado «La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución en la ejecución de los planes urbanísticos», publicado en el número 654 de esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* página 1735 y siguientes*, «la coexistencia de determinados preceptos del Código Civil destinados a limitar las facultades edificatorias de los propietarios junto a una legislación urbanística que regula amplia y minuciosamente el ejercicio de dichas facultades, definiendo el contenido del derecho de la propiedad del suelo en su dimensión urbanística, genera a veces una confusa situación de inequívoca trascendencia práctica*». En esa ocasión hacíamos referencia al artículo 24 del Reglamento de Reparcelaciones, de 7 de abril de 1966 y la previsión en la letra N del citado artículo de la inclusión en el proyecto de reparcelación de un «*Estatuto de limitaciones que regule con carácter real: ubicación de los edificios, altura, tipo de construcción, destino, normas sobre conservación de espacios libres y demás semejantes*». Este Estatuto, en realidad, generaría un complejo inmobiliario a través de unas condiciones urbanísticas o estatutarias vinculantes con eficacia jurídico-real que ordenarían el conjunto.

A su vez, también desde Laso & Asociados hemos tratado la vertiente contraria del problema, consistente en que determinados actos puedan ser válidos civilmente e ilícitos desde la perspectiva administrativa. En ese sentido, cabe destacar el artículo publicado en el *Libro Homenaje a Tirso Carretero* (pág. 1169), Madrid, 1985, editado por el Colegio de Registradores, titulado «Ilicitud administrativa y validez civil», de Laso Martínez, págs. 1169 y siguientes.

En todo caso, es incuestionable que cuando el Derecho Civil y el Urbanístico colisionan, el interés público que protege este último provoca que prevalezcan generalmente sus determinaciones frente al interés privado del particular[2]. Incluso en materia edificatoria puede que el planeamiento obligue a ejecutar una obra colmando la edificabilidad, imponiendo una construcción contraria a la limitación estatutaria o a la servidumbre legal, pero en ese caso, la potestad delimitadora del dominio inmanente en el plan se impone frente al régimen iusprivatista. Ello resulta de las facultades reconocidas a la Administración en relación con

[2] Decimos que generalmente prevalecen porque, aunque el interés público prevalece sobre el privado, en un Estado de Derecho la imposición de las decisiones administrativas encuentra sus límites en los derechos fundamentales de los ciudadanos. No se puede así admitir que las decisiones e incluso las previsiones del Plan se impongan intempestivamente, al margen, por ejemplo, de los derechos del tercero hipotecario que, tiene que haber sido citado en los expedientes que le afecten y en los procesos que se refieren a los derechos inscritos a su favor. Así lo venimos destacando en esta tribuna, por ejemplo, en el artículo del número 725 de esta Revista titulado «La ejecución de las sentencias que anulan o declaran nulas licencias de edificación y su calificación registral», o en el anterior publicado en el número 702, titulado «Restauración del orden jurídico urbanístico perturbado y protección registral de los derechos inscritos: la orden judicial de demolición de edificaciones pertenecientes a un titular registral ajeno al proceso en que se acordó».

la orientación y composición arquitectónica de las edificaciones y la regulación, en los casos que fuera necesario, de sus características estéticas reconocidas ya en el artículo 3.1.*k)* de la Ley de 12 de mayo de 1956, que permanece en la legislación urbanística actual cuando reconoce que la potestad de planeamiento debe asegurar la adaptación de las edificaciones al ambiente en que estuvieran situadas (art. 10.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo vigente antes citado). Así las ordenanzas imponen normas que obedecen tanto a criterios funcionales o de seguridad, como a otros de marcado sentido estético. Como señala Santiago González Varas Ibáñez en su obra «Urbanismo y ordenación del Territorio», página 737 y siguiente, *«¿qué si no un fondo estético ha de motivar todas estas reglamentaciones urbanísticas que sirven de base o apoyo para tomar decisiones sobre las buhardillas, los tejados, los voladizos y las azoteas…?*

En tales casos, puede suceder que exista una altura mínima para garantizar la armonía de la cornisa, un modelo de fachada o la imposición urbanística de sujeción a una determinada alineación que resulten incompatibles con la normativa civil general o estatutaria. Entonces es evidente que prevalece el deber de ejecutar el Planeamiento (edificar es a la vez un derecho y un deber, como recuerda hoy el art. 9.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo) y no se puede eludir, menos aún, verificar contraviniendo las ordenanzas.

No es este, sin embargo, el supuesto que se analiza en la jurisprudencia que comentaremos en este artículo, que viene a resolver las controversias provocadas por un régimen estatutario más estricto que el urbanístico, pero no contradictorio con los deberes impuestos por el plan. Se estaría en el supuesto previsto en el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales cuando establece:

> «*12.1. Las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero.*
>
> *2. No podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades*».

III. LA CAUSA DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU EXISTENCIA

Los complejos o conjuntos inmobiliarios se desarrollaron de manera natural aun antes de la reforma del artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo testimonio de su existencia y de la aplicación a los mismos de la regulación de la propiedad horizontal, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de abril de 1980, o las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1985 o 20 de febrero de 1990[3].

---

[3] En el Derecho Comparado también se han desarrollado, siendo destacable la doctrina francesa desarrollada al respecto representada por Claude Giverdon, cuyas obras «Les "lots transitories" sont de véritables lots de copropiété», en *Chronique,* pág. 1; «Loyer et Copropiété de enero de 1992», y «L'exercice du droit exclusif de bâtir constituant la partie privative dún lot transitorie», en *Chronique,* pág. 1; «Loyer et Copropiété», de junio de 1992, y la que completó con Pierre Capoulade en 1997, titulada «Copropiété et enesembles inmobilièrs», publicada en el núm. 3 de la *Revue de Droit Imobilier,* pág. 477 y sigs., recopilan la Jurisprudencia y Resoluciones del Derecho galo en la materia.

En el artículo publicado por Eugenio LANZAS MARTÍN en el número 683 de esta misma REVISTA, págs. 1539 y siguientes, titulado «Conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal y declaración de obra nueva», comentando la Resolución de la Dirección General, de 23 de octubre de 2002, se analiza la nueva regulación derivada de la reforma del citado artículo 24 y se concluye que dicho artículo no impide sostener la idea de la diversidad de formas y manifestaciones de los conjuntos inmobiliarios.

Anteriormente, el artículo de José Luis LASO MARTÍNEZ, publicado en el número 619 de esta REVISTA, titulado «De la propiedad de casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», ya distinguía los conjuntos en que existe una conjunción de titularidades individuales por causa de una cotitularidad de bienes y servicios que recae sobre los titulares de los bienes privativos por razón de la cosa (bajo el marco de una titularidad *ob rem)* y la que, con independencia de que existan o no elementos o servicios comunes, vincula a varias fincas privativas a un régimen estatutario común de limitaciones recíprocas. Estos últimos no encajarían tan claramente en la denominada propiedad horizontal tumbada, institución que parece exige una copropiedad y la fijación de unas cuotas innecesarias en caso de sostenerse el complejo exclusivamente en el régimen estatutario de limitaciones recíprocas, pero tendrían una significación equivalente a los que nacen por la cotitularidad de bienes o servicios.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha corroborado la posición de LASO sosteniendo, por ejemplo, en la Resolución de 16 de junio de 2006, que «*el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, al regular la figura del complejo inmobiliario, se está refiriendo a diversos supuestos, ya conocidos, que se apartan de la propiedad horizontal clásica; tal es el caso de propiedades horizontales complejas, centros comerciales, conjuntos edificatorios en hilera, viviendas pareadas…*». Para la Dirección General los rasgos esenciales del conjunto inmobiliario son la existencia de una pluralidad de edificaciones o parcelas con destino a viviendas o locales independientes entre sí, que serían elementos privativos, la presencia de una copropiedad de los titulares de esos elementos sobre otros bienes o servicios por razón de la cosa y que el conjunto esté organizado (lo que conduce, por otra parte, inevitablemente a un régimen estatutario).

Como toda institución civil, la existencia de los complejos inmobiliarios obedece a una necesidad. Esta puede consistir en garantizar que los derechos de los titulares de determinados inmuebles se ejerce permitiendo el disfrute y mantenimiento de los elementos o servicios comunes, asegurar la armonía estética o también propiciar el uso adecuado de una urbanización o del conjunto, evitando que la voluntad particular de alguno de los titulares perjudique los intereses que se perseguían con la constitución del complejo[4]. Ello tiene más importancia de lo que puede parecer, puesto que la extensión vertical del dominio genera estructuras físicas con implicaciones tan intensas entre sí que sus titulares precisan un régimen claro y oportuno de relación suficientemente operativo. A su vez, los vacíos o los cambios en la normativa urbanística pueden facilitar o autorizar desde la perspectiva administrativa actividades o construcciones que frustren, por ejemplo,

[4] Entre las causas de constitución de urbanizaciones privadas, Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ, en su obra «La Comunidad Funcional», publicada en el *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LV, Fascículo I, de enero-marzo de 2002, págs. 212 y sigs., señala la que denomina una revisión crítica de la ciudad citando a Martín BLANCO y los factores geográficos psicológicos, jurídicos o económicos que han fomentado estos enclaves residenciales fuera de los cascos urbanos y a veces en una zona acotada de su interior.

el origen de toda una urbanización perjudicando objetivamente los intereses de la mayoría que fueron causa original de su ejecución.

En efecto, la experiencia ha demostrado que en ocasiones, por ejemplo, habiéndose constituido una urbanización de viviendas unifamiliares con una vocación de ser lugar de residencia y recreo garantizando un determinado estándar de calidad urbana y tranquilidad, se ha permitido por el planeamiento un cambio de calificación en parcelas originalmente destinadas a usos deportivos o similares para propiciar la localización de universidades, grandes centros de enseñanza o centros comerciales que rompían la armonía del conjunto, incluso de sus infraestructuras, que no estaban diseñadas para albergar una población flotante tan numerosa. Como veremos más adelante, el régimen estatutario puede ser un valladar para estos abusos, aunque la preeminencia de los deberes urbanísticos, singularmente el de ejecución del planeamiento sobre el régimen estatutario es evidente.

IV. LA PREVALENCIA DE LAS IMPOSICIONES URBANÍSTICAS EN CASO DE COLISIÓN ENTRE EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y EL CIVIL Y LA OBLIGATORIEDAD DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO EN LO QUE NO SUPONGA INFRINGIR LA NORMATIVA URBANÍSTICA O ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Como hemos visto, la colisión entre la normativa urbanística y la civil en materia edificatoria provoca ordinariamente la imposición de la primera por causa de interés público. En ese sentido, las limitaciones civiles a las facultades edificatorias del dominio se podrán imponer cuando la normativa no exija ejercerlas de tal manera que es imposible someterse a las mismas sin quebrar la ordenación o las disposiciones administrativas aplicables. Edificar es un deber impuesto por la Ley hasta el punto de que su incumplimiento puede conllevar la expropiación y ejecución sustitutoria. El ejercicio de ese deber, que forma parte de la función pública de ejecución del planeamiento, cuando entra en contradicción con una servidumbre o una limitación estatutaria, hace que esta quede superada por el marco definidor de los deberes de la propiedad del suelo, que se impone hasta el punto de poder expropiar la servidumbre o limitación si fuera necesario[5]. Ello no significa que haya que expropiar para poder edificar; en estos casos, puesto que para los integrantes del conjunto también el Plan define sus derechos, en los términos de los artículos 7 a 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal, únicamente tratamos de destacar la fuerza del Plan en este aspecto, que es absoluta.

En consecuencia, por supuesto que es invocable como excepción a cualquier acción reclamando el sometimiento al régimen estatutario de un conjunto el deber legal de edificar en plazo cumpliendo las ordenanzas. Lo que no es admisible

[5] La Legislación urbanística establece que la aprobación de los Planes Urbanísticos conlleva la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios y, a su vez, el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa no distingue entre unos derechos y otros, admitiendo la expropiación de servidumbres o derechos similares, si obedece a causa de utilidad pública. En los casos que analizamos no sería necesaria la expropiación, por aplicación directa de los artículos 7 a 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, pero resulta evidente que la ordenación se impone a todos por igual, incluso a los integrantes del Conjunto inmobiliario y que no admite excusas ni reservas de dispensación.

es sostener que porque urbanísticamente una obra es legal e incluso goza de autorización administrativa expresa y formal, ello suponga la liberación de las limitaciones del régimen estatutario de un conjunto inmobiliario que actúan en un plano diferente *inter partes*.

V. LA JURISPRUDENCIA CIVIL EN MATERIA DE LIMITACIONES ESTATUTARIAS A LA EDIFICACIÓN Y SU REFLEJO EN LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN 1.ª DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE MAYO DE 2009

Han sido diversos los testimonios de la jurisprudencia en relación con la vinculación de los titulares al régimen estatutario del conjunto incluso en las ocasiones en que las limitaciones estatutarias prohíben actos autorizados por el ordenamiento urbanístico.

Entre todas ellas destacamos la sentencia número 401/2009 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Civil, dictada el 28 de mayo de 2009, siendo ponente el Magistrado don José Antonio SEIJAS QUINTANA, porque trata un supuesto en el que las limitaciones estatutarias se orientaban a controlar la densidad medida en unidades de vivienda, de manera que, aunque los titulares pudieran obtener licencia para edificar más de una vivienda en su parcela, no podrían ejecutar la obra por razón de su pertenencia al conjunto inmobiliario. No se trata aquí del supuesto que tratábamos en el artículo publicado en el número 678 de esta Revista titulado «Comentario a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestada en Resoluciones como las de 18 de julio de 1996, 7 de octubre de 1999 y 16 de enero de 2002, en relación con el artículo 17.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (RDL 2/2008, de 20 de junio)». En ese caso se analizaba la posibilidad o no de inscribir divisiones que incrementan el número de viviendas que para una finca autoriza la licencia a la luz del artículo 53.*a)* del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y la vigente legislación de suelo estatal.

En efecto, como recoge el Fundamento Primero de la sentencia en el caso resuelto por la misma: «*la cuestión nuclear en torno a la cual gira la controversia se centra en determinar si es preferente la aplicación de la legislación en materia de suelo como se expresa en la sentencia de instancia o si, por el contrario, ha de atribuirse prioridad a lo dispuesto en los Estatutos de la Comunidad apelante*». En concreto, señala que: «*El problema trae causa de un proceso de menor cuantía que tuvo por objeto la declaración de obligatoria observancia de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios actora, así como el carácter contrario a derecho de los actos de división llevados a cabo por los demandados en relación con diversas fincas ubicadas en dicha Comunidad con condena a demoler los chalets que, en número superior a dos, se hubieran edificado en cada una de las parcelas*». En aquel supuesto, la sentencia de apelación había revocado la del Juzgado resolviendo a favor de los estatutos, razón por la que estimó la demanda y condenó a la demandada «*a abstenerse de edificar más chalés de los autorizados por los Estatutos y a demoler los construidos en contravención de los mismos*». En palabras del propio Tribunal Supremo, «*Se trata, en suma, de precisar si los dueños de las parcelas situadas en el ámbito de la comunidad han o no de ajustar la utilización y construcción a desarrollar a unos límites de edificabilidad impuestos por una mayoría de propietarios, frente a la posibilidad que el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid autoriza y aparece reconocido en licencias de construcción legítimamente obtenidas*».

La sociedad recurrente invocaba fundamentalmente el artículo 348 del Código Civil, los artículos que regulan la copropiedad en el mismo, el principio de jerarquía normativa, el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal y los artículos 2, 33 y 47 de la Constitución para sostener su derecho a edificar al margen de las limitaciones estatutarias del complejo en el que se integraba su finca, así como la legislación urbanística estatal y la de la Comunidad Autónoma correspondiente que, en este caso, era Madrid.

La sentencia aborda extensamente la cuestión y basa en lo que ahora interesa en los Fundamentos segundo a cuarto la desestimación del recurso de casación señalando:

«*SEGUNDO.*

Los derechos de disfrute, dice la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, "tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva. Por lo mismo íntimamente unidos a los derechos de disfrute aparecen los deberes de igual naturaleza... inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de convivencia normal y pacífica". Pues bien, el régimen jurídico aplicable a esta suerte de urbanizaciones, venía inicialmente establecido por la voluntad de los particulares propietarios, y a falta de pacto de los mismos con carácter subsidiario por la normativa de la Propiedad Horizontal, y como consecuencia lógica de todo ello había que tener muy en cuenta la jurisprudencia de esta Sala, interpretativa de la misma. En la actualidad, la actividad de las urbanizaciones privadas está regida por el artículo 24 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que modificaba la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, y denomina a dichas urbanizaciones como complejos inmobiliarios privados. Y es precisamente en defensa de los intereses generales y del régimen de propiedad horizontal, lo que autoriza a los propietarios, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, a configurar un régimen jurídico adaptado a esa peculiar naturaleza de las urbanizaciones privadas, limitando las facultades dispositivas de sus integrantes mediante la redacción de unos Estatutos en los que se disciplinan los derechos y obligaciones de todos ellos, sin contravención alguna que pudiera afectar al contenido del derecho singular que asiste a cada uno, desde el momento en que van dirigidos a asegurar el mejor disfrute de los comuneros; el equilibrio arquitectónico de la urbanización y a evitar un aumento de la densidad de la población en la misma, impidiendo la división o segregación de las parcelas en los términos que se establecen en el artículo 2; estatutos que tienen una eficacia configuradora absoluta y que producen efectos reales entre las partes que contribuyeron a su formación y constitución a los que obliga junto a los demás que de los mismos traigan causa por virtud de un negocio jurídico posterior, al margen de la inscripción registral, como sucede en este caso.

TERCERO.

Las limitaciones legales del dominio en la esfera civil son perfectamente compatibles con la plena vigencia de la planificación urbanística y con las previsiones

constitucionales y civiles sobre la regulación de usos de suelo y del derecho a la vivienda, vinculada al régimen propio de la Comunidad de Propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal. La necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares (SSTC de 21 de octubre de 1993 y 8 de marzo de 1999), al margen del carácter restrictivo a que deba sujetarse cualquier interpretación que suponga un menoscabo del derecho de propiedad, de tal forma que el hecho de que la actuación que se impugna se haya adecuado escrupulosamente a la normativa urbanística, de la que deriva una concreta licencia administrativa, no supone sin más su acomodación a la normativa civil, ni sirve para dirimir conflictos de esta naturaleza (STS de 14 de julio de 1992). El orden administrativo regula aspectos diferentes del civil, siendo ambos compatibles, de tal manera que la construcción de las obras aun cuando cuenten con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancia de los titulares de un derecho, como el de propiedad, a los que eventualmente puedan afectar, como sucede en el presente caso (STS de 18 de julio de 1997).

CUARTO.

Las normas estatutarias no han sido impugnadas ni el régimen establecido amplía ni desborda las facultades de derecho de dominio mas allá de las limitaciones impuestas por la legislación administrativa, por lo que no puede hablarse con fundamento de la existencia de conflicto alguno entre el orden civil y el privado, sino de ámbitos distintos perfectamente conciliables, en cuya virtud ha sido posible a la comunidad establecer un conjunto de reglas de constitución y de ejercicio de los derechos en orden al destino y a unos usos razonables que se ajustan a las previsiones mínimas impuestas por la normativa administrativa y al mejor disfrute de los intereses generales, los cuales se verían afectados de llevarse a cabo la división de las parcelas y la posterior construcción extralimitada, en beneficio de uno de los comuneros y en perjuicio evidente de los demás. El hecho de que los demandados se hayan situado deliberadamente al margen de la Comunidad, actuado por mera vía de hecho, es lo que ha permitido a la Comunidad de Propietarios, con el planteamiento del proceso del que este recurso dimana, exigir su cumplimiento sin que con ello esté infringiendo el principio de buena fe, pues su conducta, al actuar de tal forma, lejos de contrariar unos estatutos que lo impiden, solo supone el ejercicio normal de un derecho con la lícita finalidad de poner término a una trasgresión jurídica».

La prolija recensión de la sentencia es suficiente para exponer con claridad la exigibilidad del cumplimiento de las normas estatutarias de un conjunto inmobiliario con independencia de la licitud administrativa de los actos que realice el titular del bien privativo integrado en el complejo. La autorización administrativa siempre opera, como hemos destacado anteriormente, sin perjuicio del derecho de tercero, que puede ser perfectamente uno de los titulares del conjunto o la Comunidad de Propietarios del mismo. Evidentemente, solo estará legitimado para exigir el cumplimiento de la norma estatutaria quien ostente un derecho al respecto, pero, en tal caso, podría actuar incluso sin el consenso de la mayoría, en la medida en que la norma estatutaria estuviera en vigor.

RESUMEN

COMPLEJO INMOBILIARIO, PROPIEDAD HORIZONTAL, ESTATUTO, LIMITACIÓN, EDIFICACIÓN, LICENCIA, DISCIPLINA URBANÍSTICA

Comentario a la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2009.

ABSTRACT

BUILDING COMPLEX, HORIZONTAL PROPERTY, STATUTE, LIMITATION, BUILDING, PERMIT, MANDATORY DEVELOPMENT GUIDELINES

Commentary on the ruling handed down on 28 May 2009 by Section 1 of the Civil Division of the Supreme Court.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 30-1-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 29/2012. 28-12-2012, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

— Resolución de 14-2-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 1/2013. 25-1-2013, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

— Resolución de 14-2-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2013. 1-2-2013, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 1/2013. 25-1-2013. Prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

— Real Decreto-ley 2/2013. 1-2-2013. Medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

— Real Decreto-ley 3/2013. 22-2-2013. Modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 3/2013. 22-2-2013. Modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

— Real Decreto-ley 4/2013. 22-2-2013. Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

— Corrección de errores y erratas. Real Decreto-ley 4/2013. 22-2-2013. Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

— Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, hecho en Bruselas el 2-3-2012.

— Corrección de errores. Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, hecho en Bruselas el 2-3-2012.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10-12-2008.

— Corrección de errores. Ley 7/2012. 29-10-2012. Modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

— Corrección de errores. Ley 17/2012. 27-12-2012. Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 29/2012. 28-12-2012. Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1720/2012. 28-12-2012. Modifica el Real Decreto 1709/2011, de 18-11-2011, por el que se crea y regula el Foro de Cultura Inclusiva.

— Real Decreto 116/2013. 15-2-2013. Regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto.

— Orden 199/2013. 29-1-2013. Define el formato de entrega de los datos conservados por los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicaciones a los agentes facultados.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 7-2-2013. Publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre modificación del Acuerdo sobre composición y funcionamiento de la Sala Primera y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 132/2013. 24-1-2013. Regulan las oficinas de registro.

— Orden 172/2013. 18-1-2013. Convocan para su provisión destinos vacantes en la Carrera Fiscal.

— Orden 231/2013. 13-2-2013. Aplazamiento de la efectividad de la demarcación en relación con determinados Registros de la Propiedad creados por el Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes.

— Corrección de errores. Orden 231/2013. 13-2-2013. Aplazamiento de la efectividad de la demarcación en relación con determinados registros de la propiedad creados por el Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 3-12-2012. Dispone la jubilación de don José Raga Belmonte, Registrador de la Propiedad de Guadalajara, número 2.

— Resolución de 13-12-2012. Dispone la jubilación de don Carlos Permanyer Casas, Registrador de la Propiedad de Terrassa, número 1.

— Resolución de 19-12-2012. 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 20-12-2012. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero, letras de identificación

«L-02 Pastor» y sus anexos I y II, aprobado para el «Banco Pastor, S. A.», y su utilización por el «Banco Popular Español, S. A.».

— Resolución de 26-12-2012. Jubila a don José Tomás Bernal-Quirós Casciaro, Registrador de la Propiedad de Murcia, número 6.

— Resolución de 4-1-2013. Jubilación de don Francisco Sena Fernández, Registrador de la Propiedad en situación de excedencia voluntaria.

— Resolución de 6-2-2013. Convoca la provisión en concurso ordinario, número 287 de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 11-2-2013. Jubilación a don José María Cadenaba Coya, Registrador de la Propiedad de Gijón.

— Instrucción 10-1-2013. Lugar de celebración de matrimonios civiles por los alcaldes.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 90/2013. 8-2-2013. Aprueba el Programa anual 2013 del Plan Estadístico Nacional 2013-2016.

— Orden 1/2013. 2-1-2013. Dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2013 y enero de 2014 y se recogen las Cláusulas de Acción Colectiva normalizadas.

— Orden 159/2013. 6-2-2013. Modifica la parte II del anexo I de la Ley 16/2011, de 24-6-2011, de contratos de crédito al consumo.

— Resolución de 21-12-2012. Fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores a tipo de interés variable, vencimiento el 30-11-2014, el 31-5-2015, el 30-11-2015, el 31-5-2016, el 30-11-2016 y el 31-5-2017, durante el próximo periodo de interés.

— Resolución de 8-1-2013. Publica 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 10-1-2013. Modifica la de 20-7-2012, por la que se establecen las condiciones de actuación de los Creadores de Mercado de Deuda Pública del Reino de España.

— Resolución de 20-2-2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se modifica la relación de Creadores de Mercado de Bonos y Obligaciones del Reino de España.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1/2013. 11-1-2013. Modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por Real Decreto 946/2001, de 3-8-2001.

— Real Decreto 52/2013. 1-2-2013. Modifica el Real Decreto 256/2012, 27-1-2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

— Orden 70/2013. 30-1-2013. Aprueba el modelo 230: «IRPF e Impuesto sobre la Renta de no Residentes: Retenciones e ingresos a cuenta del Gravamen Especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas; IS: Retenciones e ingresos a cuenta sobre los premios de determinadas loterías y apuestas. Autoliquidación», y el modelo 136: «IRPF e Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Gravamen Especial sobre los Premios de determinadas Loterías y Apuestas. Autoliquidación».

— Orden 72/2013. 30-1-2013. Aprueba el modelo 720, declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, a que se refiere la Disposición Adicional 18.ª de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, y se determinan el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación.

— Orden 174/2013. 28-1-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se conceden incentivos regionales previstos en la Ley 50/1985, de 27-12-1985, para la realización de proyectos de inversión y se resuelven solicitudes de modificación de condiciones de expedientes en vigor.

— Orden 303/2013. 26-2-2013. Aprueba la relación de valores negociados en mercados organizados, con su valor de negociación medio correspondiente al cuarto trimestre de 2012, a efectos de la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio del año 2012 y de la declaración informativa anual acerca de valores, seguros y rentas y por la que se deroga la Orden 3031/2011, de 8-11-2011, por la que se aprueban las normas de gestión, autoliquidación y los modelos de impresos para el pago de la tasa por la gestión administrativa del juego.

— Resolución de 22-1-2013. Modifica la Resolución de 26-12-2005, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

— Resolución de 22-1-2013. Organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Resolución de 24-1-2013. AEAT, por la que se publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 7-2-2013. Emplaza a los interesados en el recurso contencioso-administrativo 34/2013, interpuesto contra la Orden 2662/2012, 13-12-2012, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima.

— Resolución de 15-2-2013. AEAT. Adoptan medidas sobre estructura organizativa y se modifica la Resolución de 21-9-2004, por la que se establece la estructura y organización territorial de la AEAT.

— Corrección de errores. Resolución de 28-12-2012. Dicta instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Acuerdo 14-12-2012. Delegación de competencias.

— Circular 1/2013. 30-1-2013. Comunicación de informaciones relativas a empresas de servicios de inversión y sus sociedades dominantes y a sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 26-12-2012. Modifica la Resolución de 11-12-1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España.

— Resolución de 2-1-2013. 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 18-1-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 1-2-2013. 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 1-2-2013. Publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 4-2-2013. Publica la relación de entidades participantes (asociadas y representadas) a 1-2-2013 en el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

— Resolución de 20-2-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

— Resolución de 11-2-2013. Acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de la Entidad Banco de Valencia, S. A.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Orden 2825/2012. 27-12-2012. Prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5-1-2012, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012.

— Orden 56/2013. 28-1-2013. Desarrolla las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Corrección de erratas. Orden 56/2013. 28-1-2013. Desarrolla las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 17/2012, 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Orden 66/2013. 28-1-2013. Actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

— Corrección de errores. Orden 66/2013. 28-1-2013. Actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

— Orden 150/2013. 28-1-2013. Dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos de la Seguridad Social.

— Orden 186/2013. 7-2-2013. Determina la adscripción de la caja pagadora de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

— Resolución de 4-2-2013. Modifica la 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 24-1-2013. 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.

— Corrección de errores. Resolución de 24-1-2013. 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.

— Aplicación provisional del protocolo por el que se modifica el Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, con el fin de tener en cuenta la Adhesión a la Unión Europea de la República de Bulgaria y de Rumanía, hecho en Bruselas el 18-6-2012.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Malí en materia de lucha contra la delincuencia internacional organizada, hecho *ad referéndum* en Madrid el 16-10-2008.

— Declaración de Aceptación por España de la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Enmiendas de 2011 al Código Internacional de dispositivos de salvamento (código IDS) adoptadas en Londres el 20-5-2011 mediante Resolución MSC.320(89).

— Enmienda al Anexo I de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Copenhague el 18-12-2009.

— Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República de Croacia en materia de lucha contra la delincuencia y asuntos de seguridad, hecho en Madrid el 24-10-2011.

— Corrección de erratas. Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23-7-2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24-7-2012.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Orden 7/2013, 9-1-2013. Modifica la Orden ECI/2211/2007, de 12-7-2007, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la Educación Primaria, y la Orden ECI/2220/2007, de 12-7-2007, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la ESO.

— Resolución de 17-1-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23-11-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 17-1-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23-11-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 17-1-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23-11-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 28-1-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Permanente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado, en el que se establecen los precios públicos de entrada al Museo.

— Resolución de 8-2-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25-1-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Resolución de 16-1-2013. Establece medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 2013.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 89/2013. 8-2-2013. Regula la concesión directa de ayudas del Plan de Impulso al Medio Ambiente «PIMA Aire» para la adquisición de vehículos comerciales.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Real Decreto 1718/2012. 28-12-2012. Determina el procedimiento para realizar la lectura y facturación de los suministros de energía en baja tensión con potencia contratada no superior a 15 Kw.

— Resolución de 28-12-2012. Publica la tarifa de último recurso de gas natural.

— Resolución de 18-1-2013. Corrige errores de la Resolución de 28-12-2012, por la que se publica la tarifa de último recurso de gas natural.

— Resolución de 19-2-2013. Revisa el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir de 1-3-2013.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Real Decreto 3/2013. 11-1-2013. Modifica el Real Decreto 358/1991, de 15-3-1991, por el que se reordena la ONCE.

— Orden 200/2013. 7-2-2013. Aprueban los modelos de impresos de documentos a utilizar en el ámbito médico de la sanidad exterior.

— Resolución de 11-1-2013. Establece el procedimiento de reembolso del exceso de aportación farmacéutica a los usuarios que ostenten la condición de asegurados pensionistas, así como por sus beneficiarios.

— Resolución de 18-2-2013. Actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y se establece visado para los medicamentos que han sido excluidos de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, pero permanecen financiados excepcionalmente para las indicaciones establecidas en función del grupo terapéutico al que pertenecen.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 20/2013. 18-1-2013. Modifica el Reglamento general de recompensas militares, aprobado por el Real Decreto 1040/2003, de 1-8-2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 229/2012. 10-12-2012. Recurso de amparo 7.262-2009. Promovido por don R. L. M., respecto de las resoluciones dictadas por la Sección Decimosexta de la A. P. de Madrid sobre liquidación de condena. Vulneración del derecho a la libertad: prolongación ilegítima de la privación de libertad al no abonarse, para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, parte del tiempo de la prisión preventiva acordada en la misma causa (STC 57/2008); resoluciones judiciales que desestiman una pretensión de doble abono del tiempo de prisión preventiva (STC 92/2012).

— Sentencia 230/2012. 10-12-2012. Recurso de amparo 1.134-2010. Promovido por don C. L. T. Abreu con respecto a los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, número 4 de Andalucía, que desestimaron la impugnación de una resolución sancionadora adoptada por la comisión disciplinaria del centro penitenciario Puerto I. Vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: Resolución sancionadora cuyo relato de hechos trae causa de la intervención administrativa de las comunicaciones dirigidas por un recluso al juez de vigilancia penitenciaria (STC 107/2012).

— Sentencia 231/2012. 10-12-2012. Recurso de amparo 3.869-2011. Promovido por don J. G. M. en relación con las resoluciones del Juzgado de lo Social, número 4 de Ourense, que inadmitieron su demanda de reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Inadmisión arbitraria de demanda social, fruto de la valoración de su calidad técnica y rigor expresivo.

— Sentencia 232/2012. 10-12-2012. Recurso de amparo 3.251-2012. Promovido por don H. S. F. en relación con las Resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordaron su extradición a la República Árabe

de Egipto. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): resolución jurisdiccional por la que se acuerda la extradición de nacional español, al apreciar un mantenimiento fraudulento de la nacionalidad española, que se funda en una argumentación incompatible con las exigencias de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la libertad de residencia (SSTC 205/2012 y 206/2012).

— Sentencia 233/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 5.019-2000. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. Límites a los decretos leyes; competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, bases del régimen energético y urbanismo: preceptos estatales relativos al régimen urbanístico de los espacios ubicados en grandes establecimientos comerciales que se destinen al suministro de combustible a vehículos que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias (STC 170/2012). Voto particular.

— Sentencia 234/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 4288-2001. Interpuesto por sesenta y cinco Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso en relación con la Disposición Adicional 8.ª de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 1/2001, de 24-4-2001, del suelo. Principios de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y protección del medio ambiente: nulidad de la disposición legal que procede a una nueva delimitación territorial de espacios naturales protegidos en términos que generan incertidumbre acerca de qué concretas partes del territorio autonómico son acreedoras de protección ambiental.

— Sentencia 235/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.870-2003. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 53/2002, de 30-12-2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Competencias sobre Administración de Justicia, aeropuertos, telecomunicaciones y televisión: nulidad de los preceptos legales que atribuyen a la Administración del Estado el ejercicio de competencias de supervisión sobre formación de cadenas televisivas y emisión en cadena cuando estas actividades se desarrollen en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

— Sentencia 236/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 1.004-2004. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con el artículo 1.2 de la Ley 41/2003, de 18-11-2003, 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. Competencias sobre legislación civil y hacienda general; principios de igualdad en la ley y justicia tributaria: Constitucionalidad del precepto relativo a la preferencia aplicativa del régimen de protección del patrimonio de personas con discapacidad establecido en la propia Ley 41/2003, de 18-11-2003.

— Sentencia 237/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 4.786-2004. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18-6-2004, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del plan hidrológico nacional. Límites a los Decretos-leyes; planificación económica y principios de interdicción de la arbitrariedad y de utilización racional de los recursos naturales: constitucionalidad del Decreto-ley que deroga las previsiones de la Ley del plan hidrológico nacional relativas al trasvase de aguas del Ebro.

— Sentencia 238/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 2.169-2005. Interpuesto por ochenta y dos Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley Orgánica 2/2004, de 28-12-2004, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial. Principios de Estado democrático de Derecho, democracia parlamentaria, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica; procedimiento legislativo; garantías de la independencia judicial: Constitucionalidad de las disposiciones legales relativas al régimen de mayorías necesarias para la adopción de determinados acuerdos por el CGPJ.

— Sentencia 239/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 6.522-2005. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia en relación con diversos preceptos de la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22-6-2005. Competencias sobre aguas: Interpretación conforme de la previsión legal relativa a la incorporación al plan hidrológico de la cuenca del río Ebro de los caudales ambientales establecidos en el plan integral de protección del Delta del Ebro (STC 195/2012).

— Sentencia 240/2012. 13-12-2012. Recurso de inconstitucionalidad 6.651-2005. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de Castilla y León en relación con diversos preceptos de la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22-6-2005. Competencias sobre aguas: Interpretación conforme de la previsión legal relativa a la incorporación al plan hidrológico de la cuenca del río Ebro de los caudales ambientales establecidos en el plan integral de protección del Delta del Ebro (STC 195/2012).

— Sentencia 241/2012. 17-12-2012. Recurso de amparo 7.304-2007. Tutela de derechos fundamentales. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: Intervención empresarial de comunicaciones informáticas resultante de un hallazgo casual y que se efectúa sobre un programa introducido en un soporte de uso común por todos los trabajadores. Voto particular.

— Sentencia 242/2012. 17-12-2012. Recurso de amparo 7.585-2010. Modificación puntual del plan general de ordenación urbana. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Entidades mercantiles que no fueron emplazadas personalmente al proceso pese a ostentar interés legítimo en su condición de propietarias de parcelas hoteleras afectadas por la modificación del planeamiento urbanístico controvertida.

— Sentencia 243/2012. 17-12-2012. Conflicto Positivo de Competencia 5.413-2012. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto de la Orden SSI/1.209/2012, de 4-6-2012, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía y asistencia social: nulidad de diversos preceptos reglamentarios estatales que vulneran competencias de la Generalitat de Cataluña (STC 13/1992).

— Sentencia 244/2012. 18-12-2012. Conflicto Positivo de Competencia 7.264-2003. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con el Real Decreto 1046/2003, de 1-8-2003, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua. Competencias en materia laboral: Atribución a la Administración del Estado del ejercicio de funciones ejecutivas que vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña al basarse exclusivamente en los efectos territoriales de las actuaciones; interpretación conforme de preceptos reglamentarios relativos a la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (STC 95/2002). Voto particular.

— Sentencia 245/2012. 18-12-2012. Recursos de inconstitucionalidad 908-2004, 909-2004, 917-2004, 918-2004, 930-2004 y 933-2004 (acumulados). Interpuestos por la Junta de Extremadura, el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, la Diputación de Aragón y la Junta de Comunidades de Castilla y León en relación con diversos preceptos de la Ley 39/2003, de 17-11-2003, del sector ferroviario. Competencias sobre ferrocarriles: Nulidad de la disposición legal que define la red ferroviaria de interés general por relación a las infraestructuras ferroviarias explotadas por organismos dependientes de la Administración del Estado. Voto particular.

— Sentencia 246/2012. 20-12-2012. Cuestiones de inconstitucionalidad 1.992-2010 y 7.128-2010 (acumuladas). Planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid en relación con los artículos 32.4 y 33.3 de la Ley 2/2003, de 11-3-2003, de Administración Local de la Comunidad de Madrid. Derechos a la igualdad en la ley y al ejercicio de los cargos públicos: nulidad del precepto legal autonómico que excluye absolutamente la participación de los concejales no adscritos en las comisiones informativas municipales; interpretación conforme del precepto legal que atribuye menos derechos a los concejales no adscritos que a aquellos otros incorporados a un grupo municipal (SSTC 32/1985 y 169/2009).

— Sentencia 1/2013. 14-1-2013. Recurso de amparo 2271-2011. Condena por un delito de injurias con publicidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): Apartamiento consciente de una doctrina reiterada y conocida del TC que conlleva una apreciación sobre la prescripción delito que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado (STC 59/2010).

— Sentencia 2/2013. 14-1-2013. Recurso de amparo 563-2012. Delitos contra la hacienda pública. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): Sentencia de apelación que se aparta conscientemente de una doctrina reiterada y conocida del TC (STC 59/2010).

— Sentencia 3/2013. 17-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.893-2002. En relación con el artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26-12-2001, de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas. Competencias sobre colegios profesionales: Nulidad del precepto legal que establece los supuestos de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos autonómicos.

— Sentencia 4/2013. 17-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4.573-2002. En relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2002, de 25-4-2002, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura. Competencias sobre ordenación general de la economía, régimen energético y defensa de los consumidores: nulidad del precepto legal que impone la vigencia de un mismo nivel de calidad de suministro de energía eléctrica en todo el territorio autonómico; interpretación del precepto relativo a la reducción de la factura por consumo de energía eléctrica resultante de la pérdida de la calidad del suministro.

— Sentencia 5/2013. 17-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.762-2002. Respecto a varios preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2002, de 28-6-2002, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña. Competencias sobre medio ambiente, infraestructuras de transporte y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas: inaplicabilidad a las infraestructuras de titularidad estatal del precepto legal autonómico relativo al plan de medidas para minimizar el impacto acústico. Voto particular.

— Sentencia 6/2013. 17-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.661-2003. En relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23-12-2002, de calidad de la educación. Competencias sobre educación: Constitucionalidad de las disposiciones legales estatales (STC 184/2012).

— Sentencia 7/2013. 17-1-2013. Conflicto positivo de competencia 3.030-2006. En relación con la resolución de la Secretaría General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas de 17-10-2005, por la que se ordena la publicación del IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones Públicas. Competencias sobre legislación laboral, régimen jurídico de las Administraciones Públicas y régimen estatutario de los funcionarios públicos: competencias de ejecución cuyo ejercicio corresponde a la Generalitat de Cataluña (STC 225/2012).

— Sentencia 8/2013. 17-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.586-2008. Frente al artículo único, apartado uno de la Ley 12/2007, de 2-7-2007, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7-10-1998, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 26-6-2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Competencias sobre ordenación general de la economía y régimen energético: constitucionalidad del precepto legal que atribuye a la Administración del Estado la competencia para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación que afecten al subsuelo marino.

— Sentencia 9/2013. 28-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.159-2008. En relación con la Disposición Adicional 60.ª de la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de presupuestos generales del Estado para 2008. Límites materiales a las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal que establece la titulación necesaria para acceder al cuerpo superior de auditores del TC (STC 32/2000).

— Sentencia 10/2013. 28-1-2013. Recurso de amparo 2.741-2010. Respecto de las resoluciones de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la LOPJ que acordaron la disolución de los grupos municipales de Acción Nacionalista Vasca/Eusko Abertzale Ekintza. Supuesta vulneración de los derechos al ejercicio de los cargos públicos y a la tutela judicial efectiva: disolución de grupos municipales coherente con las resoluciones judiciales declaratorias de la ilegalidad de un partido político y que no lesiona la función representativa de los concejales que los integraban.

— Sentencia 11/2013. 28-1-2013. Recurso de amparo 6.052-2010. En relación con la resolución del Ministerio del Interior desestimatoria de su solicitud de abono de indemnización por residencia eventual en el extranjero y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, que la confirmó. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: Sección de apoyo de una Sala que no justifica el abandono del criterio que venía manteniendo la sección ordinaria (STC 122/2001).

— Sentencia 12/2013. 28-1-2013. Recurso de amparo 326-2011. En relación con los Autos de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de un Juzgado de Instrucción de Bilbao que archivaron las diligencias previas por un delito de torturas. Supuesta vulneración de los derechos a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías: Investigación suficiente de una denuncia de tortura o tratos inhumanos y degradantes que se dicen sufridos bajo custodia policial (STC 182/2012). Voto particular.

— Sentencia 13/2013. 28-1-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5.371-2011. Respecto al apartado 7 del artículo 16.2.*b)* de la Ley 20/1998, de 27-11-1998, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid. Derecho a la legalidad sancionadora: nulidad del precepto legal que vulnera la garantía formal del principio de legalidad sancionadora al remitir al reglamento la definición de los elementos esenciales de la conducta infractora.

— Sentencia 14/2013. 31-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.521-2002. En relación con el artículo 20.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2001, de 13-7-2001, de archivos y documentos. Competencias sobre archivos

y cultura: constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que integran en el sistema de archivos de Cataluña el Archivo de la Corona de Aragón y los archivos históricos provinciales (STC 103/1988).

— Sentencia 15/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 6.326-2003. En relación con diversos preceptos del Real Decreto 830/2003, de 27-6-2003, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la educación primaria. Competencias sobre educación: validez de las disposiciones reglamentarias relativas a los contenidos y horarios de las áreas lingüísticas con las que se persigue garantizar el conocimiento del castellano sin detrimento de las lenguas cooficiales (STC 87/1983).

— Sentencia 16/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 122-2004. Relación con el Real Decreto 1046/2003, de 1-8-2003, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua. Competencias en materia laboral: Atribución a la Administración del Estado del ejercicio de funciones ejecutivas que vulnera las competencias de la Junta de Galicia al basarse exclusivamente en los efectos territoriales de las actuaciones; interpretación conforme de preceptos reglamentarios relativos a la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (STC 244/2012). Voto particular.

— Sentencia 17/2013. 31-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.024-2004. Respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20-11-2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; de la Ley 7/1985, de 2-4-1985, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10-1-1991, de competencia desleal. Derecho a la protección de datos; garantías del procedimiento administrativo sancionador y competencias en materia de procedimiento administrativo: interpretación conforme de los preceptos legales relativos a la comunicación interadministrativa de datos, el acceso a los datos del padrón y los registros de personas y bienes de los extranjeros internados (SSTC 292/2000 y 236/2007). Voto particular.

— Sentencia 18/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 5.280-2004. Respecto de la Orden JUS/1.133/2004, de 5-4-2004, por la que se convocan, para la provisión por el sistema de libre designación y para el cuerpo de secretarios judiciales, los puestos de trabajo de Secretarios de Gobierno del TS, AN, TTSSJJ y ciudades de Ceuta y Melilla. Competencias sobre Administración de Justicia: convocatoria de provisión de puestos de secretarios judiciales que no afecta a las competencias ejecutivas autonómicas (STC 224/2012).

— Sentencia 19/2013. 31-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.595-2005. En relación con diversos preceptos de la Ley 11/2005, de 22-6-2005, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del plan hidrológico nacional. Principios de participación, interdicción de la arbitrariedad y utilización racional

de los recursos naturales: constitucionalidad tanto de la derogación de las previsiones de la Ley del Plan Hidrológico Nacional relativas al trasvase de aguas del Ebro (STC 237/2012), como de los preceptos relativos a la elaboración y aprobación del plan integral de protección del Delta del Ebro (STC 195/2012).

— Sentencia 20/2013. 31-1-2013. Recurso de inconstitucionalidad 9.007-2005. En relación con diversos preceptos de la Ley 21/2005, de 17-11-2005, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica. Principios de interdicción de la arbitrariedad y protección del patrimonio cultural; competencias en materia de archivos: constitucionalidad de los preceptos legales estatales que establecen un régimen especial para Cataluña de devolución de documentos.

— Sentencia 21/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 7.625-2006. En relación con la Orden TAS/892/2006, de 23-3-2006, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social: preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (SSTC 13/1992 y 178/2011). Voto particular.

— Sentencia 22/2013. 31-1-2013. Recurso de amparo 8928-2006. En relación con la SAP de Madrid que le condenó, en apelación, por dos delitos de homicidio imprudente en concurso con un delito contra la seguridad de los trabajadores. Supuesta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías; vulneración del derecho a la presunción de inocencia: apreciación inmotivada de la falta de diligencia del acusado para prevenir la producción del accidente (STC 12/2011).

— Sentencia 23/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 9.881-2006. En relación con el Real Decreto 918/2006, de 28-7-2006, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a ayuntamientos para proyectos de acción social a favor de las personas mayores en situación de dependencia. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, régimen local, asistencia social y desarrollo comunitario: titularidad autonómica de la competencia (STC 13/1992).

— Sentencia 24/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 3.726-2007. En relación con diversos preceptos del Real Decreto 1631/2006, de 29-12-2013, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria. Competencias sobre educación: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales sobre programas de cualificación profesional inicial y enseñanza de las lenguas propias (STC 88/1983).

— Sentencia 25/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 3.727-2007. En relación con diversos preceptos del Real Decreto 1538/2006, de 15-12-

2006, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. Competencias sobre educación: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales que regulan los módulos de formación en centros de trabajo y de proyecto (STC 111/2012).

— Sentencia 26/2013. 31-1-2013. Conflicto positivo de competencia 9.077-2008. Respecto a la Orden TIN/2.158/2008, de 18-7-2008, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones a entidades locales para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes, y la Resolución de 11-8-2008, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración, hacienda general, régimen jurídico de las Administraciones públicas y asistencia social: disposiciones reglamentarias estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (SSTC 13/1992 y 178/2011).

— Auto 237/2012. 11-12-2012. Inadmite a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad 4.838-2012, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 11 de Madrid, en relación con el artículo 138 de la Ley 16/1987, de 30-7-1987, de ordenación de transportes terrestres.

— Auto 247/2012. 18-12-2012. Inadmite a trámite la Cuestión de Inconstitucionalidad 2.220-2012, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 4 de Granada, en relación con el artículo 20.4 de la Ley 1/2010, de 8-3-2010, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía.

— Auto 9/2013. 15-1-2013. Inadmite a trámite el conflicto en defensa de la autonomía local 4.038-2011, planteado por treinta y seis municipios de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de 26-1-2011, por el que se modifica el artículo 6 bis de la Ley 11/1997, de 2-12-1997, de regulación del sector eléctrico canario.

— Auto 23/2013. 29-1-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6.898-2011, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en relación con el artículo 55.1 de la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27-2-1998, de protección del medio ambiente.

— Conflicto Positivo de Competencia 6.329-2003. En relación con los artículos 5, 6 y 10, la Disposición Final 1.ª y el Anexo del Real Decreto 829/2003, de 27-6-2003, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la Educación Infantil.

— Conflicto Positivo de Competencia 136-2013. Contra la Disposición Final 117/2012, 31-10-2012, por el que se modifica el Disposición Final 640/1996, de 18-11-1996, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra.

— Conflicto Positivo de Competencia 443-2013. En relación con los artículos 16.8, último inciso del párrafo primero; 22.2; 30.5; 31.2 y Disposición Final 1.ª del Real Decreto 1529/2012, de 8-11-2012, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 1.571-2002. En relación con la Disposición Adicional 23.ª, «pago de subvenciones a partidos políticos», de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1 y 81 CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 1.572-2002. En relación con el apartado primero de la Disposición Adicional 23.ª, «pago de subvenciones a partidos políticos», de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por posible vulneración.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 1.573-2002. En relación con la Disposición Adicional 23.ª, «pago de subvenciones a partidos políticos», de la Ley 24/2001, de 27-12-2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1 y 81 CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.642-2012. En relación con el apartado *c)* de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 40/2007, de 4-12-2007, de medidas en materia de Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 10.1 y 14 de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.660-2012. En relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 219-2013. En relación con el artículo 41.1 de la Ley 11/2010, de 30-12-2010, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2011, por posible vulneración del artículo 9.3 CE.

— Recurso de Inconstitucionalidad 2.393-2008. En relación con la Disposición Adicional 60.ª de la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

— Recurso de Inconstitucionalidad 7.208-2012. Contra los artículos 16 (en lo relativo al nuevo art. 3.bis.1.1, apdo. 1, del TR de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalitat de Cataluña) y 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20-3-2012, de Medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

— Recurso de Inconstitucionalidad 7.279-2012. Contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18-12-2012, del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

— Recurso de Inconstitucionalidad 27-2013. Contra los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley 1/2012, de 26-3-2012, para la Protección de los Derechos de los Consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid.

— Recurso de Inconstitucionalidad 301-2013. Contra los artículos 3, 4, 6.Uno; 6.Tres, 6.Cuatro y 7 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Recurso de Inconstitucionalidad 370-2013. Contra los artículos 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Recurso de Inconstitucionalidad 382-2013. Contra los artículos 3 y 4 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

— Recurso de Inconstitucionalidad 414-2013. Contra los artículos 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro y Disposición Final 6.ª Uno del Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

— Recurso de Inconstitucionalidad 419-2013. Contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

— Recurso de Inconstitucionalidad 433-2013. Contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

TRIBUNAL DE CUENTAS

— Resolución de 14-1-2013. Amplía el ámbito de funcionamiento del registro telemático del Tribunal de Cuentas para la recepción de la información y documentación relativa a la contratación llevada a cabo por las entidades integrantes del sector público empresarial estatal.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto-ley 1/2013. 29-1-2013. Modifica el Decreto Legislativo 1/2012, 20-3-2012, por el que se aprueba el TR de la Ley del Comercio Interior de

Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico.

— Decreto Legislativo 1/2013. 8-1-2013. Aprueba el TR de la Ley andaluza de Universidades.

— Decreto 1/2013. 8-1-2013. Regula la autorización para la constitución y funcionamiento de Biobancos con fines de investigación biomédica, se crean el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

— Decreto 12/2013. 12-2-2013. Nombra Vocal del Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.

— Resolución de 21-12-2012. Nombra Registradores y Registradoras de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Resolución de 21-1-2013. Da publicidad a las directrices generales del Plan de Control Tributario para 2013.

— Resolución de 15-2-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 1/2013, de 29-1-2013, por el que se modifica el Decreto Legislativo 1/2012, de 20-3-2012, por el que se aprueba el TR de la Ley de Comercio Interior de Andalucía y se establecen otras medidas urgentes en el ámbito comercial, turístico y urbanístico.

— Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 6-9-2011, por el que se aprueba el Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía, y de 26-7-2012, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía.

— Recurso de Inconstitucionalidad 4.539-2012, contra el artículo único del Decreto-ley 3/2011, de 13-12-2011, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 8/2012. 13-12-2012. Autoridad del profesorado en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Ley 9/2012. 27-12-2012. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013.

— Corrección de errores. Ley 9/2012. 27-12-2012. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2013.

— Ley 10/2012. 27-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto-ley 3/2012. 26-12-2012. Concede un suplemento de crédito para atender obligaciones pendientes de imputar al presupuesto.

— Decreto 1/2013. 9-1-2013. Crea y regula el Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual de Aragón.

— Decreto 17-1-2013. Modifica el Decreto 31-1-2012, relativo a la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno de Aragón.

— Decreto 17/2013. 19-2-2013. Regula el procedimiento para la presentación y el pago telemático de las tasas y los precios públicos gestionados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y se crea el fichero de datos de carácter personal «Usuarios del Sistema de Pago Telemático de Tasas y Precios Públicos» gestionado por el Departamento de Hacienda y Administración Pública.

— Orden 14-12-2012. Dispone la publicación del convenio de adhesión del Ayuntamiento de Villanúa al convenio de colaboración, firmado el 21-11-2005, entre el Gobierno de Aragón y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre —Real Casa de la Moneda— para la prestación de servicios de certificación de firma electrónica y otros servicios relativos a la administración electrónica.

— Resolución de 7-2-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 1/2013. 9-1-2013, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican la Ley 9/1989, de 5-10-1989, de ordenación de la actividad comercial, y la Ley 7/2005, de 4-10-2005, de horarios comerciales y apertura de festivos.

ASTURIAS

— Decreto 9/2013. 5-2-2013. Declara de utilidad pública, interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de carácter privado de la zona de Monte de Cobos.

BALEARES

— Decreto 6/2013. 8-2-2013. Medidas de simplificación documental de los procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Decreto 6/2013. 8-2-2013. Medidas de simplificación documental de los procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Decreto 3/2013. 25-1-2013, de modificación del Decreto 64/2005, de 10-6-2005, de creación del Fondo de Garantía Agraria y Pesquera de las Illes Balears y del Decreto 65/2007, de 25-5-2007, de constitución, organización y funcionamiento del organismo pagador de los gastos del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Corrección de errores. Anexo Orden del consejero de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio de 29-1-2013, por la cual se aprueba el Pliego de condiciones de la indicación geográfica protegida Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 2/2013. 10-1-2013. Modifica el Decreto 170/2011, de 12-7-2011, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.

— Decreto 6/2013. 21-1-2013. Crea la Unidad de Modernización Administrativa de la Presidencia del Gobierno.

— Decreto 27/2013. 17-1-2013. Modifica el Decreto 268/2011, de 4-8-2011, por el que se aprueba el Reglamento de gestión de los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Corrección de errores. Decreto 27/2013. 17-1-2013. Modifica el Decreto 268/2011, de 4-8-2011, por el que se aprueba el Reglamento de gestión de los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Decreto 30/2013. 8-2-2013. Crea el Registro Autonómico de Planes de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia.

— Orden 14-12-2012. Acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, dirigidas a personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes.

— Resolución de 18-1-2013. Adapta los modelos para la presentación del IS y D, modelo 660 de declaración de Sucesiones, y modelo 650 de autoliquidación de Sucesiones.

— Resolución de 24-1-2013. Ordena la publicación del Convenio entre la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias y la Empresa Pública Gestión Recaudatoria de Canarias, S. A., para la prestación de servicios en materia de información y asistencia a los obligados tributarios y de gestión de cobro de ingresos de derecho público de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Resolución de 24-1-2013. Ordena la publicación del Convenio entre la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias y la Empresa Pública Gestión Recaudatoria de Canarias, S. A., para la prestación de determinados servicios en materia tributaria.

— Corrección de errores. Ley 8/2012. 27-12-2012. Medidas administrativas y fiscales complementarias a las de la Ley 4/2012, de 25-6-2012.

CANTABRIA

— Ley 9/2012. 26-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2013.

— Ley 10/2012. 26-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Corrección de errores. Ley 10/2012. 26-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Decreto 3/2013. 14-2-2013. Regula la inspección técnica de edificios.

— Orden 6/2013. 20-2-2013. Crea y regula el módulo gestión de facturas en el Sistema de Información Contable SIC'2.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 6/2013. 7-2-2013. Regula el procedimiento de concesión del Distintivo de Excelencia en igualdad, conciliación y responsabilidad social empresarial .

— Resolución de 19/2/2013. Modifica el Anexo IA de la Orden 8/10/2012, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban los documentos de pago de tasas, precios públicos y otros ingresos, se establecen los órganos competentes y se regula el procedimiento de recaudación.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 2/2013. 24-1-2013. Fijan las cantidades retributivas para el año 2013 del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

— Decreto 3/2013. 24-1-2013. Crea la Plataforma de Facturación Electrónica de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

— Decreto 4/2013. 24-1-2013. Regula el Registro de Documentos a Pagar y se establecen normas para el registro de facturas.

— Decreto 7/2013. 14-2-2013. Utilización de medios electrónicos en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1.122/2012, de 20-12-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 2/2013. 11-1-2013. Determina las condiciones del régimen de ausencias al trabajo reguladas en la Disposición Adicional 38.ª de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Orden 9/2013. 16-1-2013. Determina las condiciones del régimen de ausencia al trabajo reguladas en la Disposición Adicional 38.ª de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

— Orden 16/2013. 11-1-2013. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración

de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Orden 1.134/2012. 28-12-2012. Regula el procedimiento de autorización o reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades públicas o privadas al personal comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, aprobado mediante Decreto 227/1997, de 20-11-1997.

CATALUÑA

— Decreto-ley 1/2013. 22-1-2013. Necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria.

— Decreto-ley 6/2012. 27-12-2012. Modificación de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 10/2011, de 29-12-2011, de simplificación y mejora de la regulación normativa.

— Decreto-ley 7/2012. 27-12-2012. Medidas urgentes en materia fiscal que afectan al impuesto sobre el patrimonio.

— Decreto-ley 8/2012. 27-12-2012. Modificación de la Ley 10/2008, de 10-7-2008, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

— Resolución 2.955/2012. 21-12-2012. Establecen las restricciones a la circulación durante el año 2013.

— Resolución de 6-2-2013, de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia, por la que se convoca la provisión en concurso ordinario, número 287, para proveer de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución 329/2013. 18-2-2013. Aprueba el modelo de suministro de información previsto en la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 5/2012, de 18-12-2012, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

— Acuerdo 6/2013. 22-1-2013. Autoriza la formalización de operaciones de endeudamiento de la Generalidad de Cataluña en cualquier modalidad, tanto en el interior como en el exterior, así como la subrogación en las operaciones de endeudamiento a largo plazo, durante el periodo de prórroga presupuestaria.

— Acuerdo 12/2013. 5-2-2013. Autoriza la alienación directa y arrendamiento simultáneo del edificio de la calle Fontanella, 6-8, de Barcelona, propiedad de la Generalidad de Cataluña, constituido por las fincas registrales, número 4930 y 4932, inscritas ambas en el Registro de la Propiedad, número 1 de Barcelona.

— Recurso de Inconstitucionalidad 7.208-2012, contra los artículos 16 (en lo relativo al nuevo art. 3.bis.1.1, apdo. 1, del TR de la Ley de Tasas y Precios

Públicos de la Generalidad de Cataluña) y 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20-3-2012, de Medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

EXTREMADURA

— Ley 1/2013. 20-2-2013. Del Plan de Estadística de Extremadura 2013-2016.

— Orden 11-1-2013. Da publicidad al tipo de interés máximo a aplicar durante el primer semestre de 2013 a los préstamos acogidos a determinadas líneas de financiación de las pequeñas y medianas empresas y empresas de la economía social.

— Orden 31-1-2013, por la que se establecen las condiciones de aplicación del régimen de ausencias al trabajo reguladas en la Disposición Adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Resolución de 22-2-2013, de la Secretaría General, por la que se autoriza la supresión de Oficinas de Registro de Documentos.

— Corrección de errores. Ley 4/2012. 28-12-2012. Medidas Financieras y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 1/2013. 13-2-2013. Modifica la Ley 13/2006, de 27-12-2013, de horarios comerciales de Galicia.

— Ley 2/2013. 27-2-2013. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2013.

— Orden 31-12-2012. Prorroga, durante el cuarto trimestre de 2012 y el primer, segundo y tercer trimestres de 2013, el acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Consejo Gallego de Procuradores sobre la compensación económica por la asistencia jurídica gratuita.

— Resolución de 27-2-2013, por la que se actualizan los anexos V, VI y VII de la Orden de la Consellería de Economía y Hacienda de 30-6-1992, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia y se establece la utilización de efectos timbrados para el pago de las tasas por servicios administrativos de compulsa de documentos y de verificación de suficiencia y de documentos acreditativos de legitimación.

LA RIOJA

— Decreto 1/2013. 11-1-2013. Regula el Libro del Edificio en La Rioja.

— Orden 1/2013. 2-1-2013. Publica las tarifas actualizadas de las tasas de la Comunidad Autónoma de La Rioja a percibir durante el año 2013.

MADRID

— Ley 5/2012. 20-12-2012. Viviendas Rurales Sostenibles.

— Ley 6/2012. 20-12-2012. Derogación de la Ley 5/1984, de 7-3-1984, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid.

— Decreto 11/2013. 14-2-2013. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

— Reglamento de la Asamblea de Madrid, por el que se modifica su artículo 29.

— Ley 7/2012. 26-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2013.

— Corrección de errores. Ley 7/2012. 26-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2013.

— Ley 8/2012. 28-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Corrección de errores. Ley 8/2012. 28-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Corrección de errores. Decreto 134/2012. 27-12-2012. Fija el calendario para el año 2013 de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos en la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 1/2013. 15-2-2013. Autoridad Docente de la Región de Murcia.

— Ley 3/2012. 24-5-2012. Medidas urgentes para el reequilibrio presupuestario.

— Ley 9/2012. 8-11-2012. Adaptación de la normativa regional en materia de función pública al Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Orden 2-1-2013. Determina la fecha de inicio de las actividades de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia.

— Resolución de 15-2-2013. Establece la publicación de los criterios que informan el Plan de Control Tributario para el año 2013.

NAVARRA

— Ley Foral 19/2012. 4-12-2012. Modificación del artículo 4 de la Ley Foral 12/1997, de 4-11-1997, reguladora del Consejo Escolar de Navarra o Junta Superior de Educación y de los Consejos Locales.

— Ley Foral 27/2012. 28-12-2012. Adopta en la Comunidad Foral de Navarra, medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Ley Foral 28/2012. 28-12-2012. Crea, con efectos para el año 2012, un complemento personal transitorio por pérdida de poder adquisitivo.

— Ley Foral 29/2012. 28-12-2012. Modifica la Ley Foral 7/2009, de 5-6-2009, por la que se regula la asignación tributaria del 0,7 por 100 que los contribuyentes de la Comunidad Foral destinan a otros fines de interés social.

— Ley Foral 1/2013. 30-1-2013. Crea y se regula el Banco de Sangre y Tejidos de Navarra.

— Ley Foral 2/2013. 14-2-2013. Atención sanitaria, continuada y urgente.

— Decreto Foral Legislativo 1/2013. 13-2-2013. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral Legislativo 2/2013. 13-2-2013. Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 4/2013. 16-1-2013. Establece la estructura orgánica del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo.

— Decreto Foral 5/2013. 23-1-2013. Modifica el Reglamento de vacaciones, licencias y permisos del personal funcionario de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Disposición Final 11/2009, de 9-2-2009.

— Decreto Foral 6/2013. 23-1-2013. Regula la declaración y publicación de las retribuciones, actividades y bienes de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 15/2013. 13-2-2013. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Orden Foral 1.061/2012. 24-12-2012. Dicta las normas reguladoras de la elaboración del padrón y del sistema de gestión del impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales para el año 2012, en desarrollo de la Ley Foral 23/2001, de 27-11-2001, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales, y se aprueba el modelo 910.

— Orden Foral 1.062/2012. 24-12-2012. Aprueba los precios medios de venta de vehículos y de embarcaciones usados, aplicables en la gestión de los Impuestos IS y D, ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 8/2013. 18-1-2013. Aprueba un nuevo modelo 182 de declaración informativa de donaciones y aportaciones recibidas y disposiciones realizadas.

— Orden Foral 34/2013. 31-1-2013. Aprueba la forma y plazo de declaración del gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, no incluidos en la Disposición Adicional 29.ª de la Ley Foral 24/1996, de 30-12-1996, del IS.

— Orden Foral 35/2013. 4-2-2013. Aprueba el modelo 581, de declaración-liquidación del Impuesto sobre Hidrocarburos.

— Orden Foral 36/2013. 6-2-2013. Establece la nueva estructura orgánica del Servicio de Gestión del IRPF y sobre el IP a nivel de Negociados y Unidades Administrativas de rango inferior a Sección y se modifica la del Servicio de Asistencia e Información al Contribuyente y la del Servicio de Tributos Directos, Sanciones y Requerimientos.

— Orden Foral 41/2013. 7-2-2013. Desarrolla para el año 2013 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Acuerdo. Deroga el Decreto-ley Foral 1/2012, de 21-11-2012, por el que se modifica la Ley Foral 17/2001, de 12-7-2001, reguladora del comercio en Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 20/2012. 26-12-2012. Establecen la cuantía y la fórmula de reparto del Fondo de Participación de las Haciendas Locales en los Tributos de Navarra por Transferencias Corrientes para los ejercicios presupuestarios de 2013 y 2014.

— Corrección de errores. Ley Foral 21/2012. 26-12-2012. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Corrección de errores. Ley Foral 23/2012. 26-12-2012. Modificación de la Ley Foral 13/1992, de 19-11-1992, del IP.

— Corrección de errores. Ley Foral 24/2012. 26-12-2012. Reguladora del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica.

— Corrección de errores. Disposición Final 74/2012. 25-7-2012. Aprueba los estatutos de la Agencia Navarra para la Autonomía de las Personas.

— Corrección de errores. Orden Foral 971/2012. 15-11-2012. Aprueba el modelo 150, «Declaración del IRPF del Régimen especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español», y el modelo 149, «Comunicación para la aplicación del Régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español».

PAÍS VASCO

— Ley 19/2012. 28-12-2012. Medidas sobre las pagas extraordinarias del año 2013.

— Norma Foral 8/2012. 14-11-2012. Modifica el Decreto Foral Norma 4/2010, de 15-6-2010, por el que se fijan las cuantías del Canon de Utilización de las Autopistas AP-8 y AP-1 en el Territorio Histórico de Gipuzkoa, a partir del 1-7-2010.

— Norma Foral 9/2012. 18-12-2012. Crea en el Departamento de Hacienda y Finanzas el Registro de Obligados Tributarios de Especial Riesgo.

— Norma Foral 12/2012. 27-12-2012. Aprueba los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2013.

— Norma Foral 13/2012. 27-12-2012. Aprueban determinadas modificaciones tributarias.

VALENCIA

— Decreto 2/2013. 4-1-2013. Modificación del Decreto 20/1997, de 11-2-1997, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 32/2013. 8-2-2013. Regula el régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

— Orden 1/2013. 29-1-2013. Modifica la Orden 11/2012. 26-122012, de la Consellería de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula el censo de instalaciones y contribuyentes y se establecen las declaraciones de alta, modificación y cese de las actividades sujetas al Impuesto sobre Actividades que inciden en el medio ambiente.

— Orden 2/2013. 29-1-2013. Modifica la Orden 12/2012. 26-12-2012, de la Consellería de Hacienda y Administración Pública, por la que se regula el censo de titulares de la explotación de vertederos públicos o privados de la Comunitat Valenciana y se establecen las declaraciones de alta, modificación y cese de la actividad de vertederos para la gestión del impuesto sobre eliminación de residuos en vertederos.

— Reforma de los artículos 45 y 50 del Reglamento de Les Corts.

— Corrección de errores. Decreto 179/2012. 14-12-2012. Establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Corrección de errores. Orden 14/2012. 26-12-2012. Aprueba los modelos de autoliquidación del impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 16, 17 y 18 de mayo de 2013 se celebró en Granada el CONGRESO NACIONAL SOBRE *DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS, «UN DRAMA SOCIAL Y UN PROBLEMA LEGAL»,* con el siguiente programa:

Comité Organizador: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

Entidades colaboradoras: Cátedra de Derecho Registral, Cátedra de Derecho Notarial, Departamento de Derecho Civil UGR, Departamento de Derecho Mercantil UGR, Departamento de Derecho Constitucional UGR, Delegación del Rector para la Calidad Medio-Ambiental y Bienestar, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Decanato de Jueces.

Proyecto de Investigación: *Instrumentos jurídicos de mejora de acceso a la vivienda y estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria* (DER2009-09624/JURI).

Editorial jurídica: Tirant lo Blanch.

Objetivos del Congreso:

Un Congreso en el que se darán cita profesionales especialistas del mundo Académico, Judicial, Registral, Notarial, Abogacía y Bancario, para debatir las posibilidades legales con las que afrontar la situación dramática a la que se enfrentan hoy miles de personas que están sufriendo y padeciendo una situación de indefensión por los desahucios hipotecarios.

La Universidad de Granada y en particular, la Facultad de Derecho, abre sus puertas a los profesionales y a la sociedad, en general, para debatir las posibles soluciones legales que se están ofreciendo hoy frente a los desahucios hipotecarios: un problema de toda la sociedad. Y es que, detrás del drama de los desahucios hipotecarios, generalmente está el drama del paro, es decir, la crisis económica que de forma prolongada está afectando severamente a nuestra economía.

Dirección del Congreso:

— Don Miguel Olmedo Cardenete, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, Responsable-Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Comité de Honor:

— Don Francisco González Lodeiro, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.
— Don Juan Antonio Xiol Ríos, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
— Don Segismundo Álvarez Royo-Villanova, Notario de Madrid.
— Don Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.
— Don Alfonso Candau Pérez, Decano del Ilustre Colegio de Registradores de España.
— Doña Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Málaga.
— Don Pablo de Angulo Rodríguez, Decano Territorial del Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental.
— Don Pedro Espinosa Hidalgo, Delegado del Rector para la Calidad Ambiental y Bienestar de la UGR.
— Don Jesús García Calderón, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
— Don Lorenzo del Río Fernández, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
— Don Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.
— Don Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad de Madrid.
— Don Miguel Pasquau Liaño, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
— Don Santiago Pérez Beltrán, Responsable de la Plataforma Hipotecaria y Asesoría jurídica de ADICAE.
— Don Luis Pineda Salido, Presidente de AUSBANC.
— Don José Requena Paredes, Presidente de la Audiencia Provincial de Granada.
— Don Francisco Sánchez Gálvez, Magistrado, Juez Decano de Granada.
— Don Eduardo Torres González-Boza, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.
— Don Salvador Torres Ruiz, Decano del Ilustre colegio Notarial de Andalucía.

Comité Científico:

— Doña Esperanza Alcaín Martínez, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

— Don Jesús Bobo Ruiz, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Coordinador de Relaciones Institucionales, Transferencia del Conocimiento y Nuevos Mercados. UGR.
— Don Francisco Javier Estévez Montes, Abogado especialista en ejecuciones hipotecarias.
— Don Luis Fernández del Pozo, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Barcelona. Director del Servicio de Estudios Registrales del Ilustre Colegio de Registradores de España.
— Doña Rosa García Pérez, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Vicerrectora de Estudiantes UGR.
— Don Javier Gómez Gálligo, Registrador adscrito a la DGRN. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.
— Doña María del Carmen Gracia Carnica, Catedrática de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Granada.
— Don Enrique Guillén López, Profesor Titular de Derecho Constitucional. Director del Departamento de Derecho Constitucional. UGR.
— Doña Margarita Jiménez Horwitz, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Don Javier López García de la Serrana: Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.
— Doña María Jesús López Frías, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Don Juan Antonio López Frías, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía Sede de Granada.
— Don Manuel Maximiliano Martínez Falcón, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga, número 3.
— Don Juan Luis Monestier Morales, Doctor Europeo. Abogado de Granada.
— Doña Eulalia Moreno Trujillo, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Vicedecana de Infraestructuras. Facultad de Derecho.
— Don Guillermo Orozco Pardo, Catedrático de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Director del Departamento de Derecho Civil.
— Don Antonio Orti Vallejo, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Don Juan Miguel Ossorio Serrano, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

— Don Manuel Pardos Vicente, Presidente de ADICAE. Miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España. Miembro del Comité Consultivo de la CNMV.
— Don Jose Luis Pérez-Serrabona González, Catedrático de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano.
— Don Luis Mariano Robles Velasco, Profesor del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Doña Concepción Rodríguez Marín. Catedrática Acreditada del Departamento de Derecho Civil. UGR.
— Don Rafael Pablo Rojo Álvarez de Manzaneda, Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Vicedecano de Metodología, Calidad y Posgrado.
— Doña Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Catedrática de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

Créditos: Concedidos 1.5 Créditos de libre configuración. Solicitados 0.75 Créditos ECTS.

Inauguración:

— Don Francisco González Lodeiro. Rector Magnífico de la Universidad de Granada.
— Don Lorenzo del Río Fernández, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
— Don Miguel Olmedo Cardenete, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Don Alfonso Candau Pérez, Decano del Ilustre Colegio de Registradores de España.
— Don Salvador Torres Ruiz, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.
— Don Eduardo Torres González-Boza, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.
— Doña Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, Responsable-Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Ponencia inauguración:

— «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, sobre Cláusulas abusivas», por don Juan Antonio Xiol Ríos, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Ponencia 2.ª:

— «La hipoteca de Responsabilidad Limitada», por don Antonio PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid.

Ponencia 3.ª:

— «Problemática actual de las ejecuciones hipotecarias: causas y posibles soluciones»», por don Guillermo OROZCO PARDO, Catedrático de Derecho Civil. UGR.

Ponencia 4.ª:

— «Ejecución hipotecaria y crisis financiera: algunas medidas adoptadas como posible solución», por don José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. UGR.

Ponencia 5.ª:

— «La protección de deudores hipotecarios sin recursos: medidas legislativas de protección y directivas europeas sobre la materia», por don Francisco LLEDÓ YAGÜEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto.

Ponencia 6.ª:

— «Lo abusivo y lo razonable: facultades judiciales para la normalización de los contratos de crédito e hipotecario», por don Miguel PASQUAU LIAÑO, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Panel 1: *El control notarial, registral y judicial de cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca*.

Modera: Don Pablo DE ANGULO, Decano Territorial del Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental.

— «El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios», por don Luis ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Notario de Granada.
— «Calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo», por don Sebastián DEL REY BARBA, Registrador de la Propiedad de Vic, número 2, y Profesor de la Universidad Internacional de Cataluña.

— «El control de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario: especial referencia a la cláusula suelo», por don Francisco Pertiñez, Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil. UGR, y doña Abi Quesada Páez, Profesora Asociada del Departamento de Derecho Civil. UGR.
— «Condiciones y prácticas abusivas en la contratación hipotecaria. Principales conflictos y propuestas de respuestas», por don Fernando Herrero Sáez de Eguilaz, Economista en sociología del consumidor por la UCM. Responsable de comunicación de ADICAE.

Ponencia 7.ª:

— «Los desahucios y ejecuciones hipotecarias en Europa y Estados Unidos», por doña Teresa Touriñán Morandeira, Registradora de la Propiedad de Monforte de Lemos.

Panel 2: *Soluciones de Derecho Comparado, Constitucional y Legal.*

Modera: Don Antonio Orti Vallejo, Catedrático de Derecho Civil. UGR.

— «Perspectiva constitucional de la vivienda y los desahucios: análisis del artículo 47 CE», por don Baldomero Oliver León, Profesor Titular del Derecho Constitucional. UGR.
— «Los desahucios hipotecarios en España. Análisis desde una perspectiva legal y judicial», por doña Concepción Rodríguez Marín, Catedrática Acreditada del Departamento de Derecho Civil. UGR.
— «La legislación de protección del deudor hipotecario en la Unión Europea. De la reestructuración de la deuda al *fresh start* o segunda oportunidad», por don Luis García Perulles, Abogado, miembro de los Servicios Jurídicos de ADICAE.
— «La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda», por don Augusto Aguilar Calahorro, Profesor de Derecho Constitucional. UGR.

Panel 3: *Soluciones autonómicas: la apuesta de Andalucía*.

Modera: Don José Antonio Rodríguez Huertas, Coordinador del Servicio Municipal de Consumo (OMIC y ELCA).

— «Las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de protección de las personas consumidores», por don Estanislao Arana García, Catedrático de Derecho Administrativo.
— «Vivienda y pluralismo ordinamental», por don Juan Francisco Sánchez Barrilao, Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Ponencia 8.ª:

— «¿Es posible una hipoteca sin desahucios», por don Ángel Carrasco Perera, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.

Panel 4: *Soluciones judiciales.*

Modera: Don Francisco Sánchez Gálvez, Juez Decano de Granada.

— «Oposición a la ejecución hipotecaria», por doña María José Rivas Velasco, Magistrada de Primera Instancia, número 14 de Granada.
— «El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria», por don Emilio Esteban-Hanza Navarro, Notario de Alhaurín el Grande (Málaga).
— «Ejecución hipotecaria de vivienda: propuesta de petición alternativa de dación en pago: suspensión del procedimiento, declaración de nulidad o suspensión del lanzamiento», por don Juan Luis Monestier Morales, Doctor Europeo. Abogado de Granada.
— «La enervación de la acción hipotecaria del artículo 693.3 LEC: la rehabilitación del préstamo hipotecario sobre vivienda familiar», por don Ignacio Valenzuela Cano, Director del Departamento de Derecho Civil de HispaColex. Letrado del Banco Popular y Banco Pastor, y doña María Mateos Ferres, Directora de Servicios Jurídicos de AUSBANC.

Ponencia 9.ª:

— «Soluciones extrajudiciales a los desahucios», por don Segismundo Álvarez Royo-Villanova, Notario de Madrid.

Panel 5: *Soluciones extrajudiciales.*

Modera: Don Salvador Torres Ruiz, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.

— «La reforma del procedimiento de venta extrajudicial de hipoteca», por don Antonio Juan García Amezcua, Notario de Atarfe (Granada).
— «El sobreendeudamiento familiar, soluciones extrajudiciales», por don Luis Fernández del Pozo, Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Barcelona. Director del Servicio de Estudios Registrales del Ilustre Colegio de Registradores de España.
— «La mediación hipotecaria: una apuesta a favor de resolver la situación», por don Eduardo Torres González-Boza, Decano del Colegio de Abogados de Granada.

— «Ejecución hipotecaria notarial», por don Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, Abogado de Barcelona. Miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Ponencia 10.ª:

— «Las reformas necesarias de la legislación hipotecaria desde el prisma de los consumidores. Medidas urgentes de respuesta a la crisis hipotecaria y propuestas de fondo», por don Manuel PARDOS VICENTE, Presidente de ADICAE. Miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios de España. Miembro del Comité Consultivo de la CNMV.

Panel 6: *Alternativas de* lege ferenda *en materia de desahucios y ejecuciones hipotecarias*.

Modera: Don Miguel GARCÍA CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

— «Las subastas electrónicas. Posibilidades y modelos a seguir», por don José María DE PABLOS O'MULLONY, Registrador de la Propiedad de Sevilla.
— «Propuestas frente a la situación normativa y jurisprudencial actual en el debate sobre la dación en pago», por don Luis PINEDA SALIDO, Presidente de AUSBANC.

Ponencia de clausura:

— «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador adscrito a la DGRN. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.

Acto de clausura:

— Don Pedro ESPINOSA HIDALGO, Delegado del Rector para la Calidad Ambiental y Bienestar de la Universidad de Granada.
— Don Miguel GARCÍA CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Doña Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Responsable-Coordinadora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

ARAGÓN

El día 18 de enero, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, don Gonzalo MOLINER TAMBORERO, inauguró la SEMANA CULTURAL DE ALCORISA (Teruel), impartiendo la conferencia *PODER JUDICIAL Y CIUDADANÍA*.

* * *

El día 14 de febrero tuvo lugar la 3.ª SESIÓN DEL SEMINARIO DE RÉGIMEN LOCAL 2012-2013, organizado por la Fundación Ramón Sáinz de Varanda, con arreglo al siguiente programa:

— «Información sobre Urbanismo, Bienes Locales, Organización y Empleo Público y Medio Ambiente», por doña M.ª Josefa AGUADO ORTA, Letrada de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Zaragoza; don Eloy COLOM PIAZUELO, Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado como Catedrático), Universidad de Zaragoza; doña Beatriz SETUAIN MENDÍA, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, y don Antonio Eduardo EMBID TELLO, Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.
— «Las uniones temporales de empresas en la contratación pública: Régimen jurídico y consecuencias prácticas», por doña Esmeralda PÉREZ PAREDES, Jefe del Departamento de Contratación II, Área de Gobierno de Medio Ambiente, Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid.
— «Crisis económica y función pública. El caso de Aragón», por don Juan Carlos ZAPATA HÍJAR, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

* * *

El día 28 de febrero, don Julio ARENERE BAYO, Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza, leyó el DISCURSO DE TOMA DE POSESIÓN DE LA PLAZA DE ACADÉMICO DE NÚMERO EN LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, *INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DEMOCRACIA*, contestó el Académico de Número don Manuel PIZARRO MORENO.

MADRID

El día 21 de marzo de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo

SEMINARIO, *DAÑOS PUNITIVOS: REFLEXIÓN SOBRE LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.*

Ponentes:

— Carlos Peña, Rector de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile.
— Francisco Laporta San Miguel, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

* * *

El día 25 de abril de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO EN ESPAÑA. DE LA RESTAURACIÓN A LA CRISIS DEL ESTADO AUTONÓMICO (1876-2012).*

Moderador: Eliseo Aja Fernández, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona y Presidente del Consell de Garaties Estatutàries de Cataluña.

Ponencias:

— «Constitucionalismo y organización territorial del Estado español: 1876-1936», por don Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo y Director del Seminario de Historia Constitucional Martínez Marina.
— «La organización territorial del Estado en la Constitución vigente, 1978-2012», por don Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

MILLÁN SALAS, Francisco, *La denominación de origen: su protección jurídica.* Editorial REUS, Madrid, 2012, págs. 237. ISBN: 978-84-290.

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad Complutense de Madrid

Presentamos a través de estas líneas, una interesante y completísima obra que tiene por objeto el estudio de la protección jurídica de la denominación de origen desde los distintos sectores del ordenamiento jurídico (Derecho Internacional; Derecho Comunitario y Derecho interno). La obra se estructura en cinco capítulos.

En el Capítulo I, relativo a la *denominación de origen como indicación de origen protegible*, el autor destaca que, con frecuencia, los productos se presentan a los consumidores utilizando una indicación geográfica, entendida ésta, de manera general, como el nombre o el signo que indica o identifica una zona geográfica determinada. Ello puede deberse a que exista alguna conexión entre la indicación geográfica y el producto, bien porque se haya producido, bien porque se haya transformado o elaborado en dicha zona geográfica. En el caso de que no existiera tal conexión estaríamos ante indicaciones geográficas aparentes.

El autor distingue entre indicaciones geográficas directas e indirectas. Las indicaciones geográficas *directas* serían las constituidas por nombres que identifican una zona geográfica determinada más o menos extensa, de manera que al consumidor le permitiría conocer claramente la zona geográfica de la que procede el producto. Por ejemplo, el nombre de un país, región, comarca, localidad, etc. Las indicaciones geográficas *indirectas* estarían constituidas por signos, de forma que el consumidor asociaría los productos indicados por dichos signos con una zona geográfica concreta. Por ejemplo, una bandera, un traje típico, un escudo, un edificio representativo, etc. *A diferencia de las indicaciones geográficas directas, las indirectas, señala el autor, no han sido susceptibles de protección por el Derecho Comunitario.*

Ahora bien, cuando la indicación geográfica *únicamente indica la procedencia geográfica del producto* estamos ante una *indicación de procedencia*. Si *además* de indicar la procedencia geográfica del producto, la indicación geográfica *revela la existencia en el producto de una calidad o características* debidas fundamental o exclusivamente *al medio geográfico con sus factores naturales y humanos, estamos ante una denominación de origen.*

El autor aclara que dentro de las indicaciones geográficas directas se utilizan indistintamente los términos jurídicos de «indicación de procedencia»; «indicación geográfica»; «denominación de origen»; «denominación de origen protegida»;

e «indicación geográfica protegida»; y destaca la terminología empleada en los distintos Convenios Internacionales, en el Derecho Comunitario y en el Derecho español.

También señala el autor que la protección jurídica de la que gozan las denominaciones de origen tiene su fundamento en los distintos intereses protegidos por las mismas. Así, protegen el interés de los consumidores que cada día con mayor frecuencia, conceden mayor importancia a la calidad que a la cantidad de los productos; protegen el interés de los productores y empresarios que tienen una serie de acciones de defensa frente a situaciones de competencia desleal por parte de los competidores; y protegen, finalmente, el interés general, ya que al ser utilizada la denominación de origen por todos los productores y empresarios de la zona geográfica delimitada para designar sus productos, ello va a suponer un beneficio para dicha zona.

Este primer capítulo termina con la consideración de la denominación de origen como *modalidad de propiedad industrial*, tanto en el Derecho Internacional, como en el Derecho Comparado, en el Derecho Comunitario y en el Derecho español.

El Capítulo II tiene por objeto el tratamiento de la protección de la denominación de origen en el Derecho Internacional, tanto en convenios multilaterales como bilaterales. En lo relativo a los convenios multilaterales se analiza el Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883; el Arreglo de Madrid, de 14 de abril de 1891, relativo a la represión de las indicaciones falsas o falaces de procedencia en las mercancías; el Arreglo de Lisboa, relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional, de 31 de octubre de 1958; y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Este último Acuerdo constituye el Anexo 1.*c)* del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, de 15 de abril de 1994. En cuanto a los convenios bilaterales, se destacan los que España ha firmado. Así con Alemania, Portugal, Francia, Suiza, Italia, Austria, y Hungría. El objeto de estos convenios sería proteger recíprocamente las denominaciones de origen de ciertos productos agrarios e industriales incluidos en los anejos de los convenios, contra la competencia desleal.

El Capítulo III estudia la protección jurídica de la denominación de origen en el Derecho Comunitario. Por una parte, la protección jurídica para productos vinícolas contenida en el Reglamento CE 491/2009 del Consejo, de 25 de mayo de 2009, y por otra, la protección jurídica para los productos agrícolas y alimenticios contenida en el Reglamento 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006.

Tanto para los productos vinícolas como para los productos agrícolas y alimenticios, el autor define, a los efectos de la respectiva normativa aplicable, la denominación de origen y la indicación geográfica, y compara ambos conceptos, destacando los elementos comunes y las diferencias. En general, la denominación de origen ha de consistir en un nombre geográfico que designe un producto originario de la zona geográfica delimitada por ese nombre, siendo preciso además, que el producto tenga unas características debidas al medio geográfico de producción. Por su parte, la indicación geográfica, se define, de manera general, como el nombre de una región, de un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto originario de dicha región, de dicho lugar determinado o de dicho país que posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico. Otras diferencias que pueden apreciarse entre la

denominación de origen y la indicación geográfica son destacadas por el autor, señalando que la conexión entre las cualidades y características del producto con el medio geográfico es más intensa en la denominación de origen que en la indicación geográfica. Así, mientras en la denominación de origen las cualidades y características del producto se deben fundamental o exclusivamente al medio geográfico con sus factores naturales y humanos, en la indicación de geográfica es suficiente que el producto posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda atribuirse, no al medio geográfico, sino al origen geográfico, sin hacer referencia a factores naturales y humanos.

En relación a la *protección de la denominación de origen*, una vez que dicha protección se verifica, se genera el derecho de uso exclusivo de aquella. Este derecho se manifiesta desde un punto de vista objetivo, es decir, en relación al nombre geográfico que constituye la denominación de origen; y al producto que designa. Pero también desde un punto de vista subjetivo, esto es, en relación a la titularidad del derecho de uso de la denominación de origen; titularidad que corresponde a las personas que operan en la zona geográfica delimitada por la denominación de origen. En este derecho exclusivo de la denominación de origen distingue el autor dos vertientes, una positiva, referida a los derechos que tienen los titulares de la denominación de origen, y otra negativa, o *ius prohibendi*.

Termina el capítulo con el análisis de la prohibición de conversión de la denominación de origen protegida en denominación genérica y la protección de la denominación de origen protegida frente a la marca solicitada y registrada.

El Capítulo IV estudia pormenorizadamente la protección jurídica de la denominación de origen en el Derecho español, distinguiendo por un lado, la protección para productos vinícolas, y por otro, la protección para productos agrícolas y alimenticios.

En relación con los productos agrícolas y alimenticios, se define la denominación de origen y se establece todo el régimen jurídico aplicable.

Para los productos vinícolas se indica que la regulación está contenida en la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino. Se define a los vinos con denominación de origen y se los distingue de figuras tales como el vino de calidad con indicación geográfica, vinos con denominación de origen calificada, vinos de pago, la marca individual, la marca colectiva y la marca de garantía.

La protección jurídica de la denominación de origen para productos vinícolas es tratada por el autor desde la perspectiva de la consideración de la denominación de origen como derecho de uso exclusivo, como derecho indisponible y como derecho sometido a la intervención de la Administración Pública.

Como derecho de exclusiva, se mostraría éste desde un doble punto de vista: objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la exclusividad se referiría tanto al nombre geográfico que constituye la denominación de origen como al vino que designa. Desde el punto de vista subjetivo, la exclusividad del derecho de uso de una denominación de origen supondría que sólo lo pueden ejercitar los operadores que en cada momento tengan inscritos sus viñedos, bodegas y demás instalaciones en los correspondientes registros, en relación con el producto amparado por la denominación de origen. Se trataría, según el autor, de un derecho de uso colectivo en el que sus titulares no tienen cuotas sobre el mismo sino que es patrimonio de la colectividad inscrita en los correspondientes registros.

Ahora bien, el autor distingue la titularidad del derecho de uso de la denominación de origen, de la titularidad del derecho a la denominación de origen y de la titularidad del derecho de denominación de origen. La titularidad del derecho a la denominación de origen corresponde a los viticultores y elaboradores de

vinos, o a sus agrupaciones o asociaciones, que son quienes deberán solicitar ante el órgano competente el reconocimiento de un vino con denominación de origen. La titularidad del derecho de denominación de origen corresponde al Estado, cuando comprenda territorios de más de una Comunidad Autónoma, y a las Comunidades Autónomas en los demás casos.

Distingue el autor, por otra parte, en el derecho de uso exclusivo de la denominación de origen, dos vertientes: una positiva y otra negativa. La vertiente positiva conferiría a sus titulares un conjunto de facultades: autorizaría a fijar sobre el correspondiente producto, su envase o envoltorio, la denominación de origen incluyendo cualesquiera símbolos, anagramas o logotipos de la misma; autorizaría la comercialización de los productos designándolos con la denominación de origen; y autorizaría, finalmente, a usar la denominación de origen en la publicidad, propaganda, documentación o etiquetas de los productos. La vertiente negativa impediría el uso de la denominación de origen. Por una parte, a personas que no tienen tal derecho sobre productos idénticos o similares a los amparados. Por otra, a personas, tengan o no el derecho de uso de la denominación de origen, sobre productos que no tienen las cualidades o características para poder ser designados por la denominación de origen. Finalmente, impediría la utilización de signos que pudieran confundirse con la denominación de origen, para designar productos, sean o no idénticos o similares a los amparados por la denominación de origen.

Como derecho indisponible, la denominación de origen implicaría que los titulares del derecho de uso de la denominación de origen no pueden realizar sobre él ningún acto de disposición a favor de terceras personas. Esto es, no podría ser objeto de transmisión, ni de arriendo ni de constitución de derechos reales sobre el mismo.

Como derecho sometido a la intervención de la Administración Pública, el autor señala que el derecho de denominación de origen surgiría precisamente como consecuencia del reconocimiento del órgano competente de la Administración Central o Autonómica, tras un procedimiento que establece la Administración competente. Transcurridos cinco años desde el reconocimiento de la denominación, la Administración competente procedería a comprobar que en la gestión y control del vino con denominación de origen se cumple de forma satisfactoria su reglamento. Ahora bien, donde se manifestaría en mayor medida la intervención administrativa sería, por una parte, en la titularidad de las denominaciones de origen que corresponde al Estado (cuando comprenda territorios de más de una Comunidad Autónoma) y a las Comunidades Autónomas en los demás casos. Y por otro lado, en que la titularidad de la potestad sancionadora, por las infracciones tipificadas en la Ley 24/2003, corresponde a la Administración General del Estado (cuando la denominación de origen se extienda a más de una Comunidad Autónoma) o al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente, en los demás casos.

Por último, el Capítulo V trata la protección jurídica de la denominación de origen desde otros Derechos. Desde el Derecho de marcas (en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y en el Reglamento CE número 40/1994, de 20 de diciembre, sobre la Marca Comunitaria); desde el Derecho sobre competencia desleal; desde el Derecho de sociedades y desde el Derecho Penal.

La obra contiene además un *apéndice legislativo* con la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, y una extensa bibliografía.

Este trabajo constituye una aportación importantísima al estudio de la denominación de origen *desde la perspectiva de su protección jurídica*. En ello radica

principalmente su carácter innovador y su contribución a la ciencia jurídica. El análisis que realiza el autor de tal protección jurídica abarca todas y cada una de las normas internas e instrumentos internacionales mediante los cuales se verifica aquella. Lo cual demuestra el rigor del trabajo llevado a cabo. Si a ello añadimos que cada instrumento de protección es tratado de forma exhaustiva, con gran brillantez y claridad expositiva, con innumerable aparato bibliográfico y con perfecto dominio de los textos legales que se comentan, resulta evidente que la monografía que presentamos es lectura imprescindible y referente inexcusable para todo estudioso o interesado en esta cuestión. Desde estas líneas damos al autor nuestra más cordial enhorabuena.

IN MEMORIAM DE LA PROFESORA ROSARIO VALPUESTA.

por

CARLOS LASARTE

Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED

El día 13 de marzo de 2013 nos ha dejado, para siempre, la profesora María del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Catedrática de Derecho Civil y Rectora fundadora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, una de las mejores Universidades públicas españolas del último cuarto de siglo, como es bien sabido en el ambiente universitario.

Para quien suscribe, como para la generalidad de las personas que tuvimos la dicha de conocerla de cerca en los distintos pasajes e hitos de su vida, la profesora VALPUESTA fue siempre, sencillamente, Rosy VALPUESTA y, por tanto, en estas breves líneas me voy a permitir, a veces, el tratamiento familiar y amical, pues el nombre oficial de Rosario solo acabó imponiéndose por el peso de la púrpura rectoral y la acumulación de méritos nacionales e internacionales que fueron recayéndole merecidamente encima, aunque en lo fundamental no lograron alterar ni modificar lo mejor de su estupendo sentido del humor, sonrisa permanente e ilusión encendida que siempre la caracterizaron en las duras y en las maduras.

Cuando ella ingresó como alumna de primer curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el firmante cursaba el último año de la Licenciatura y era ya amigo de uno de sus hermanos mayores, matriculado entre ambos. Al año siguiente, junto con algunos otros amigos y compañeros (el profesor Víctor MORENO CATENA, los Notarios José Ramón SALAMERO y Alfonso PALACIOS, el hoy Consejero de Justicia e Interior y Fiscal de profesión, Emilio LLERA…), la vida me colocó en el estrado de aspirante a profesor, supliendo algunas ausencias de nuestro maestro don Alfonso DE COSSÍO, y en la bancada del alumnado, sentada durante mucho tiempo al lado de M.ª Carmen CARAVACA DE COCA, siempre pizpireta, sonriente y hablando continuamente, aunque al propio atenta a todo cuanto se decía… tuve presente a Rosy VALPUESTA en todas las clases que impartí hasta que ella finalizó la Licenciatura en 1975 y, después, siempre al lado, durante el siguiente quinquenio, hasta que me tocó desplazarme a la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Sevilla como Catedrático.

Fueron, quizá, mis mejores años universitarios, a lo mejor por ser los años jóvenes, y también los mejores años de formación conjuntos para R. VALPUESTA y para mí, con el enriquecedor e inestimable apoyo del profesor Ángel M. LÓPEZ LÓPEZ, a favor de quien urdimos Rosy y yo mismo un expediente de incorporación

de facto a la vacante de la Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho una vez que el profesor DE COSSÍO se había trasladado a Madrid, por cierto para encontrar una muerte demasiado prematura en sus calles. Años, pues, de prolongada convivencia cotidiana, pues realmente nos pasábamos el día juntos dentro y, en numerosas ocasiones, fuera de la Facultad, ya que representábamos entonces un inequívoco *tandem* de Profesor Adjunto y Profesora Ayudante a la espera de que fuera cubierta de manera oficial la Cátedra vacante por el propio Ángel LÓPEZ.

Años en los que dimos a las prensas algunas obras en colaboración («Notas sobre el artículo 35 LRDA», en *Estudios de Deusto;* comentarios de los arts. 97-101 en el colectivo *Matrimonio y divorcio*, dirigido por el profesor LACRUZ), al tiempo que ella —bajo la dirección del profesor LÓPEZ LÓPEZ, que conste claramente— realizaba una tesis doctoral, compleja y difícil en aquellos tiempos sobre *Los pactos conyugales de separación de hecho* (defendida el 2 de mayo de 1980) que algunos años más tarde viera la luz en el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (1982) sin que, por desgracia, llegara a alcanzar la relevancia e influencia doctrinal que la obra hubiere merecido, dada su valiente y acendrada defensa de una línea de investigación que, como digo, debiera haber sido encomiásticamente valorada de manera general.

En el mismo año de publicación de la tesis, no obstante, R. VALPUESTA deviene Profesora Titular en la Facultad de Derecho de Sevilla, momento a partir del cual despliega una intensa actividad académica, desempeñando sucesivamente el Vicerrectorado de Alumnos de la Universidad de Sevilla (1984-86), alcanzando el nombramiento de Catedrática en Huelva (desde marzo de 1989), pasando seguidamente a ser Directora del «Departamento de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho de las Instituciones» (¡santo Dios con las denominaciones!) en la Universidad de Huelva hasta el 7 de marzo de 1997, en el que es nombrada Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

Desde el punto de vista bibliográfico, la última década referida, su etapa onubense, se centró fundamentalmente en comentarios jurisprudenciales, algunos de ellos de gran rigor y con puntillosas observaciones técnicas; colaboración en algunos estudios colectivos; y, sobre todo, en la elaboración de un manual colectivo inspirado, además de por ella misma, por los profesores MONTÉS, ROCA TRÍAS, Ángel LÓPEZ, CAPILLA y BLASCO GASCÓ, publicado bajo el sello de Tirant lo Blanch.

Terminada la etapa onubense, la vuelta a su centro de estudios y formación, a la Facultad de Derecho de Sevilla, acaece en marzo de 1997 e inicia la última etapa de su, por desgracia, no demasiado larga, pero sí rica y fructífera vida, que en aquellos momentos da un giro gozoso y copernicano, ya que su presencia en la indicada Facultad fue francamente efímera, de menos de un semestre. El 21 de julio 1997, Rosy VALPUESTA fue designada por el Gobierno andaluz, presidido por Manuel CHAVES GONZÁLEZ, Rectora-Presidenta de la Comisión Gestora de la Universidad Pablo de Olavide, de nueva creación, iniciando un periodo de quince años de explosión, como universitaria y como mujer, que alcanza hitos verdaderamente reseñables.

Acertó M. CHAVES en la elección y se implicó hasta la extenuación la profesora VALPUESTA en el desarrollo y consolidación de la Universidad Pablo de Olavide, volcando toda su inteligencia emocional, altísima; su enorme atractivo e infinita capacidad de ilusión; y su espléndida formación profesoral y técnica en la elevación de la nueva Universidad a cuotas de excelencia que, posiblemente, no hubiera alcanzado tan rápidamente sin su eficaz gestión y ordenación. Al terminar el mandato de la Comisión Gestora, con todo merecimiento y, naturalmente, tras las oportunas elecciones, Rosy VALPUESTA fue elegida como la primera Rectora

de la UPO, en primavera, aunque esta vez la elección advino en el mes de abril, que no marzo, de 2001.

Acertó, a su vez, Rosy VALPUESTA nombrando como Secretario General de la Comisión Gestora a nuestro antiguo alumno, Agustín MADRID PARRA, Catedrático de Derecho Mercantil (quien en 2001, dejara tal cargo al actual y cuarto Rector de la UPO, Vicente GUZMÁN FLUJA, discípulo a su vez del profesor MORENO CATENA), que seguidamente fue el segundo Rector de la UPO desde 2003 a 2007, contribuyendo a su consolidación y fortalecimiento. ¡Qué entrecruzamiento de vidas y relaciones!

A partir del nombramiento como Rectora, Rosy VALPUESTA desplegó una actividad ciclópea, demostrando un empuje impensable en una persona tan menuda y aparentemente tan frágil que, para colmo, en seguida debió enfrentarse a un terrible cáncer que, por fortuna superó, y siguió superando, con valentía y decisión y, si puedo decirlo, con buena cara, en sucesivas ocasiones, hasta que su débil encarnadura no pudo más. La última vez que este cronista ocasional pudo verla fue en la feria de abril de 2012, en la caseta de su hermano, cuya esposa me había comentado poco antes, en la trastienda, que Rosy se iba agotando a ojos vista.

Apesadumbrado con la noticia, me rehíce al verla, de sopetón, en la entrada de la caseta, como siempre pendiente de todo y de todos, con la viveza y la capacidad de atención de la que fue pródiga, vestida de gitana con elegancia, con un traje blanco y sencillo, pero perfectamente aderezado. «Ahora estoy muy bien», me dijo sonriendo tras saludarnos, aunque no era cierto, aunque la piel se le veía pegada a los huesos…, pero ni quería rendirse, ni deseaba conmiseración alguna… hasta que no pudo más, hasta que el maldito cáncer la consumió.

Pero eso fue muy pocos días antes de dejarnos, como inmediatamente después de su óbito relataba una de sus muchas encendidas y entusiastas admiradoras, la sindicalista de UGT, Ana PÉREZ LUNA: «Hablé con ella por última vez el pasado 26 de febrero a las 11,45. La llamé para invitarla a la presentación de la proyección del documental "Maestras de la República". Rosario me dijo "pero yo ya no puedo, Ana". Le prometí hacérselo llegar, le mandé un abrazo y mucha fuerza. Pero ya su voz me heló la sangre».

Así es, el lluvioso mes de marzo de 2013 nos heló la sangre a muchas personas de bien, generando múltiples muestras de dolor y de rabia por la desaparición de una persona queridísima, de una universitaria de una pieza y de una incombustible inconformista con la injusticia y la desigualdad, sobre todo con el arrinconamiento y minusvaloración de la mujer. Tal concienciación la propulsó a convertirse en banderín de enganche de un feminismo contemporáneo asentado en un profundo conocimiento jurídico y sociológico y que supo hacerla renacer a sí misma, trabajando por encima de las dificultades fisiológicas con un denuedo francamente admirable, durante la última etapa de su vida, en la que desplegó una actividad verdaderamente frenética, una verdadera lucha contrarreloj de la enfermedad que acabó con ella, plena de actividades académicas en España y en Iberoamérica y llena de reconocimientos oficiales y amicales, como una verdadera propulsora de líneas de investigación imbricadas en lo que en algún trabajo de su última etapa denominó *el contrato social entre hombres y mujeres*.

Cuanto digo lo acreditan sus últimas obras y sus numerosos títulos honoríficos, que no podemos ni siquiera transcribir en esta necrología, aunque sería injusto dejar de reseñar los más importantes: Cruz Blanca al Mérito Civil de la Guardia Civil, 2001; Medalla de Honor de la Universidad Pablo de Olavide, 2004; Doctora Honoris Causa por la Universidad Nacional de Catamarca, Argentina, 2007; Medalla de Oro de la Provincia de Sevilla, 2009; Premio Plaza de España, instaurado por la Delegación del Gobierno en Andalucía, por «su defensa de los

valores democráticos», 2009; y Premio Meridiana, coincidiendo con el Día de la Mujer Trabajadora, 2011.

Pero por encima de todo ello, a mi humilde entender, el verdadero espíritu de valentía y arrojo de la profesora VALPUESTA radicó en su extraordinaria capacidad de trabajo y entrega, antes y después de que la enfermedad la asaltara, y que no se rindiera incluso cuando estaba ya herida hasta los mismos huesos. Así, hace escasos meses, el día 5 de noviembre de 2012, en el Paraninfo de la Universidad Pablo de Olavide, fiel a una de sus citas preferidas, dio una vez más la lección inaugural de los Másters Universitarios, sobre «*Los retos actuales de la democracia: de la democracia burguesa a la democracia radical*». Es más, por esas mismas fechas, como digo mermada ya su salud hasta límites insospechados, tuvo el coraje y el buen sentido de culminar la serie de investigaciones medulares de sus últimos años en su última obra, la espléndida monografía titulada *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 471 págs.) y dedicada a su nieto Guillermo, sobre la que remito a una nota crítica de futuro, que verá la luz en esta misma revista, pues sería leso crimen universitario degollarla en unas pobres líneas de raquítica extensión que es lo único que permite esta nota *in memoriam*.

Además, por razón del espacio atribuido debo concluirla antes de agotar esta página del manuscrito. Lo hago reiterando mi encendido tributo de loor y gloria a una espléndida persona que, aunque nos haya dejado de manera excesivamente prematura, nos ha legado también una magnífica obra universitaria y una estupenda pléyade de jóvenes civilistas (a quienes cito por orden alfabético: Francisco INFANTE RUIZ, Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Eugenio PIZARRO MORENO, Reyes SÁNCHEZ LERÍA, María SERRANO FERNÁNDEZ y Lucía VÁZQUEZ-PASTOR) que, espero y deseo, sepan mantener encendida su antorcha de rebeldía frente a la injusticia y de búsqueda constante de un mundo mejor.

Descanse en paz, nuestra querida Rosy VALPUESTA, que hubiera merecido mejor y más larga vida de la que le deparó la fortuna o, mejor, el infortunio que se le vino encima, en la seguridad de que somos muchas las personas de su entorno universitario que rendiremos tributo ecuánime a sus merecimientos, sin que desaparezcan de nuestra memoria colectiva de iusprivatistas.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA
Número 1 (Enero 2013)

«La responsabilidad patrimonial en el ámbito de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social», por Ángel Cea Ayala, pág. 10.

«La E-Justicia como una Justicia para todos: su implantación en la crisis», por Santiago Carretero Sánchez, pág. 21.

«Regulación valenciana de los Catálogos Municipales», por María Teresa Broseta Palanca y María Emilia Casar Furío, pág. 33.

«Los servicios municipales de los Ayuntamientos, relaciones interdepartamentales entre el servicio de urbanismo y el resto de los servicios municipales», por Andrea Roselló Vila, pág. 45.

Número 2 (Febrero 2013)

«La repercusión catastral de la crisis económica», por Apolonio González Pino, pág. 198.

«El desistimiento de la Administración en el TRLCSP», por Jesús Punzón Moraleda y Francisco Sánchez Rodríguez, pág. 210.

«El valor del suelo como instrumento de recuperación económica», por Jon Bereziartúa, pág. 225.

«Motivación por la Administración extemporánea y *ex novo*», por Santiago González-Varas Ibáñez, pág. 236.

Número 3 (Marzo 2013)

«Las vías pecuarias y el Derecho de propiedad privada», por Aránzazu García Garro, pág. 338.

«Hacia una igualación procesal de la Administración tras las Leyes 37/2011 y 10/2012», por José Vicente Mañas Guerrero, pág. 352.

«El régimen jurídico de las ausencias al servicio de los funcionarios de la Administración del Estado», por Eugenio Arribas López, pág. 365.

«Nueva etapa en la política ambiental de la Unión Europea: el séptimo programa (2013-2020)», por Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, pág. 374.

ACTUALIDAD CIVIL
Número 1 (Enero 2013)

«Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos», por María Dolores Cervilla Garzón, pág. 4.

«El contrato de alimentos. Ineficacia y fraude de derechos de terceros», por Víctor Moreno Velasco, pág. 17.

«Los fundamentos generales del Fuero de Baylío y de los demás regímenes de comunidad universal de bienes en el matrimonio», por Javier Sánchez-Arjona y Macías, pág. 26.

«Vivienda, tributación y dinámica social. En torno a la eliminación de la deducción por adquisición de vivienda», por Ramón Rodolfo Soler Belda, pág. 47.

Número 2 (Febrero 2013)

«La dación en pago», por José Manuel Soto Guitián, pág. 139.

«Otras fórmulas de convivencia en el Código Civil de Cataluña», por Mireia Monedero Ribas, pág. 149.

«La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones», por Javier Casado Román, pág. 187.

«La notificación de la demanda a terceros prevista en la Disposición Adicional 7.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación: análisis del precepto y tentativa de aclarar un embrollo que ya viene durando demasiado», por Guillermo Ormazábal Sánchez, pág. 203.

Número 3 (Marzo 2013)

«Visión comparativa del Derecho de Sucesiones entre la normativa gallega y la estatal», por Inmaculada García Presas, pág. 295.

«El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado», por Patricia Escribano Tortajada, pág. 318.

«Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», por Iciar Cordero Cutillas, pág. 340.

«Incidencia de la reciente y polémica ley de tasas judiciales y de los borradores de la Ley de reforma de la ley de asistencia jurídica gratuita sobre los medios extrajudiciales de resolución de conflictos», por Diana Marcos Francisco, pág. 362.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL
(Julio-Septiembre 2012)

«Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», G. Cerdeira Bravo de Mansilla, pág. 1001.

«Nuevas técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde», por M.ª E. Sánchez Jordán, pág. 1075.

«La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», por C. Vendrell Cervantes, pág. 1109.

(Octubre-Diciembre 2012)

«La reforma aragonesa del Derecho Civil Patrimonial», por J. A. Serrano García, pág. 1497.

«Constitución voluntaria de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente», por M.ª T. Alonso Pérez, pág. 1551.

«El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», por T. Rodríguez de las Heras Ballell, pág. 1605.

«La autonomía privada y el artículo 1320 del Código Civil», por A. Barrio Gallardo, pág. 1653.

«Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, apartado 2.°, del Código Civil», por X. M. Requeixo Souto, pág. 1745.

«La reforma del Derecho de los contratos en Francia», por A. Cabanillas Sánchez, pág. 1783.

ANUARIO DE HISTORIA DE DERECHO ESPAÑOL
Tomo LXXXII

«La codificación civil española y las fuentes del Derecho», por Margarita SERNA VALLEJO, pág. 11.

«La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», por Carlos GARCÍA VALDÉS, pág. 37.

«Pasado, presente y perspectivas de la codificación mercantil», por Alberto BERCOVITZ, pág. 67.

«La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX», por Enrique ÁLVAREZ CORA, pág. 81.

«Derecho histórico y codificación. El Derecho sucesorio», por Francisco L. PACHECO CABALLERO, pág. 113.

«Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)», por Rafael D. GARCÍA PÉREZ, pág. 149.

«La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta», por Encarna ROCA TRÍAS, pág. 175.

«La codificación del Derecho Civil aragonés y el Código de Derecho Foral de Aragón de 2011», por José Luis MOREU BALLONGA, pág. 201.

«El derecho del antiguo Reino de Mallorca ante la codificación liberal», por Antonio PLANAS ROSSELLÓ, pág. 237.

«Derecho Civil navarro y codificación general española», por Roldán JIMENO ARANGUREN, pág. 267.

«Derecho Civil gallego», por Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, pág. 313.

«Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (A propósito de la codificación del Derecho Civil)», por Pilar ARREGUI ZAMORANO, pág. 337.

«Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI», por Luis PRIETO SANCHÍS, pág. 387.

CRÓNICA TRIBUTARIA
Número 145 (2012)

«Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo», por Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY e Isidoro MARTÍN DÉGANO, pág. 7.

«La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas», por Néstor Carmona Fernández, pág. 39.

«De nuevo sobre la suspensión de las sanciones... y de los actos de naturaleza tributaria», por Abelardo Delgado Pacheco, pág. 59.

«Propuesta de Directiva de Impuesto sobre Transacciones Financieras», por Francisco José Delmas González, pág. 75.

«La paradoja de la no discriminación de género en los planes y fondos de pensiones de empleo», por Miryam de la Concepción González Rabanal, pág. 97.

«Análisis crítico de cuestiones actuales del Derecho aduanero a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2011», por Santiago Ibáñez Marsilla, pág. 107.

«La difícil interpretación del derecho de propiedad como límite en materia impositiva», por Carlos María López Espadafor, pág. 149.

«La tributación medioambiental en Portugal: análisis desde la perspectiva tributaria española», por Luis Mochón López, pág. 181.

DIARIO LA LEY
Número 7986 (18 de diciembre de 2012)

«Acceso abierto a los resultados de investigación del profesorado universitario en la Ley de la Ciencia», por Raquel de Román Pérez.

Número 7987 (19 de diciembre de 2012)

«La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», por Javier Valero Llorca y María Elena Cobas Cobiella.

Número 7988 (20 de diciembre de 2012)

«La responsabilidad profesional del perito», por Manuel-Jesús Dolz Lago.

Número 7989 (21 de diciembre de 2012)

«Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica», por José Luis Manzanares Samaniego.

«Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea», por José Manuel Arias Rodríguez.

Número 7990 (26 de diciembre de 2012)

«Corrupción y propuestas de reforma», por Vicente Gimeno Sendra.

«Protección al derecho al honor. La calumnia y la injuria», por María Lourdes Soto Rodríguez.

Número 7991 (27 de diciembre de 2012)

«Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II)», por José Luis Manzanares Samaniego.

Número 7992 (28 de diciembre de 2012)

«La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», por Lorena Bachmaier Winter.

Número 7994 (3 de enero de 2013)

«Las servidumbres en Cataluña: algunos misterios», por Pablo Rodríguez Palmero Seuma.

Número 7995 (4 de enero de 2013)

«Exclusión de herederos», por Agustín Romero Pareja.

Número 7996 (8 de enero de 2013)

«En la subasta de bienes inmuebles», por Antonio E. Gudín Rodríguez-Magariños.

Número 7997 (9 de enero de 2013)

«Las "especiales" inhabilitaciones especiales en el Código Penal», por José Antonio Ramos Vázquez.

Número 7998 (10 de enero de 2013)

«La consignación en recursos laborales en el supuesto de concurso de acreedores de la recurrente», por Enrique Sanjuán y Muñoz.

Número 7999 (11 de enero de 2013)

«Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (III)», por José Luis Manzanares Samaniego.

Número 8002 (16 de enero de 2013)

«La reforma institucional del Derecho de la competencia español», por Juan Ignacio Ruiz Peris.

Número 8003 (17 de enero de 2013)

«Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV)», por José Luis Manzanares Samaniego.

Número 8004 (18 de enero de 2013)

«La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», por Juana del Carpio Delgado.

Número 8005 (21 de enero de 2013)

«Tutela del adquirente de vivienda por daños causados por el inmueble», por Carmen Muñoz García.

Número 8006 (22 de enero de 2013)

«La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus derechos», por Tomás Montero Hernanz.

Número 8007 (23 de enero de 2013)

«El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», por Alberto Manuel López López.

Número 8008 (24 de enero de 2013)

«Luces y sombras sobre la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 2012, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en las empresas», por M.ª Ángeles González Bustos y Dionisio Fernández de Gatta Sánchez.

Número 8009 (25 de enero de 2013)

«La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», por José María Asencio Mellado.

Número 8011 (29 de enero de 2013)

«Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el Derecho norteamericano», por María Dolores Cervilla Garzón.

Número 8012 (30 de enero de 2013)

«La adopción de medidas cautelares en los Juzgados de Instancia. Un estudio empírico», por Núria Mallandrich Miret.

Número 8015 (4 de febrero de 2013)

«La reforma institucional del Derecho de la competencia español», por Juan Ignacio Ruiz Peris.

Número 8016 (5 de febrero de 2013)

«Doctrina y fundamento del error en la apreciación de la prueba en el marco del recurso de casación. Carácter excepcional y cerrado de su aplicación», por Julio Leal Medina.

Número 8017 (6 de febrero de 2013)

«Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal», por Bernardo DEL ROSAL BLASCO.

Número 8018 (7 de febrero de 2013)

«El hecho de la circulación», por Belén María FERNÁNDEZ LAGO.

Número 8019 (8 de febrero de 2013)

«Supuesto de acoso sexual o el cuidado con las palabras: el Código Penal frente al diccionario de la lengua», por Carmen SOTO SUÁREZ.

Número 8020 (11 de febrero de 2013)

«¿Qué queda de la reforma del Código Penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno?», por María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ.

Número 8021 (12 de febrero de 2013)

«La extradición de los ciudadanos de la Unión Europea», por Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS.

Número 8023 (14 de febrero de 2013)

«Las nuevas tasas judiciales», por Juan MOLINS GARCÍA-ATANCE.

Número 8025 (18 de febrero de 2013)

«El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la "acumulación jurídica"», por Javier NISTAL BURÓN.

Número 8026 (19 de febrero de 2013)

«Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al profesor GIMENO SENDRA)», por José María ASENCIO MELLADO.

«El cómputo de la *vacatio legis* supletoria, o la importancia del vigésimo día», por Jordi LLUCH MARTÍNEZ.

Número 8027 (20 de febrero de 2013)

«Conexidad y juicio por jurado», por Beatriz ORDUNA NAVARRO.

Número 8029 (22 de febrero de 2013)

«Captura mala, detención buena», por Eloy VELASCO NÚÑEZ.

«Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012», por Miguel ARMENTEROS LEÓN.

Número 8030 (25 de febrero de 2013)

«Los conciertos con colegios de un solo sexo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado», por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

Número 8031 (26 de febrero de 2013)

«Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas», por M.ª José ACHÓN BRUÑÉN.

Número 8032 (27 de febrero de 2013)

«Sobre las infracciones penales de los abogados y procuradores: un estudio sistemático, normativo y jurisprudencial», por Eugenio ARRIBAS LÓPEZ.

Número 8033 (28 de febrero de 2013)

«Novedades jurisprudenciales en Derecho Penal de Derecho sanitario», por Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Número 8034 (1 de marzo de 2013)

«Internet de los objetos y secreto de las comunicaciones», por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ.

Número 8035 (4 de marzo de 2013)

«La tutela judicial del derecho al honor, internet y la blogoesfera», por Carolina Sanchís Crespo.

Número 8036 (5 de marzo de 2013)

«Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento», por Francisco Pertíñez Vílchez.

Número 8037 (6 de marzo de 2013)

«La Ley de tasas judiciales en el orden procesal civil», por Vicente Gimeno Sendra.

Número 8038 (7 de marzo de 2013)

«El maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación», por Aurelia María Romero Coloma.

Número 8039 (8 de marzo de 2013)

«Menores, deporte y responsabilidad civil», por Víctor Manuel Seligrat González.

Número 8040 (11 de marzo de 2013)

«La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal», por José Luis Rodríguez Lainz.

Número 8041 (12 de marzo de 2013)

«Las posibilidades de oposición ante una ejecución provisional de condena dineraria instada por un litigante insolvente», por Arturo Muñoz Aranguren.

Número 8042 (13 de marzo de 2013)

«Artículo 54 del Convenio Schengen y proceso de extradición: a propósito del auto de la Audiencia Nacional, de 14 de enero de 2013, y el concepto de cosa juzgada europea», por Carlos Gómez-Jara Díez.

Número 8043 (14 de marzo de 2013)

«Corrupción, delito y crisis en la Administración de Justicia», por Alfonso Serrano Gómez.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO PATRIMONIAL
Número 29 (Julio-Diciembre 2012)

«El nuevo contrato de red: *learning by doing?*», por Fabrizio Caffagi, pág. 25.

«Gratuidad de la donación y tutela del donante. (Ir)revocabilidad de la donación por superveniencia de hijo adoptivo mayor de edad», por Inmaculada Vivas Tesón, pág. 47.

«*Pacta sunt servanda,* imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», por Jorge Castiñeira Jerez, pág. 71.

«Algunas consideraciones sobre la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. En particular, el régimen jurídico de las reservas y reclamaciones», por Pablo Martínez-Gijón Machuca, pág. 107.

«Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia. Algunos apuntes sobre el tema», por María Elena Cobas Cobiella, pág. 153.

«Particularidades de la obligación de entrega en la compraventa inmobiliaria urbana», por Eduardo de la Iglesia Prados, pág. 173.

«Reconocimiento de créditos y fases del concurso en el procedimiento ordinario», por Alberto Díaz Moreno, pág. 207.

«Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital», por Luis Hernando Cebriá, pág. 237.

«Del consensualismo al formalismo contractual. Una reflexión sobre la forma de los contratos en Derecho francés», por Laura López de la Cruz, pág. 279.

«Tipos contractuales para la gestión territorial de las explotaciones agrarias en la Ley 5/2011», por Miguel Romero Velasco, pág. 303.

«La donación remuneratoria», por Pedro Zurita Herrera, pág. 335.

«Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del contrato de distribución», por Jorge Sirvent García, pág. 363.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Número 189 (Septiembre-Diciembre 2012

«La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», por J. ESTEVE PARDO, págs. 11-40.

«Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», por A. HUERGO LORA, págs. 41-73.

«¿Crisis del servicio público en tiempos de crisis? Algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas del Estado dirigidas a su financiación», por M. CARLÓN RUIZ, págs.. 5-103.

«Una reforma electoral posible: el voto de la diáspora vasca», por F. PASCUA MATEO, págs. 105-136.

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL
Número 128 (Octubre-Diciembre 2012)

«El accionista "depredador". Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada», por Mónica FUENTES NAHARRO, pág. 7.

«El representante del administrador persona jurídica», por Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ, pág. 35.

«El comité de recursos de las sociedades cooperativas», por Joaquím CASTAÑER CODINA, pág. 67.

«La relevancia de la culpa *in vigilando* en la regulación y supervisión financiera y bancada», por Carlos PADRES REIG, pág. 115.

«La Sección 404 de la *Sarbanes-Oxley Act* y los controles internos financieros: un balance tras diez años de aplicación», por Juan Ignacio SIGNES DE MESA, pág. 161.

«La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y la nueva figura de las entidades de pago en España y el Reino Unido», por Ana GARCÍA RODRÍGUEZ, pág. 183.

«*Lehman Brothers* como *trustee* y los derechos dominicales de los inversores sobre los fondos del quebrado», por Karolina LYCZKOWSKA, pág. 201.

«El caso *Lehman Brothers* en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión», por Yolanda BERGEL SAINZ DE BARANDA, pág. 211.

«El complemento de la convocatoria de la junta en la sociedad anónima», por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 241.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO
Número 42 (Mayo-Agosto 2012)

«El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos», por José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, págs. 397-431.

«Opiniones consultivas en el MERCOSUR y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: estudio comparativo», por Manuel CIENFUEGOS MATEO, págs. 433-476.

«La aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre ayudas estatales por los Tribunales nacionales», por Juan Antonio PÉREZ RIVARES, págs. 477-517.

REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES
Número 39 (2012)

«Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión», por Sonia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 19.

«La Junta general de las sociedades de capital no cotizadas. Modificaciones introducidas por la Ley de sociedades de capital y sus reformas posteriores», por Diego CRUZ RIVERO, pág. 51.

«La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión», por Eva RECAMAN GRANA, pág. 107.

«La solución extrajudicial de controversias acerca del tipo de canje en la fusión y escisión de sociedades de capital (análisis del art. 38.11 LME)», por Joaquím CASTAÑER CODINA, pág. 129.

«La Junta General post-OPA en Derecho español», por Ascensión GALLEGO CÓRCOLES, pág. 161.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 285 (Julio-Septiembre 2012)

«La reforma de la Ley Concursal», por Manuel OLIVENCIA, pág. 11.

«El anuncio de OPA voluntaria», por Fernando JUAN Y MATEU, pág. 29.

«Empresas de base tecnológica *"(spin-offs)"* académicas: especial referencia a las lagunas y contradicciones de su regulación», por Carlos VARGAS VASSEROT, pág. 65.

«Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas», por Jaume MARTÍ MIRAVALLS, pág. 95.

«Caracterización jurídica del dinero electrónico en la Ley 21/2011», por José Antonio VEGA VEGA, pág. 137.

«Protección legal de las secuencias genéticas», por Sergio MIRALLES y Elena MOLINA, pág. 165.

«Aspectos fiscales y mercantiles de las operaciones de fusión en España», por Carmen CALDERÓN PATIER y Begoña BARRUSO CASTILLO, pág. 213.

«De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros (A propósito de las Resoluciones de la DGRN de 20-IX y 13-X de 2011, la amenaza fantasma de la DGT y la STS de 21-V-2012)», por Carlos ARA y Carlos RAMÍREZ, pág. 231.

Número 286 (Octubre-Diciembre 2012)

«Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Unión Transport) y la orden FOM/1882/2012, de 1 de agosto», por Alberto EMPARANZA SOBEJANO, pág. 25.

«Aproximación al régimen jurídico del condohotel», por Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA, pág. 63.

«Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos. De la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales», por David RAMOS, pág. 93.

«Página web y sociedades de capital, ¿un nuevo Derecho Mercantil 2.0?», por Juan FRANCH FLUXÁ y Jorge MORELL RAMOS, pág. 151.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Noviembre-Diciembre 2012)

«Hipoteca global e hipoteca de propietario en el Derecho alemán y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por Cristina FUENTESECA DEGENEFFE, págs. 3-42.

«Problemas siempre actuales de una institución clásica: la sustitución vulgar. Cuestiones propias y en conexión con otras instituciones de Derecho Sucesorio. Análisis de la última jurisprudencia del TS y de las Resoluciones de la DGRN», por M.ª Jesús LÓPEZ FRÍAS, págs. 43-60.

«El contrato de alimentos a favor de tercero: particularidades de su configuración a la luz del Derecho Europeo de Contratos», por M.ª Cristina BERENGUER ALBALADEJO, págs. 61-104.

«Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual. Perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el Derecho italiano y europeo», por Roberta CATALANO, págs. 105-118.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 277 (Noviembre 2012)

«De la política urbanística a la política urbana: los retos actuales del Derecho urbanístico», por María Rosario ALONSO IBÁÑEZ, pág. 13.

«Régimen de valoraciones de la Ley del Suelo conforme al Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre (parte 1)», por Juan Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 29.

«Urbanismo: pionero en el nuevo modelo de control de las competencias locales», por Pedro Mateo GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 139.

«Reserva de suelo para vivienda protegida y uso residencial dotacional», por Bartomeu TRÍAS PRATS, pág. 159.

«Algunas consideraciones sobre el actual panorama del paisaje urbano en nuestro ordenamiento: desde su originaria y exclusiva protección por el ordenamiento urbanístico al incipiente ordenamiento paisajístico», por Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pág. 187.

Número 278 (Diciembre 2012)

«Régimen de valoraciones de la Ley del Suelo conforme al Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre (parte 2)», por Juan Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 13.

«En torno al almacenamiento de energía eléctrica», por Ernesto CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, pág. 57.

«La contaminación lumínica: legislación del siglo XXI para un problema surgido en el siglo XX», por M.ª del Pilar BENSUSAN MARTÍN, pág. 105.

Número 279 (Enero-Febrero 2013)

«El urbanismo supramunicipal», por Marcos VAQUER CABALLERÍA, pág. 13.

«Recepción de obras y entidades urbanísticas de conservación, un tema de actualidad», por Santiago González-Varas Ibáñez, pág. 45.

«El Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo: una visión general», por Federico García Erviti, pág. 63.

«Las autorizaciones previas turísticas en Canarias y la posible vulneración de la Directiva de Servicios», por Ignacio Calatayud Prats, pág. 85.

«La regulación de los suelos contaminados en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados», por Noemí Blázquez Alonso y Elena Picó Barandiarán, pág. 117.

«El reto de la sostenibilidad en construcción: procesos normativos en desarrollo y herramientas disponibles», por Beatriz Rivela Carballal, César Bedoya Frutos y Alfonso García Santos, pág. 149.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS
Número 158 (Octubre-Diciembre 2012)

«Entre el instante y la continuidad, la palabra y la verdad: la perfecta razón de Estado de Juan Blázquez de Mayoralgo», por Luis S. Villacañas de Castro, págs. 13-40.

«¿Por qué los autócratas limitan judicialmente su poder?», por Juan Antonio Mayoral Díaz-Asensio, págs. 41-74.

«Entre la deliberación y la negociación: el caso de la Mesa de la Montaña en Aragón», por Quim Brugué y Marc Pares, págs. 75-101.

«Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos», por Patricia Cuenca Gómez, págs. 103-137.

«Estructura, recursos y desarrollo de las políticas de igualdad en el ámbito local», por Paula Otero Hermida y Ramón Bouzas Lorenzo, págs. 139-163.

«Cortes Supremas y candidaturas presidenciales en Centroamérica», por Elena Martínez Barahona y Amelia Brenes Barahona, págs. 165-206.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Número 156 (Octubre-Diciembre 2012)

«Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», por José María Gimeno Feliú, pág. 17.

«Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», por Gabriel Doménech Pascual, pág. 59.

«Urbanismo y sector ferroviario», por Víctor Manuel Escartín Escudé, pág. 87.

«La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública», por Joan Amenos Álamo y Juan Emilio Nieto Moreno, pág. 119.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Número 96 (Septiembre-Diciembre 2012)

«Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio», por Joseph H. H. Weiler, págs. 13-40.

«La mutación constitucional de la Unión Europea», por Agustín José Menéndez, págs. 41-98.

«Gayo, Vattel y el nuevo paradigma jurídico global», por Rafael Domingo Oslé, págs. 99-123.

«Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán», por Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, págs. 125-159.

REVISTA ESPAÑOLA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES
Número 233 (3 de 2012)

«Instrumentos de política de cambio climático en la agricultura de Aragón», por Mohamed Taher Kahil y José Albiac, pág. 13.

«Posibilidades de desarrollo de la generación distribuida en los regadíos españoles», por Ignacio Valdés Paniagua, Felipe Medina Martín y Ana Iglesias Picazo, pág. 43.

«Caracterización productiva y relaciones con el territorio de las explotaciones de bovino en Galicia», por Iván Vázquez González, Manuel Francisco Marey Pérez, Francisco Sineiro García, Roberto Lorenzana Fernández, Ana Isabel García-Arias y Mar Pérez Fra, pág. 69.

«Disposición a pagar por tomates mejorados genéticamente. Aplicación de una subasta experimental», por Laura Martínez-Carrasco Martínez, Margarita Brugarolas Molla Bauza, África Martínez Poveda, Dolores Espinosa Ferrer y Enrique Fresquet, pág. 101.

«Prioridades de I+D en el sistema agroalimentario andaluz. Especial referencia a su complejo olivarero-oleícola», por Samir Sayadi Groada, Pedro Ruiz Avilés y Antonio Vázquez Cobo, pág. 129.

REVISTA ESPAÑOLA DE FINANCIACIÓN Y CONTABILIDAD
Número 156 (Octubre-Diciembre 2012)

«La estructura de capital de las empresas y el teorema de separación de Akerlof», por Paolo SAONA y Eleuterio VALLELADO, pág. 471.

«Consecuencias económicas de la adopción por primera vez de las NIIF en Europa», por Petya PLATIKANOVA y Jordi PERRAMÓN, pág. 497.

«El impacto de la Ley Financiera (44/2002) en la calidad de la auditoría», por Elena DE LAS HERAS, Leandro CAÑIBANO y José Antonio MOREIRA, pág. 521.

«Costes de ajuste y la consecución del objetivo de endeudamiento en las empresas cotizadas españolas», por Gonzalo RUBIO y Francisco SOGORB-MIRA, pág. 547.

«La evaluación de la probabilidad de fracaso financiero. Contraste empírico del contenido informacional de la auditoría de cuentas», por Carlos PIÑEIRO SÁNCHEZ, Pablo DE LLANO MONELOS y Manuel RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 565.

«Determinantes de la discrecionalidad directiva en la elección del método contable de las participaciones en negocios conjuntos», por Begoña GINER y Carmen S. VERÓN, pág. 589.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA
Número 4 (Octubre-Noviembre-Diciembre 2012)

«La obligación de minimizar el daño», por Juan J. BENÍTEZ CAORSI, pág. 519.

«Notas sobre el denominado negocio jurídico fiduciario», por Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ, pág. 541.

«Acto de destinación y *trust:* dos modelos a confrontar», por Bárbara MASTROPIETRO, pág. 551.

«Crisis económica y solidaridad familiar. Los alimentos entre parientes», por Carlos ROGEL VIDE, pág. 581.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA
Número 4 (2012)

«Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña», por Elena LAUROBA LACASA, pág. 887.

«La ausencia de relaciones familiares como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos en el Codi Civil de Catalunya», por José Antonio PÉREZ FENOLL, pág. 917.

«Formalitats en la constitució del dret de retenció sobre béns immobles», por Jordi MEDINA ORTIZ, pág. 955.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO
Número 1 (2012)

«Los deberes y derechos de los padres y la obligación del Estado en ofrecer esfuerzos razonables bajo la nueva Ley 246, de 16 de diciembre de 2011, sobre seguridad, bienestar y protección de menores», por Isaura RODRÍGUEZ CASTILLO, pág. 1.

«Análisis de *ELA v. Crespo Torres,* 180 D.P.R. 776 (2011), y la revocación de la distinción entre el error de hecho y el error de Derecho», por Jarryson J. CARABALLO OQUENDO y Fabiola RIVERA LABOY, pág. 23.

«Elementos en la reclamación por la ruina del edificio Nelson Rodríguez Vargas - Manuel Izquierdo Encarnación», pág. 45.

«Responsabilidad Civil extracontractual por la impericia de un médico veterinario: una analogía con la responsabilidad por mala práctica en la medicina humana», por Jessica MÉNDEZ COLBERG, pág. 69.

«El problema social del divorcio en Puerto Rico», por Sary M. BREA FALCAN, pág. 121.

«¿En qué circunstancias se coloca a un individuo en estado de indefensión? Breve reseña sobre el desacato criminal y civil», por William LAM SIU, pág. 143.

«Leyes incipientes que laceran derechos fundamentales: criminalización de la libertad de expresión», por Norma Inés CARTAGENA BERNARD, pág. 183.

RIVISTA DELLE SOCIETÀ
Número 6 (Noviembre-Diciembre 2012)

«S.r.l, s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometría del sistema o un sistema disarticolato?», por Marco CLAN, pág. 1101.

RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO
Número 3 (Julio-Septiembre 2012)

«La sicurezza alimentare tra primato della tecnica e crisi del diritto», por Francesco ADORNATO, pág. 405.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE
Número 5 (Septiembre-Octubre 2012

«Proponibilitá delle domande risarcitoria e restituloria in corso di giudizio purché congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempiuto», por Giovanni GABRIELLI, pag. 597.

«Fiducia a scopo assistenziale e contratto plurilaterale», por Angelo BARBA, pág. 609.

«Diritto civile e diritto costituzionale», por Emanuela NAVARRETTA, pág. 643.

«Sistema internazionale e sua incidenza sull'ordinamento interno», por Marisa MELI, pág. 685.

Número 6 (Noviembre-Diciembre 2012)

«Rappresentanza e mandato a confronto», por Angelo LUMINOSO, pag. 741.

«Divisione e patto di famiglia», por Stefano DELLE MONACHE, pág. 767.

«Vinere per raccontarla: i gruppi intermedi», por María VITA DE GIORGI, pág. 791.

«Controlli amministrativi e controllo giudiziario nelle società cooperative», por Gabriele RACUGNO, pág. 819.

«La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti», por Martina GRANDI, pág. 835.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL
Número 4 (Octobre-Décembre 2012)

«La potestativité. Notes de lecture», por Lbrahim NAJJAR, pág. 601.

«Retour sur la caducité en matière contractuelle», por Marie-Christine AUBRY, pág. 625.

«L'universalité de fait», por Eric MEILLER, pág. 651.