

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 LXXXVIII • Noviembre-Diciembre 2012 • Núm. 734

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 Gáligo
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 Gáligo
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 Gáligo
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.

QUINTO PREMIO REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (ACTUALIZADO)

ARTÍCULO PREMIADO:

- «Evolución y actualidad en el control registral de la edificación», por
MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ 3109

ESTUDIOS

- «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la
jurisprudencia», por CARLOS CUADRADO PÉREZ 3149
- «La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges»,
por IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO 3195
- «Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y
nasciturus», por MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO 3213
- «La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán», por SU-
SANA NAVAS NAVARRO 3241

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Concurrencia de hijos de anterior matrimonio y cónyuge *superstite*
en la sucesión intestada», por CARLOS LASARTE ÁLVAREZ 3275
- «Reconstrucción y Registro: análisis de los problemas registrales», por
JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ 3297
- «La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales»,
por JUAN C. MENÉNDEZ MATO 3323
- «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Es-
paña», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS.. 3351

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	3399
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «El derecho a la intimidad familiar y el daño moral en la jurisprudencia», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	3435
---	------

1.2. Derecho de familia:

— «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT.....	3458
— «El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	3509

1.3. Derechos reales:

— «La extinción parcial de la comunidad de bienes», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	3538
---	------

1.4. Sucesiones:

— «Las deudas de una herencia concursada y su proyección en la práctica judicial», por FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO.....	3546
---	------

1.5. Obligaciones y contratos:

— «Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012», por ROSANA PÉREZ GURREA	3561
---	------

1.6. Responsabilidad Civil:

— «Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios: el derecho a la infor-	
---	--

mación en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios», por ARACELI DONADO VARA	3577
---	------

1.7. Concursal Civil:

— «La competencia judicial para la determinación del carácter afecto o necesario de los bienes del concursado objeto de ejecución hipotecaria y la STC 191/2011, de 12 de diciembre», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS	3602
---	------

2. MERCANTIL

— «La legitimación activa del adquirente de participaciones sociales para la impugnación de acuerdos sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012», por FRANCISCO REDONDO TRIGO	3639
---	------

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

— «La monetización de la obligación de cesión de suelo en las actuaciones de transformación urbanística», por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN.....	3655
--	------

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	3669
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«El expediente judicial electrónico», de CORAZÓN MIRA ROS, por ROSANA PÉREZ GURREA.....	3705
---	------

REVISTA DE REVISTAS	3713
----------------------------------	------

QUINTO PREMIO
«REVISTA CRÍTICA DE DERECHO
INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Quinto Premio de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2010/2011, concediéndose a Doña María del Carmen Luque Jiménez, por su trabajo «El control registral de la edificación», publicado en el número 720, correspondiente a julio-agosto de 2010. Doña María del Carmen Luque Jiménez es Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Málaga. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente, a su vez, del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Vocales: Don Alfonso Candau Pérez, Don Luis Fernández del Pozo y Don Juan María Díaz Fraile, integrantes del Comité Ejecutivo de la *Revista Crítica*, así como por Don Francisco Javier Gómez Gállico, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que actuó, a su vez, como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

Evolución y actualidad en el control registral de la edificación

por

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil.
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA.
- III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO.
- IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998.
- V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.
- VI. LA LEY 5/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL.
- VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO.
- VIII. LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO:
 1. SILENCIO NEGATIVO.
 2. NUEVOS REQUISITOS PARA OBRAS NUEVAS TERMINADAS: LICENCIA DE OCUPACIÓN Y EFICIENCIA ENERGÉTICA.
 3. EDIFICACIONES ANTIGUAS.
 4. COMPLEJOS INMOBILIARIOS.
 5. DISCIPLINA URBANÍSTICA.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de edificación está afectado por diversos controles que se refieren en la perspectiva técnica edificativa, por una parte, y a la jurídica, por otra, abarcando esta última el aspecto estrictamente urbanístico y el inmobiliario registral, o de seguridad jurídica preventiva.

El convulso devenir del sector inmobiliario en los últimos veinte años ha tenido reflejo en las normas que regulan la actividad edificatoria y su acceso al Registro de la Propiedad. En ellas puede apreciarse numerosos cambios legislativos que han supuesto una progresión ascendente en la exigencia de requisitos para que las obras nuevas puedan tener adecuado reflejo registral. Estas mayores trabas para la registración tienen la finalidad de hacer uso del control de legalidad que ejercen los registradores para lograr una mayor coordinación entre la situación tabular de las fincas, su realidad física y, muy especialmente, su configuración y limitaciones urbanísticas. Todo ello puede observarse de forma destacada en la última de las reformas operadas en la materia a la que dedicamos especial atención en el capítulo final.

El Registro de la Propiedad constituye una pieza esencial en el proceso de ejecución y posterior adquisición de las nuevas edificaciones, pues los registradores de la propiedad, en el ejercicio de la función calificadoradora que les atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, son los últimos agentes controladores de la legalidad de los aspectos jurídicos del proceso constructivo y, por ello, les corresponde velar por el cumplimiento de los requisitos legales del derecho a edificar. De este modo, como señala el artículo 55 con el que se cierra el capítulo dedicado a las obras nuevas en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística: «los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles». Esto no obstante, debe partirse de la premisa del sistema de inscripción voluntaria en nuestro derecho, por lo que el control registral solamente operará cuando voluntariamente se acuda a la institución registral para la tutela de los derechos particulares.

La declaración de obra nueva constituye la constatación de un hecho existente en la realidad extrarregistral, afectante a una finca inscrita, que, previo cumplimiento de los requisitos legales, puede tener acceso al Registro con la consiguiente modificación de la descripción registral de la finca para hacer constar en ella la nueva edificación y conseguir así la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

En este sentido la DGRN (Resolución de 21 de mayo de 1991, RA 4076) considera la declaración de obra nueva como un acto de administración que refleja un hecho constatado en la realidad (edificio construido).

Las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca, de suerte que «una vez realizada la obra, su acceso al Registro de la Propiedad tiene lugar como la simple constatación de un hecho» (Resoluciones de 21 de febrero de 1995, RA 1735 y 21 de noviembre de 2002, RA 2003/3938). Esta posición parece seguirse también en el Reglamento Hipotecario cuando permite su artículo 94 la inscripción de las efectuadas por uno solo de los cónyuges. No obstante, cabe plantearse también la declaración de obra nueva desde la perspectiva de la modificación del derecho de propiedad o el surgimiento de este derecho sobre lo edificado, como veremos seguidamente.

A pesar de que en la definición apuntada nos referíamos a modificaciones de fincas inscritas, la declaración de existencia de una obra nueva puede referirse también a una finca no inscrita. Así, puede ocurrir que con ocasión de una pretensión de inmatriculación se ponga de manifiesto la existencia de una edificación en la finca cuyo ingreso en el Registro se pretende. En estos casos es doctrina de la DGRN que es preciso cumplir la normativa exigida por la legislación urbanística para el acceso de las edificaciones al Registro, sin que obste a ello el hecho de que no nos hallemos ante una declaración de obra nueva, sino ante una pretensión de inmatriculación. Los preceptos reguladores del acceso de edificaciones al Registro (actual art. 20 del RDLeg. 2/2008, de 20 de junio) son aplicables a toda hipótesis de acceso de una edificación al Registro (Resoluciones de 9 de octubre de 2000, RA 10226; 13 de septiembre de 2003, RA 6276; 17 de febrero de 2005, RA 1958 y 6 de julio de 2005, RA 5652).

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA

Aun cuando, como acabamos de ver, la declaración de obra nueva no pasa de ser la mera constatación de un hecho físico modificativo de la descripción de la finca, lo cierto es que afecta al derecho de propiedad en una doble perspectiva: por tratarse de una facultad del dominio y por existir un derecho de propiedad sobre la finca.

En primer lugar, el derecho a edificar es una facultad ínsita en el derecho de dominio, aunque, a la vez, sujeta a las limitaciones consustanciales al derecho de propiedad en la actualidad, y por ello, al cumplimiento de una función social (art. 33 CE), lo que se aprecia en los diversos requisitos establecidos en la normativa urbanística.

Como manifestación del ejercicio consumado del derecho a edificar, la declaración de obra nueva corresponde efectuarla al propietario del suelo, aunque

se trate de un acto de administración del dominio. Por ello, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo (art. 20 de la LH) deberá otorgarla el titular registral actual, con independencia de que, según los datos obrantes en el Registro, en la fecha de construcción tal titular no fuese el propietario. Como señala la DGRN en la Resolución de 20 de marzo de 2002 (RA 6187) de no ser así, nunca podría inscribirse una obra nueva si el propietario que la construyó no la hubiese declarado. En cuanto a los supuestos de usufructo, la DGRN, en la Resolución de 21 de noviembre de 2002 (RA 3938), partiendo de la configuración de la obra nueva como un simple hecho, como la constatación registral de un elemento físico de la finca que completa la descripción de esta, considera que la única razón para exigir la conformidad del usufructuario sería la obligación que tiene el nudo propietario de no alterar la forma y sustancia del bien ni perjudicar el derecho de aquel, pero, dado que esta obligación también implica la de mantener la aptitud productiva de la cosa o de mejorarla, es claro que no la viola el hecho de reflejar en el Registro la existencia de una construcción que se ajusta a la normativa urbanística y que será disfrutada por el usufructuario.

En este sentido, para LLOPIS GINER el nudo propietario es el que tiene, en virtud del principio de accesión, la facultad de hacer la obra nueva, siempre que no traspase los límites de su derecho. Esta regla admite, a juicio de este autor, las excepciones del título de constitución del usufructo, del caso de la obra nueva antigua y del caso de la existencia de una hipoteca que modifica el derecho real hipotecado y trastorna la regla general en virtud de la no extensión automática de la hipoteca sobre la obra futura («El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1148-1149).

Por otra parte y, como apuntábamos antes, para las sociedades de gananciales el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario considera inscribibles las declaraciones de obra nueva realizadas por sí solo por el titular registral cuando se trata de finca inscrita conforme al artículo 94.1 por uno de los cónyuges con carácter ganancial. La DGRN, en la Resolución de 21 de febrero de 1995 (RA 1735) admite que inscrita una finca con carácter ganancial a nombre de marido y mujer conforme al artículo 93.1 RH, basta la intervención de uno de ellos para inscribir una declaración de obra nueva con expresa manifestación de haberse realizado la construcción a expensas de la sociedad conyugal, reiterando la consideración de mera constatación de un hecho.

En otro orden de cosas, la declaración de obra nueva implica el reconocimiento de una modificación o ampliación en el objeto del derecho de propiedad, lo que conlleva la necesaria determinación de la titularidad de la nueva edificación, o lo que es lo mismo: puede afirmarse que ha surgido un nuevo derecho de propiedad sobre lo edificado. Diversas normas se ocupan en nuestro ordenamiento de esta cuestión, lo que nos lleva a la obligada referencia a los preceptos reguladores de la accesión (art. 353 y sigs. CC), que en el

ámbito inmobiliario se rigen por el principio *superficies solo cedit* recogido en el artículo 358 que dispone: «lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes».

En cuanto a los supuestos de comunidad conyugal, es relevante la determinación del carácter privativo o ganancial de las edificaciones para lo cual el artículo 1.359 del Código Civil sigue el principio general de la accesión en lugar de imputarlas a aquel de los cónyuges que alegase efectuarla. Así, dispone la norma que: «las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado». El mismo criterio sostuvo la DGRN en la Resolución de 30 de junio de 1982 (RA 3676) para un supuesto de sobreelevación en edificio privativo de uno de los cónyuges, considerando que construida por el marido una nueva planta sobre edificación preexistente, de su propiedad, tendrá aquella el mismo carácter privativo, si bien surgirá un crédito, por su valor, a favor de la sociedad de gananciales. No obstante, en la Resolución de 26 de mayo de 1999 (RA 4368), para un supuesto de obra nueva realizada por cónyuges casados en régimen de separación, sobre solar propio del marido, con aportaciones económicas de ambos en el que se adjudicaban la total finca por mitades sostiene la Dirección General que, si bien es cierto que toda transferencia patrimonial ha de tener su causa, y que esta a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la obra nueva declarada se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Finalmente, la facultad de edificar, incluida en el derecho de propiedad del suelo, puede ser disociada y atribuida a otra persona distinta del propietario, dando lugar a los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación que pasamos a analizar brevemente.

DERECHO DE SUPERFICIE

Puede definirse el derecho de superficie como el derecho a construir en suelo ajeno que se concede a otra persona, haciendo esta suyo lo construido durante el periodo de duración del derecho. Para ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.) es: «el derecho real de

tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente».

La naturaleza jurídica de este derecho se perfila a partir de dos teorías distintas. La primera de ellas parte de la concepción del Derecho romano, que sostiene la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la superficie y que no admitió una propiedad de esta distinta de la propiedad de aquel.

La segunda se encuentra en parte de la doctrina italiana (CHIRONI, LOMONACO, GIANTURCO), postulando el derecho de superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en fundo ajeno, ligado o no a la obligación de pagar un canon al propietario.

En los artículos 40 y 41 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, se regula este derecho que se conceptúa como un derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Se inclina, por tanto, por la posición de ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.^a ed., Barcelona, 1997, pág. 483) al acentuar el hecho de «mantener» y no solo «construir», si bien, se establece claramente su carácter temporal, con un límite máximo de noventa y nueve años. Esta temporalidad que caracteriza la figura la hace útil básicamente para construcciones que tengan una duración prefijada por su carácter temporal o transitorio. Para el propietario de un terreno es un medio para hacer suyo el incremento del valor del suelo en zonas próximas a poblaciones propicias a una fuerte expansión urbanística.

No obstante, el éxito de este derecho colisionará con el obstáculo de la temporalidad, ya que el que adquiere para construir no se contenta con hacer suyo lo construido solo por cierto número de años.

El derecho de superficie implica un doble goce: el del suelo en la construcción del edificio y el de ese edificio una vez construido, aunque en este segundo estadio el goce derive directamente de la propiedad de lo edificado, es decir, de la propiedad superficiaria. Lo fundamental es el derecho de mantener la propiedad superficiaria de lo edificado, porque el derecho de construir la edificación es más bien una facultad instrumental o medial para llegar a la existencia de la propiedad separada superficiaria (vid. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 485).

En la regulación del Texto Refundido se establece la inscripción constitutiva de este derecho en el Registro de la Propiedad, la cual era ya contemplada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción, dada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RA 1083).

DERECHO DE SOBREDIFICACIÓN Y SUBEDIFICACIÓN

Los derechos de sobreedificación y subedificación son aquellos que atribuyen la facultad de construir en el vuelo o subsuelo concedido a otra persona haciendo esta suyas las edificaciones resultantes y sin constituir derecho de superficie. La disociación en el derecho a edificar respecto a la propiedad del suelo también es característica de estos derechos, aunque, a diferencia del derecho de superficie se pretende una apropiación definitiva de lo edificado.

El régimen registral de estos derechos se establece en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, afectado también parcialmente por la citada sentencia de 31 de enero de 2001. Según este precepto: «el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.
- b) (Anulado).
- c) (Anulado).
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

Los apartados *b)* y *c)*, relativos a la determinación del número de plantas y el plazo para el ejercicio del derecho que no puede exceder de diez años fueron anulados, si bien la exigencia de estas circunstancias vienen dadas por el principio hipotecario de especialidad.

III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO

La regulación de la Ley y el Reglamento Hipotecario se caracterizan por la flexibilidad y ausencia de requisitos específicos para el acceso de edificaciones al Registro. Así, el artículo 208 de la Ley, dispone que: «las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que este describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal». El artículo 308 del Reglamento se limita

a matizar ligeramente el contenido de este precepto. De ambos artículos resultan dos posibilidades para inscribir obras nuevas:

- 1.º) Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora.
- 2.º) Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado de arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida. De las normas citadas resulta una gran facilidad para el acceso de las edificaciones al Registro, bastando la mera descripción en los títulos relativos al inmueble.

Resulta destacable que se contempla no solo el supuesto de las obras nuevas, sino también las nuevas plantaciones o mejoras. Aunque se refiera a fincas urbanas, deben entenderse comprendidas también las rústicas en las que pueden efectuarse dichas edificaciones o mejoras. Del mismo modo, también deben entenderse incluidas cualquier otra obra que transforme las circunstancias materiales de la finca expresadas en el Registro, como desmontes, puestas en cultivo de terreno, obras de riego, etc.

La regulación de la Ley Hipotecaria, aunque no ha sido formalmente derogada, se encuentra en la actualidad en total desuso, puesto que los requisitos actualmente exigibles, de fondo y forma, de las obras nuevas se recogen en la normativa cuya evolución estudiamos en los siguientes apartados.

IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998

La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico, introdujo el sistema de adquisición gradual de facultades del dominio, conforme al cual se establecían sucesivas fases para la adquisición de dichas facultades urbanísticas del dominio sobre bienes inmuebles, distinguiendo entre el derecho a edificar y derecho a la edificación. El derecho a edificar se concretaba en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente (si no había sido sustituido por su equivalente económico) y requería, con carácter constitutivo, la previa obtención de licencia de obras, ajustada a la ordenación en vigor. Por su parte, el derecho a la edificación dejaba de considerarse como una manifestación del denominado derecho de accesión que, procedente del Derecho romano, se había incorporado al artículo 358 del Código Civil, y que atribuye

la propiedad de lo edificado al propietario del suelo; sino que este derecho a la edificación solo autoriza la incorporación de lo edificado al patrimonio del propietario del suelo cuando la edificación se hubiese ejecutado y concluido con arreglo a las condiciones fijadas por la licencia ajustada al planeamiento (DÍAZ FRAILE, J. M., «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 141, diciembre de 2007, pág. 3788).

Para CABELLO DE LOS COBOS («Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1580) la realización de la obra, con independencia del derecho-deber de edificar sobre un solar o sobre suelo rústico con expresa autorización es el resultado del ejercicio de la facultad de goce que corresponde al propietario del suelo; la materialización del *ius aedificandi*.

Consecuentemente con lo expuesto, es a partir de la citada Ley 8/1990 y del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, cuando se introducen dos importantes exigencias que sitúan al Registro de la Propiedad como último garante de la legalidad urbanística: la licencia municipal y el certificado de técnico. Así, el artículo 37.2 establecía: «los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

De este precepto surge también el distinto tratamiento entre obra nueva comenzada o en construcción y obra nueva finalizada. La importancia en la práctica edificatoria de comenzar las transacciones inmobiliarias de edificaciones aún en fase constructiva hace necesario, a la par que muy conveniente, su acceso al Registro, de manera que los adquirentes puedan tener inscritos sus derechos y gozar de las presunciones y protección que les brinda el Registro. Por ello se regula la posibilidad de acceder al Registro la obra en construcción, debiendo acreditarse posteriormente la terminación mediante acta notarial a la que se incorpora el certificado final de obra. Dicha posibilidad ya se apuntaba en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en el artículo 308 del Reglamento y por la DGRN, que en la Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RA 6941) admite la inscribibilidad de una escritura de obra nueva y propiedad horizontal en que se dice que la construcción del edificio está comenzada, sin especificarse el

estado en que se encuentra cada uno de los locales y viviendas, dando cobertura a las denominadas situaciones de prehorizontalidad.

Tanto para las obras terminadas como para las obras en construcción se exige el testimonio notarial de la licencia y del certificado técnico que acredite que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997 (*RTC 1997/61*), solo es competencia del Estado en materia urbanística, la definición del derecho de propiedad y las condiciones de igualdad en el territorio nacional, la determinación de su función social, el régimen de expropiación forzosa y valoraciones y los aspectos jurídico-registrales. Anulados numerosos preceptos del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, por infracción del régimen competencial autonómico (incluso el sistema de adquisición gradual de las facultades del dominio) se mantuvo la misma línea en cuanto a la declaración de obra nueva iniciada por el referido Texto Refundido en el artículo 22 de la Ley 6/1998, de Suelo, y valoraciones que reitera los mismos requisitos ya señalados, debido a que los mismos se refieren a aspectos registrales que entran en el ámbito competencial estatal (cfr. art. 149.1.8 CE).

En cuanto al ámbito temporal de aplicación de los requisitos señalados, la RDGRN, de 3 de octubre de 2002, señala que la exigencia de certificado de técnico competente, acreditativa de que la obra ha sido concluida con arreglo al proyecto, solo es exigible a las edificaciones posteriores a la Ley del Suelo de 1990. Por tanto, siendo principio general de nuestro Derecho (art. 2.3 CC) el de que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario, y habiéndose acreditado mediante documento oficial que la obra fue terminada antes de la vigencia de la Ley del Suelo de 1990, no puede exigirse el cumplimiento de requisitos impuestos por ésta y que no venían impuestos cuando aquélla fue concluida, pues examinado el articulado de la Ley de 1990 se desprende que ésta se refiere a sólo a las edificaciones construidas con posterioridad a su entrada en vigor.

V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

Como resulta del título de esta norma, su objeto es establecer unas normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Como señala su Exposición de Motivos, los preceptos que integran el Real Decreto se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto normas hipotecarias-jurídico-privadas están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo.

Es por ello que se procura evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias expresamente reservadas al Estado.

Las normas sobre obras nuevas se contienen en los artículos 45 a 55. Como ha señalado la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, no afecta a la vigencia de los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, aprobando las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, ya que la citada Ley no los deroga expresa ni tácitamente, ni es incompatible con ellos, como tampoco lo fue la Ley 6/1998.

Comienza la regulación con la norma del artículo 45 en la que pueden diferenciarse dos aspectos: en primer lugar, se refiere al título inscribible, estableciendo una remisión genérica a la legislación hipotecaria, y por ello, a los antes vistos artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento, así como al genérico principio de titulación pública (art. 3 de la LH). En segundo lugar, establece unas pautas descriptivas que han de considerarse verdaderos requisitos, cuya falta ha de ser objeto de calificación defectuosa.

Así, se establece que deberá constar en los títulos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de los metros cuadrados edificados. Estas tres circunstancias deben estimarse indispensables en toda descripción de una obra nueva. Además se añade que si en el proyecto aprobado se especifica, debe constar en el título el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

Las exigencias de licencia municipal y certificado técnico descriptivo, que ya se establecieron en la Ley del Suelo, se matizan en el artículo 46, concretando la actuación registral a practicar en los casos de acta de terminación de obra, que ha de ser la nota marginal. Asimismo se regula con flexibilidad las personas facultadas para otorgar el fin de obra, lo que no debe confundirse con la necesidad de que la declaración de obra nueva en sí misma sea realizada por el titular registral conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo.

Así se prevén excepciones a este principio al permitir que el otorgamiento del acta de fin de obra puede realizarse no sólo por el titular registral, sino también por las siguientes personas:

- a) Aquélla que hubiere declarado la obra nueva en construcción, aún cuando hubiese transmitido el dominio en todo o en parte.
- b) Si la finca perteneciese a varios titulares en proindiviso, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración. Este apartado es acorde con el artículo 398 del Código Civil y la consideración de la

- declaración de obra nueva como acto de administración sostenida por la Resolución de 21 de mayo de 1991 antes vista.
- c) El presidente de la junta de propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal. Ello concuerda con el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad de Horizontal.
 - d) Cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3793), este apartado plantea problemas de compatibilidad con el artículo 1384 del Código Civil, el cual dispone que: «Serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren». Ello obliga a entender limitado este apartado a los casos en que el inmueble está inscrito a nombre de uno solo de los cónyuges con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, pero no para los casos en que está inscrito a nombre de los dos cónyuges.

La forma de proceder respecto a actos y contratos afectantes a inmuebles en construcción se determina en el artículo 51, que permite su inscripción haciendo constar esta circunstancia. Como dice GARCÍA GARCÍA (*Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 2006, pág. 1555, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, pág. 1014, nota 200), este artículo ha generalizado la criticable doctrina de la Resolución de la DGRN, de 21 de marzo de 1997 (RA 2046), fomentando una indeseable discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, pues si existe esta facilidad para inscribir escrituras de transmisiones y gravámenes de pisos que en el Registro figuran todavía en construcción, pero que en el título constan como terminados, la tendencia práctica será probablemente la de no reflejar nunca las terminaciones de obra. Según el mismo autor, cabría interpretar el precepto en el sentido de que solo se refiere a las transmisiones y gravámenes de departamentos en construcción, pues si estuvieran terminados según el documento serían aplicables dos deberes legales (certificación de fin de obra y acta notarial de terminación) que serían controlables por el registrador. No obstante la DGRN, en Resoluciones de 10 marzo de 2007 (RA 1574) y 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de abril de 2008 (RA 2104, 2105, 2106, 2107, 2108 y 2109) se acoge claramente a la primera interpretación considerando que nada impide la inscripción, debiendo el registrador —conforme al art. 51 del RD 1093/97— hacer constar en la nota de despacho que según el Registro, la finca está en construcción y no se ha constituido el seguro decenal exigido por la Ley General de la Edificación (sobre el que trataremos seguidamente).

Tanto GARCÍA GARCÍA, como ya se ha visto, como FANDOS PONS [«La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la

doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.^a época); mayo de 2009, págs. 947 a 961] son favorables a la segunda interpretación del precepto, puesto que, como señala este último, con la primera de ellas se perjudica al consumidor o usuario, porque se altera su voluntad de comprar una vivienda terminada, pues con esa intención ha ido al notario a autorizar el título y con ese convencimiento sale de la notaría, pero después aplicando la doctrina de la Dirección General, se le inscribe una vivienda en construcción, por lo que no podrá dotarla de los servicios adecuados como luz, agua y demás, pues al no tener la licencia de ocupación, que no puede solicitarse hasta que se termine la obra, puede perpetuarse en el tiempo la situación conocida popularmente como la luz de obra. Situación fáctica que pone en entredicho la afirmación de que cuando se ha firmado el título, el vendedor sabe lo que ha vendido y el comprador lo que ha comprado, pero no es así para éste, pues, aplicando esta doctrina se tergiversa su voluntad, sin que sea suficiente que preste su consentimiento a la inscripción de la obra nueva como en construcción, pues lo que se impone al promotor constructor es una obligación legal.

En cuanto a la forma de acreditar los requisitos exigidos, reitera el artículo 48.1 del Real Decreto 1093/1997, que la licencia municipal ha de testimoniarse literalmente. Recuerda la DGRN en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007, la posibilidad de acreditarse ante el notario y ante el registrador la concesión de licencias de segregación y obra nueva por silencio administrativo positivo, una vez que se acredite que ha transcurrido el plazo de tres meses para que la Administración resuelva sobre la solicitud del interesado, lo cual ha sido sostenido por la misma reiteradamente, admitiendo incluso como forma de acreditación no solo la certificación del silencio positivo por la propia Administración, sino también la resolución administrativa expresa —aunque fuera denegatoria— producida fuera de plazo (Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo [RA 1054, 6197, 6355]; 7, 9 y 10 de septiembre de 2002 [RA 8918, 8919, 8920] y 17 de junio de 2004 [RA 5485]). Queda obsoleta e inaplicable la referencia a la certificación administrativa de acto presunto que hace el artículo 48, habida cuenta de la reforma del artículo 43 de la Ley 30/1992, operada por la Ley 4/1999. En los casos de licencia obtenida por silencio, el Registrador ha de comunicar la práctica de la inscripción al Ayuntamiento (art. 54) (acerca de la licencia otorgada por silencio administrativo positivo, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 1137 y sigs.).

Como afirma la Resolución de 15 de enero de 2009 (RA 1604), si bien la Dirección General en alguna ocasión (Resolución de 23 de junio de 2004, RA 5489) afirmó que, a efectos de la doctrina del silencio administrativo positivo, no basta con probar la existencia de la solicitud dirigida a la Administración, sino que es necesario probar de alguna manera la inexistencia de contestación

de dicha Administración; también es cierto que se ha admitido como medio de prueba, una vez suprimida la certificación del acto presunto por la reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero, la manifestación en documento público de los solicitantes de que tal contestación expresa de la Administración no se ha producido (Resolución de 3 de enero de 2008, RA 2087) dada la dificultad de la prueba de hechos negativos. Por otra parte, el plazo para el cómputo del silencio administrativo lógicamente no puede hacerse depender de una actividad unilateral de la Administración en el cierre o conclusión del expediente, sino que el plazo para resolver debe computarse desde la solicitud, siempre que no haya interrupción del mismo mediante una actividad expresa de la Administración de requerimiento al administrado o notificación de algún acto al administrado, que no consta se produjera en este expediente.

No podemos dejar de mostrar nuestro desacuerdo con la doctrina expuesta, relativa al silencio administrativo, sostenida por la Dirección General en una cuestión de una sensibilidad tan acentuada actualmente como es la materia urbanística. La admisión como concesión por silencio positivo de una licencia mediante la presentación de una denegación extemporánea (mantenida en las Resoluciones de 10 de septiembre de 2002 [RA 8920]; 5 de octubre de 2006 [RA 9689]), a nuestro juicio es contraria al artículo 242.6 del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, que dispone: «en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico» (norma declarada expresamente en vigor por la Ley de Suelo de 1998) y que actualmente se recoge en el artículo 8 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, que dispone: «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». En el sentido de este precepto se manifestó la Resolución de 22 de marzo de 2005 (RA 1976), de la que se alejan las posteriores. Si el registrador califica en base a los documentos presentados y a los asientos del Registro (art. 18 de la LH), y le consta documentalmente la ilicitud de dicha licencia, por tener ante sí su denegación, aun extemporánea, carece absolutamente de sentido que tenga acceso al Registro de la Propiedad un acto claramente impugnado, cuando la finalidad primordial de esta institución es evitar la litigiosidad, siendo junto con la Fe Pública Notarial, uno de los pilares de la denominada seguridad jurídica preventiva en el Ordenamiento Español. Resulta sorprendente la aquiescencia del Centro Directivo al acceso al Registro de un acto ilícito, en contra de los principios mismos de la institución, afirmando abiertamente que es la Administración quien debe proceder a impugnarlo haciendo constar dicha impugnación en el Registro.

Por lo expuesto, nos congratulamos del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (RA 1471), la cual señala que: «al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente

por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo». Finalmente esta doctrina ha tenido acogida en derecho positivo, como se verá en el último epígrafe de este trabajo.

El artículo 46 del Real Decreto 1093/1997 exceptúa a la exigibilidad de licencia los supuestos en que no fuera legalmente exigible. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3787), la salvedad responde a la existencia de supuestos en los que legalmente no es exigible una licencia de obras para amparar la legalidad de un acto edificatorio. Ejemplos de tales supuestos de excepción son los siguientes:

- a) La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 18 de abril de 2000 (RA 4221) en relación con la concesión administrativa de construcción y explotación de un aparcamiento. Entiende el Tribunal Supremo que el control de legalidad urbanística lo realiza el Ayuntamiento a través del concurso de adjudicación de la concesión y mediante la recepción provisional y definitiva de la obra.
- b) Diversas excepciones previstas en la normativa autonómica, como la que contempla que las ordenanzas municipales puedan sustituir la necesidad de la licencia por una comunicación previa al Ayuntamiento (vid. art. 179, núm. 4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio), las órdenes de ejecución que deben dictar los Ayuntamientos en caso de incumplimiento por los propietarios de los deberes de conservación y rehabilitación [vid. art. 169.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) y art. 189 de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 2005], o ciertos actos promovidos por las Administraciones Públicas cuando concurren razones de excepcional o urgente interés público (vid. art. 170.2 y art. 3 LOUA).

En cuanto a la certificación de técnico, puede esta hacerse por comparecencia del técnico en el otorgamiento, por testimonio en la escritura o acompañándola como documento complementario, debiendo constar legitimada la firma en estos dos últimos casos (art. 49 del RD 1093/1997). Esta exigencia es ineludible, como señala la DGRN, incluso en supuestos planteados con anterioridad al Real Decreto 1093/97. La certificación del técnico ha de tener la firma legitimada notarialmente, puesto que dicha certificación es un documento privado y su incorporación a la escritura no lo convierte en público.

Por otro lado, si bien el carácter profesional del técnico actuante se puede acreditar mediante el visado colegial, la eficacia de este se limita al ámbito competencial que le es propio, por lo que no alcanza a acreditar la autoría de la firma (Resoluciones de 23 de octubre de 2000, RA 10236; 22 de marzo de 2003, RA 3956 y 20 de julio de 2007, RA 3805). Para la RDGRN, de 26 de abril de 2012, el visado por el Colegio profesional no debe estimarse, con arreglo al principio de libertad de propiedad, un requisito exigible a los efectos de inscribir un derecho en el Registro, salvo aquellos casos estrictos en que así lo determine una norma particular como sucede en el caso del artículo 50.3 del Real Decreto 1093/1997.

La cuestión de quién ha de considerarse técnico competente para expedir las certificaciones, se precisa en el artículo 50:

1. El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.
2. El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.
3. Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio Profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.
4. El Técnico Municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función. La DGRN, en la Resolución de 8 de septiembre de 2004 (RA 6615), ha estimado que puede considerarse como técnico competente al arquitecto técnico que afirma ser director de la obra, debiendo quedar relegada a la exclusiva responsabilidad del técnico firmante la veracidad de sus manifestaciones. Incluso para edificaciones de carácter agrario se admite la certificación de ingeniero agrícola (Resolución de 22 de mayo de 2007, RA 3238).

De especial importancia en la práctica es la posibilidad de inscripción con menores requisitos de las denominadas «obras antiguas». Estos supuestos se recogen bajo el epígrafe «Reglas aplicables a otras construcciones» en el artículo 52. Las exigencias para estos casos pueden sistematizarse en los siguientes puntos:

1. Ha de tratarse de una edificación terminada.
2. Debe acreditarse la terminación en fecha determinada por alguno de los siguientes medios:
 - a) Certificación del Catastro.
 - b) Certificación del Ayuntamiento.
 - c) Certificación técnica.
 - d) Por Acta Notarial.

En estos dos últimos casos, el Registrador lo comunicará al Ayuntamiento, conforme al artículo 54.

3. En dichos documentos ha de constar la descripción coincidente con el título.
4. La fecha de terminación ha de ser anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. La competencia para determinar este plazo corresponde a cada Comunidad Autónoma. A estos efectos, deberá acreditarse la tipología de suelo para descartar que se trate de supuestos de infracciones imprescriptibles por esta razón (RDGRN de 11 de abril de 2011).
5. Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

Para GARCÍA MÁS («Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, pág. 336. Acerca de la vigencia de la Disposición Transitoria Quinta, vid. CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, pág. 47) este precepto solo puede entenderse referido a la Disposición Transitoria 5.^a del Texto Refundido del 92, en congruencia con la Disposición Transitoria 6.^a de la Ley del 90, que dice que: «las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/90, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular». Según este autor, de entenderse comprendidas otro tipo de construcciones, sería una extralimitación *contra lege* del Real Decreto. Por el contrario, GARCÍA GARCÍA («Derecho Inmobiliario Registral...», *op. cit.*, pág. 1014, nota 201) considera aplicable la norma no solo a las construcciones existentes antes de la Ley 8/1990, sino también a las edificaciones terminadas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, dada la generalización realizada por el precepto.

Según la Resolución de 21 de septiembre de 2007 (RA 1478), de la descripción resultante del título y de la contenida en la certificación técnica acreditativa de su antigüedad, complementaria de aquel, deben resultar todos los datos descriptivos mínimos exigidos por el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio o por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por certificación catastral,

siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación (Resolución de 23 de enero de 2006, RA 3905, reiterada en la de 10 de noviembre de 2011). Para la DGRN, en Resolución de 10 de marzo de 2012, el requisito de la «descripción coincidente» tiene dos aspectos: por una parte incide en la necesidad de identificación de la finca sobre la que se declara la obra nueva con la finca registral y, por otra, en la coincidencia de descripción de la parcela sobre la que se pretende declarar la obra nueva. La Resolución de 11 de abril de 2011 no admite la inscripción de la obra cuando los certificados municipal y catastral son contradictorios en cuanto a la antigüedad de la edificación.

En cuanto a la eficacia de la notificación al Ayuntamiento, a que se refiere el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, una vez practicado un asiento en el Registro, el mismo queda bajo la salvaguardia de los tribunales conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, procediendo su rectificación solo en la forma prevista en el artículo 40 del mismo cuerpo legal; no siendo el recurso gubernativo cauce adecuado para discutir la validez de una inscripción ya practicada. Todo ello sin perjuicio de que en su día se solicite el acceso al Registro de la Propiedad de las medidas que el Ayuntamiento pueda haber establecido para el restablecimiento, en su caso, de la legalidad urbanística (Resolución de 15 de octubre de 2005, RA 7455).

VI. LA LEY 5/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL

Con esta Ley no se modifica el régimen que hemos expuesto en cuanto al acceso al Registro de las nuevas construcciones, pero al mismo viene a añadirse un importante requisito exigible en determinados supuestos como es la acreditación de haberse contratado el seguro decenal de daños previsto en el artículo 19.1.c) de la meritada Ley.

Así, el artículo 20 establece que no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19. El precepto se completa con la Disposición Adicional Segunda de la que resulta que solo a partir de su entrada en vigor (6 de mayo de 2000) y solo cuando se trate de edificios cuyo destino principal sea el de vivienda será exigible la garantía prevista en el artículo 19.1.c) del seguro decenal.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo ciertas matizaciones en la exigencia del seguro decenal. En concreto, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Segunda precisa la no exigencia en el supuesto del autopromotor individual de una única

vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

La controvertida aplicación práctica de este requisito ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la DGRN en Resoluciones de casos concretos e incluso en dos instrucciones sobre la materia. Primeramente, la Instrucción de 11 de septiembre de 2000 determinó la forma en que ha de efectuarse la acreditación ante notarios y registradores de la propiedad y las circunstancias que deben expresarse. La acreditación de la constitución de la garantía puede realizarse:

1. Mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor.
2. Mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o
3. Mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato.

Se pormenorizan las circunstancias que, en todo caso, deben constar, relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación, al seguro y a la entidad aseguradora:

- a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:
 1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.
 2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.
- b) Relativas al seguro:
 1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de

Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.
3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.
4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.
5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.
6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.
7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.
8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.

c) Relativas a la entidad aseguradora:

1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.
2. Autorización para operar en España.
3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

Podemos destacar la necesidad de constancia del capital asegurado exigida en el número 3 de su apartado b). En este sentido, conforme al artículo 19.5.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación: «el importe mínimo del capital asegurado será el siguiente... el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.c) de este artículo». Esta exigencia ha sido analizada por la Resolución de 21 de marzo de 2007 (RA 1964), según la cual dicho valor no ha de entenderse que debe ser equivalente al declarado como valor de la obra nueva en el documento notarial: «el coste final de ejecución material, incluidos honorarios profesionales, hace referencia a la suma de las cuantías de los recursos empleados para la realización de la obra, cuantía que es la que debe ser objeto de seguro, mientras que el concepto de valor de la obra nueva hace referencia a una realidad mayor, es un concepto más amplio en el que se incluye no solo el coste de ejecución sino otros aspectos, fundamentalmente, el incremento o

valor añadido de la construcción, valor añadido que vendrá determinado por una serie de circunstancias concurrentes y diversas tales como el mercado, el entorno, la situación de las propias características internas y externas de la obra, obteniéndose, en consecuencia, una cifra no coincidente con el estricto coste material de ejecución de la obra. Por esta razón y en la medida que la normativa mencionada hace referencia al coste final de ejecución de la obra y no a su valor, como pueden referirse otras disposiciones normativas ya sean fiscales o de otro orden, es aquella y no esta la cuantía que debe ser objeto del seguro decenal».

La Instrucción de 3 de diciembre de 2003 es más profusa y detalla diversas cuestiones que la praxis ha ido planteando. En primer lugar se corrobora, de acuerdo con doctrina reiterada del Centro Directivo (entre otras, Resolución de 20 de marzo de 2000), que solo es exigible la constitución de las garantías al autorizar o inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada o las actas de finalización de obras. No se exigirá, por tanto, la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente, por otro lado, con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación. En segundo lugar, se aborda la necesidad de exigencia o no de la garantía en los siguientes supuestos:

- Edificios de viviendas en alquiler: es exigible.
- Residencias de estudiantes, geriátricas, sanitarias o establecimientos hoteleros: no es exigible.
- Edificios en régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles: es exigible.
- Edificios mixtos (oficinas-viviendas): es exigible.

En cuanto a la rehabilitación de edificios, la Instrucción se adentra en el análisis del concepto mismo de rehabilitación, pudiendo concluirse que es exigible la garantía si se trata de obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios. Para los casos dudosos se prevé la posibilidad de aportar certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere. En este sentido, la Resolución de 11 de febrero de 2009 (RA 1853) asevera que la apreciación de si se está o no ante una alteración sustancial debe quedar circunscrita a la manifestación, bajo su responsabilidad, del técnico competente, sin que frente a la valoración de este pueda prevalecer la del registrador o la de la propia Dirección General.

Como caso concreto, muy frecuente en la práctica, la Instrucción contempla las nuevas construcciones con mantenimiento de la fachada, en las que se estima

exigible, sin lugar a dudas, la constitución del seguro decenal. En general, se considera exigible el seguro cuando las obras no son solo de rehabilitación, sino que también alteran la configuración arquitectónica del edificio y producen una alteración sustancial en su volumetría (Resolución de 16 de abril de 2007, RA 3397). En esta línea podemos destacar, además, otras resoluciones relativas al concepto de rehabilitación a efectos de la exigencia del seguro decenal. Así, la Resolución de 19 de julio de 2005 (RA 7023) considera que el hecho de que la rehabilitación consista en la construcción de nuevas plantas, aunque estas no se destinen a vivienda, requiere la exigencia de seguro, puesto que lo determinante es el destino principal a vivienda de la totalidad del edificio. Por su parte, la Resolución de 17 de noviembre de 2007 (RA 385) estima que no es necesario el seguro decenal cuando la reforma no afecta a la habitabilidad de una o más viviendas. En el caso planteado, la modificación consistía, en una finca compuesta de planta baja destinada a garajes y cuatro en altura destinadas a viviendas, en ampliar la planta baja creando un garaje y en asignar a la vivienda en planta primera el uso de la terraza creada al ampliar la planta baja.

Finalmente la Instrucción trata la problemática de la expresión «autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Se estima incluida en ella tanto a personas físicas como jurídicas, pues lo contrario supondría restringir excesivamente el campo de aplicación de dicha exención, como asimismo señalan las Resoluciones de 9 de julio 2003 (RA 6083) y 6 de abril de 2005 (RA 3485). La exigencia del destino a uso propio, en cuanto que es un hecho futuro, podrá quedar cumplida mediante mera manifestación en tal sentido, que debe realizar quién hace la declaración de obra nueva terminada o en construcción como dueño de la construcción, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Acerca de la desaparición de la obligación de aseguramiento para los autopromotores, vid. CARRASCO PERERA, A., «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 709-710.

Como afirman las Resoluciones de 5 de abril de 2005 (RA 3484) y 11 de octubre de 2008 (RA 635), a los efectos de exoneración de la obligación de constituir el seguro decenal, es imprescindible la manifestación expresa por parte del declarante de que la vivienda se va a destinar a uso propio, sin que el registrador tenga la obligación de deducir tal extremo del contexto de la escritura. Según GÓMEZ GÁLLIGO («Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, pág. 499), el que se destine la vivienda a uso propio pueda acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tales como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera

ocupación, etc. (Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003), siendo tal acreditación obligatoria cuando la vivienda se transmita en el plazo de diez años desde la finalización de su construcción; pero en todo caso, prescindiendo de su futura transmisión, exige una manifestación expresa en el sentido de que se va a destinar a uso propio, sin que se pueda pretender que el Registrador supla tal manifestación mediante deducciones o interpretaciones (Resolución de 5 de abril de 2005, RA 3484).

En un primer momento, la Dirección General interpretó de forma muy flexible (casi *contra legem*, podría decirse) el requisito legal de una única vivienda unifamiliar para uso propio, pues, como estimó en las Resoluciones de 17 de marzo de 2007 (RA 1966) y 11 de noviembre de 2008, en un supuesto de obra nueva de varias viviendas que, según manifiesta el declarante, se destinan a uso propio, no es necesario el seguro, argumentando que el destino a uso propio no es contradictorio con el hecho de que se trate de varias viviendas (tres en el primer caso y dos en el segundo), y que a nadie perjudica el que la suscripción del seguro se difiera, si llegara el caso, al momento en que una de ellas fuese vendida. En la misma línea interpretativa, la Resolución de 9 de mayo de 2007 (RA 3777) consideró no exigible el seguro para los supuestos de «comunidad valenciana», en los que varios copropietarios del solar proceden a edificar adjudicándose los pisos resultantes. Sin embargo, la segunda de las resoluciones citadas, ha sido anulada por sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 8 de Sevilla, y posteriormente, las Resoluciones de 22, 23 y 26 de julio de 2010 (RA 4878, 5134 y 5135) y 25 de marzo de 2011 (RA 2865) cambian el criterio considerando exigible el seguro los supuestos en los que haya más de una vivienda y de un autopromotor sin que se reúnan los requisitos de la «comunidad valenciana».

VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO

El artículo 19 de la Ley 8/2007, actual artículo 20 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, ha mantenido los requisitos de las anteriores Leyes de Suelo de 1992 y 1998 ya vistos, si bien añade, para la terminación de obra, el siguiente: «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Las limitadas competencias del legislador estatal en materia urbanística derivan en graves imprecisiones debidas a la intención de no invadir las competencias autonómicas para evitar las consiguientes anulaciones por este motivo como ocurriera en el Texto Refundido de 1992. Por ello,

la nueva expresión legal introducida ha sido objeto de gran controversia en el ámbito registral y notarial, con dificultades en su aplicación práctica debido a lo ambiguo de su redacción.

Con la intención de aclarar la cuestión, se dictó la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, resolviendo la consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España de la que podemos destacar el punto 6.º, en el que se afirma que la expresión que se añade al artículo 19 no supone otra cosa que la necesidad de acreditación del seguro decenal y el Libro Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integran el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias, y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y en su caso los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo. Conforme a la expresada Resolución-Circular, dicho libro del edificio ha de ser objeto de acta notarial de depósito.

En numerosas resoluciones posteriores se ha considerado innecesaria la aportación de otros documentos como la licencia de primera ocupación, que podría entenderse comprendida en la nueva redacción de la norma. Considera el Centro Directivo que esta licencia no se exige ni para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios, sin perjuicio de las consecuencias de su incumplimiento. Además, la referencia del artículo 19.1 de la Ley del Suelo (hoy 20 del TR) a la acreditación «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística» se entiende referida a la licencia de edificación. Por otro lado, si se considerara dicha licencia de primera ocupación como una total finalización de la obra, no sería precisa la previa licencia de construcción y el fin de obra sería superfluo (Resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22 de diciembre de 2008, RA 1466/1467, 311, 312, 313, 317, 2766, 2768, 318 y 319; 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de enero de 2009, RA 1082). En este último punto se sigue la doctrina de las Resoluciones de 10 de abril de 1995 (RA 324) y 26 de febrero de 1996 (RA 1033) en cuanto a la conceptualización de la licencia de primera ocupación como equivalente en contenido a la certificación técnica de fin de obra, pues la finalidad del certificado es garantizar que la obra nueva cuyo acceso al Registro se pretende se ajusta a los términos de la licencia concedida y según las citadas Resoluciones, no hay dificultad en admitir la sustitución de aquel certificado por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado. Pese a esta afirmación, consideramos que dicha sustitución no es posible en la actualidad, habida cuenta de la normativa analizada a lo largo de este artículo, de fecha posterior a las expresadas Resoluciones, que exigen en todo caso el certificado de técnico. La RDGRN, de 7 de marzo de 2012 (RA 152530), ha venido a matizar, a la vista de la normativa actual, la doctrina de aquellas resoluciones, considerando admisible la aportación del certificado municipal siempre y cuando del mismo resulte el informe

favorable del técnico municipal, el cual es técnico competente a los efectos del artículo 50.4 del Real Decreto 1093/1997 y que cuente con los requisitos de los artículos 45 y 46 de la citada norma.

Será necesaria la aportación de licencia de primera ocupación en caso de obras nuevas terminadas cuando así lo exija expresamente la normativa autonómica aplicable, como ocurre en Andalucía con el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, en su artículo 27. En la RDGRN, de 16 de febrero de 2012 (RA 96952) se sostiene, empero, el criterio contrario, pues se admite la licencia de primera ocupación como documento acreditativo del final de la obra, sin necesidad de certificado técnico, más aún cuando del documento municipal incorporado al instrumento público objeto del recurso resultaba explícitamente que para conceder la licencia de primera ocupación se tuvo a la vista, además del certificado final de obras, el informe favorable de los servicios técnicos municipales (del que resulta incluso que se realizó una visita de comprobación al inmueble). Considera el Centro Directivo que, aunque el precepto autonómico exige el requisito cumulativamente, debe atenderse a la finalidad de la norma y al objeto de dicha licencia que es comprobar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada. A pesar de esta doctrina, el citado artículo 27 ha sido reformado en el Decreto 327/2012 (en vigor desde el 14 de julio de 2012), y se establece aún de forma más explícita la exigencia cumulativa de ambos documentos, la licencia de ocupación y el certificado final de obra expedido por el técnico. Parece forzado aplicar la interpretación del Centro Directivo en contra del tenor claro y terminante de la nueva norma.

En esta Comunidad Autónoma, además, se introduce como novedad para inscribir la declaración de obra nueva terminada, que previamente se deposite una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. En principio parece lógico considerar no exigible el libro del edificio cuando se trata de vivienda unifamiliar construida para uso propio por autopromotor individual, pues no se da en tal supuesto la razón de ser de las normas aplicables (art. 19.1 de la Ley del Suelo y art. 7 y Disposición Adicional Segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación) como es la entrega de la edificación a su usuario final. Además, de igual modo que se dispensa del seguro decenal, idéntica razón existe para la dispensa de la exigencia de la aportación de dicho Libro (Resoluciones de 10, 12, 13, 15, 17 y 18 de diciembre de 2008 [RA 1468, 311, 312, 313, 314, 317 y 2766]; 8, 9, 12 y 14 de enero de 2009 y 25 de mayo de 2009 [RA 275, 277, 1603, 1082, 4022]). Esto no obstante, la RDGRN, de 15 de noviembre de 2011, considera que dada la redacción clara, incondicionada y no limitada del artículo 27.3 del Decreto 60/2010 debe exigirse el libro del edificio a este tipo de construcciones realizadas por autopromotor, posición que no compartimos en absoluto por los argumentos ya expuestos.

VIII. LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO

El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, ha introducido importantes modificaciones en la regulación del acceso de las edificaciones al Registro. El mencionado Real Decreto entró en vigor el 7 de julio de 2011.

1. SILENCIO NEGATIVO

El artículo 23 del meritado Real Decreto-ley 8/2011 ha consagrado la regla del silencio negativo con carácter general para las licencias urbanísticas, exceptuando los supuestos a que se refiere de la regla general del silencio positivo contenida en el artículo 43 de la Ley 30/1992. Así, se dispone que se precisa un acto expreso para los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo, y además efectúa una enumeración que tiene carácter exhaustivo y no meramente ejemplificativo, concretando los siguientes supuestos:

- «a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje.
- e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior».

La proscripción del silencio positivo queda consagrada, además de con la citada exigencia de «acto expreso» del apartado 1, con la norma del apartado 2, conforme al cual, «el vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado la resolución expresa, legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo».

La nueva disposición constituye una manifestación del principio establecido en el artículo 8 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, según el cual, «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades

o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». Igualmente se ha acogido la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (RA 1471), antes comentada, frente a las tesis sostenidas por la DGRN en las Resoluciones de 10 de septiembre de 2002 [RA 8920]; 5 de octubre de 2006 [RA 9689], lo que nos parece acertado para reforzar la seguridad jurídica inmobiliaria en el ámbito urbanístico.

2. NUEVOS REQUISITOS PARA OBRAS NUEVAS TERMINADAS: LICENCIA DE OCUPACIÓN Y EFICIENCIA ENERGÉTICA

El Real Decreto-ley 8/2011 vuelve a dar una nueva redacción al artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, de 20 de junio de 2008. De la misma no resulta novedad alguna en cuanto a los supuestos de declaración de obra nueva en construcción, para los que continúa la necesidad de aportar la correspondiente licencia («acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística») y la certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

En cuanto a las declaraciones de obra nueva finalizada, la norma actual exige, junto con la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de esta conforme a la descripción del proyecto, lo siguiente:

- «a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, y
- b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente».

En primer lugar, se observa que se ha mantenido la expresión referida a los requisitos de entrega a los usuarios de la edificación, según la legislación específica, por lo que se precisará conforme a la antes vista Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, la acreditación de la preceptiva suscripción del seguro decenal (arts. 19 y 20 de la LOE) y el depósito notarial del libro del edificio (o depósito en el Registro de la Propiedad, como exige el Decreto 60/2010 en Andalucía).

Siguiendo la línea de la normativa estatal reciente, se emplea una redacción que aspira a ser comprensiva de las distintas modalidades de autorizaciones existentes en la normativa urbanística autonómica y se introduce, en segundo

lugar, una doble exigencia. Así, se alude a autorizaciones administrativas para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto, o lo que es lo mismo, la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad (según se exija en cada norma autonómica), que, en definitiva, habrá de exigirse en toda obra finalizada, quedando en balde la doctrina que al respecto había elaborado la DGRN. Por tanto, la nueva redacción parece zanjar la polémica surgida con la anterior, cuyo alcance suscitó no pocas dudas, así como numerosos recursos contra calificación en lo que se refiere a la exigencia de esta licencia de ocupación como requisito para la inscripción de las obras finalizadas. Como ya hemos señalado en el epígrafe anterior, la RDGRN, de 16 de febrero de 2012 (RA 96952), admite la acreditación de la finalización de la obra con la sola aportación de la licencia de primera ocupación de la que resulte el informe favorable del técnico municipal.

Según la RDGRN, de 21 de enero de 2012 (RA 3252), esta licencia de primera es exigible incluso a los supuestos de vivienda unifamiliar de autopromotor, ya que no es aplicable la exención prevista para tal tipo de edificaciones en materia de Libro del Edificio y seguro decenal de daños, pues estas son obligaciones impuestas por la Ley General de la Edificación, con la finalidad de proteger a los terceros adquirentes, mientras que la licencia de primera ocupación tiene un origen legal distinto (art. 20 de la Ley del Suelo, en redacción dada por el RDL 8/2011), y su finalidad es el cumplimiento de la legalidad urbanística.

El segundo aspecto de esta doble exigencia a que nos referíamos es el de los requisitos de eficiencia energética. La cuestión de la eficiencia energética se regula en el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción. Dicho Decreto traspone parcialmente la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios en la que se establece la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética. Así el citado Real Decreto regula la existencia de una calificación y certificado de eficiencia energética del edificio (arts. 4 y 5). Asimismo se ha de realizar un certificado de eficiencia del proyecto (art. 6) y del edificio terminado (art. 7) quedando estos dos últimos incorporados al proyecto y al libro del edificio, si bien esto se deriva ya del propio artículo 7 de la LOE, el apartado 5 del artículo 7 del Real Decreto 47/2007 lo dispone expresamente. Esta regulación es aplicable, en general, a los edificios cuya licencia se hubiera solicitado a partir del 30 de abril de 2007 (fecha de su entrada en vigor), con ciertas excepciones que se prevén en las Disposiciones Transitorias y en la regulación del ámbito de aplicación (art. 2).

La redacción de la nueva norma del Real Decreto-ley 8/2011, una vez más, incurre en cierta ambigüedad, puesto que su dicción literal parece dar a entender que en la misma autorización administrativa puede constar que la edificación

reúne tanto estos requisitos energéticos como los referidos a las condiciones necesarias para su destino al uso previsto (licencia de ocupación). Por ello podría interpretarse o bien que solo se exigirá el aspecto de la eficiencia energética cuando la normativa autonómica correspondiente prevea autorizaciones en este sentido (puesto que el RD 47/2007 no las regula), o bien que, en todo caso, habrán de acreditarse el cumplimiento de los mismos (existencia de los certificados regulados en el RD 47/2007), habida cuenta de que se trata de una certificación del técnico autor del proyecto que además deberá figurar, como se ha dicho en el libro del edificio. Esta segunda interpretación, aunque se aleja del tenor literal del precepto, impide que la misma quede inaplicada en lo que al aspecto de la eficiencia energética se refiere.

Por último, se ha establecido en el apartado tercero una norma de técnica registral conforme a la cual, «en aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro, por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado primero en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas». Ciertamente esta disposición no aporta ninguna novedad destacable, puesto que en estos casos en los que durante el proceso constructivo se han realizado modificaciones en el proyecto que conllevan la rectificación de la obra nueva, lo procedente, efectivamente, es un asiento de inscripción de conformidad con las normas generales sobre rectificación de asientos contenidas en la legislación hipotecaria y por ser lo más acorde con la claridad que debe presidir los folios registrales. Piénsese en lo confuso que puede llegar a ser la constancia de tales modificaciones por medio de la misma nota marginal expresiva del fin de obra, especialmente en aquellos casos en los que por las circunstancias descriptivas del edificio o de la modificación misma, éstas puedan alcanzar una extensión considerable.

3. EDIFICACIONES ANTIGUAS

Otra importante novedad es la regulación con rango de ley del acceso al Registro de las edificaciones antiguas, en el artículo 20.4 del Texto Refundido, cuestión que ha venido regulada anteriormente en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997.

En esencia, se han recogido las mismas circunstancias que ya previera el citado artículo 52, expresando como ámbito de aplicación que debe tratarse de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. Deberá cumplirse lo siguiente:

- Se debe acompañar certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.
- El Registrador debe comprobar la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- El asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido.
- Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación.

Como novedades que se apartan del régimen reglamentario preexistente podemos destacar, primeramente, la nueva exigencia impuesta al registrador que, conforme al apartado, deberá comprobar que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público. Resulta difícil entender el alcance de esta disposición, puesto que el Registrador califica según los asientos del Registro y los documentos presentados (art. 18 LH). De los primeros no puede resultar el carácter demanial, pues si así fuera, la finca habría de estar inscrita a favor de una Administración Pública, y el defecto impeditivo de la inscripción de la edificación antigua vendría dado por el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH), más que porque así lo establezca esta nueva disposición. Por tanto, la ausencia de carácter demanial o de servidumbres de uso público habrá de resultar de la propia documentación presentada, lo que nos lleva a plantear si realmente es preciso que de ellos resulte una manifestación expresa en este sentido emitida por la Administración con competencias en materia de urbanismo (municipal). Parece correcto admitir esta posibilidad, pues de lo contrario la nueva norma quedaría vacía de contenido.

En segundo lugar, el apartado *c)* extiende la obligación del registrador de comunicación al Ayuntamiento a la totalidad de los supuestos de edificaciones antiguas, cualquiera que sea la forma de acreditar la antigüedad. Recordemos que en el régimen del artículo 54 del Real Decreto 1093/1997 no procedía la comunicación cuando se acreditaba mediante certificado municipal o catastral.

De las Resoluciones de 17 de enero (RA 2855) y 8 de mayo de 2012 se desprende la necesidad de notificar en todo caso al Ayuntamiento, aun cuando se acredite la antigüedad de la edificación con certificado del mismo. Igualmente inciden, como ya hiciera la antes comentada Resolución de 15 de octubre de 2005 (RA 7456), en la eficacia de la inscripción, de modo que «no puede sostenerse que la inscripción de la obra nueva declarada pueda generar una situación engañosa acerca de la situación urbanística de la edificación inscrita, en la cual puedan confiar terceros adquirentes que eventualmente hubieran de soportar las actuaciones materiales de restablecimiento de la legalidad que, en caso de que el Ayuntamiento revise su criterio anterior o lo decida la Comunidad Autónoma, deban tomarse, toda vez que tanto en el contenido de la inscripción que se realice, como en la nota de despacho de los títulos que puedan inscribirse con posterioridad, como en la publicidad formal que de la finca sea solicitada, deberá hacerse constar, según exige el artículo 20.4.c) de la Ley de Suelo, que la inscripción ha sido realizada de conformidad con lo previsto en dicho artículo, y que se ha procedido a notificar su extensión al Ayuntamiento, a fin de que éste, en su caso, pudiera interesar la constancia registral de medidas de disciplina urbanística o la posible situación de fuera de ordenación en que la edificación se pudiera encontrar».

Dejamos para comentar en último lugar el apartado *b)* del nuevo artículo 20, pues contiene una disposición cuya aplicación práctica no está exenta de polémica. La norma reza así: «el asiento de inscripción dejará constancia de la situación de fuera de ordenación en la que queda todo o parte de la construcción, edificación e instalación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable. A tales efectos, será preciso aportar el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación, con la delimitación de su contenido». Este apartado puede entenderse en sentidos bien distintos.

Una primera postura considera que, en todo caso es necesaria, para la inscripción de edificaciones antiguas, la aportación del acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación o, caso de no incurrirse en dicha situación, una manifestación expresa de la Administración en este sentido. De este modo, el asiento de inscripción que se practique relativo a una edificación antigua expresará si esta está o no en la situación urbanística de fuera de ordenación. Ello resulta de gran importancia de cara a terceros adquirentes de la finca que lo harán con la seguridad de que del Registro resulte esta circunstancia que puede conllevar importantes limitaciones según las normas urbanísticas aplicables.

En apoyo de esta primera posición puede citarse la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, en la que se asevera introducir «medidas registrales cuyo objeto consiste en garantizar y fortalecer la seguridad jurídica en los actos y negocios inmobiliarios por medio del Registro de la Propiedad» cuyo objetivo es «la protección preventiva y en la depuración a futuro de situa-

ciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional». De este modo se permite «el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de los cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. De esta manera, se consigue la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica».

Además, poca novedad introduciría y nula finalidad publicitaria para terceros adquirentes se conseguiría si no se exigiera para la inscripción una manifestación de la Administración sobre la situación o no de fuera de ordenación de la edificación cuya acceso ahora se pretende. Téngase en cuenta que la posibilidad de hacer constar esta circunstancia ya encajaba en la nota marginal prevista en el artículo 74 del Real Decreto 1093/1997.

En la Administración urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha tomado partido claramente por esta postura. Inicialmente en un informe de fecha 15 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Inspección de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de Andalucía, dirigido a la DGRN y posteriormente en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, en el que se modifica el artículo 53 del Decreto 60/2010 para introducir el siguiente apartado 5: «conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma».

Siguen esta postura DELGADO RAMOS («La inscripción registral de las obras antiguas “prescritas”, tras el Real Decreto-ley 8/2011» y «Comentarios a las Resoluciones de la DGRN, de 17 de enero y 5 de marzo de 2012», ambos publicados en www.notariosyregistradores.com); CAMY ESCOBAR («Comentarios al artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del suelo y su conexión con el artículo 53.5 y Disposición Transitoria 3.ª del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía: necesidad de aportación de la declaración de asimilación a fuera de ordenación para el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, disconformes con el planeamiento y referidas a edificaciones respecto de las que ha prescrito la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística», en www.notariosyregistradores.com), y MERINO ESCARTÍN («Resumen del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio», publicado en www.notariosyregistradores.com).

La segunda postura es la que considera que la inscripción de la edificación antigua puede hacerse sin necesidad de aportar ninguna manifestación sobre la

situación de fuera de ordenación. En el caso de que potestativamente se aporte, se hará constar dicha circunstancia en el asiento de inscripción, tal y como impone la nueva norma. Esta posición deja al precepto vacío de contenido, puesto que la publicidad potestativa de esta situación ya podía hacerse antes de esta norma como hemos señalado.

La Subdirectora General de Urbanismo del Ministerio de Fomento emitió un informe en respuesta a la solicitud de aclaración del Colegio de Registradores de España, sobre la intencionalidad de la nueva redacción otorgada al artículo 20.4 del Texto Refundido. En el mismo se afirma que la reforma no pretende limitar la preexistente situación normativa sobre inscripción de edificaciones antiguas, sino reforzarla. Así, explica que lo único que supone el nuevo apartado c) del artículo 20.4 TRLS es que «para que el Registrador pueda dejar constancia en el asiento de inscripción de una posible situación parcial y no total de asimilación a fuera de ordenación, con una delimitación precisa de su contenido, será necesario aportar el acto administrativo que así lo declare. Esta medida juega a favor del propietario que desee hacer constar una posible situación solo parcial de asimilación a fuera de ordenación, ya que, en caso contrario, el Registrador de la Propiedad se limitará a inscribir una declaración de obra nueva en la que constará la terminación de la obra en una fecha determinada, y, consecuentemente con ella, la posible consideración de la prescripción de acciones que pudieran provocar la demolición». El informe concluye que «la situación de fuera de ordenación de todo o parte de la edificación se puede hacer constar en el momento de inscribir la declaración de obra nueva, si se acompaña en ese momento certificación del acto administrativo del que resulte tal situación y su alcance, o bien podrá hacerse con posterioridad». Por tanto, hay una clara toma de posición por la segunda de las posturas indicadas.

Esta segunda posición es seguida por SUÁREZ PINILLA («La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva», publicado en *www.notariosyregistradores.com*), y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL («Declaración de obra antigua. Usando el derecho de réplica», publicado en *www.notariosyregistradores.com*).

La DGRN ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta materia en las Resoluciones de 17 de enero (RA 2855) y 5 de marzo de 2012 (RA 152526). En la primera de ellas, referida a la Comunidad Autónoma de Andalucía y antes de la entrada en vigor de la reforma supradicha del artículo 53 del Decreto 60/2010, sigue la segunda línea expuesta con los siguientes argumentos enumerados en su Fundamento Jurídico 7.º: 1) Porque puede ocurrir que la construcción no se encuentre fuera de ordenación. 2) Porque resulta contradictorio admitir que la fecha de terminación de la construcción pueda acreditarse no solo por certificación del Ayuntamiento, sino también por certificación de técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral, e inmediatamente después exigir que se aporte con carácter previo el acto administrativo mediante el cual se declare la situación de fuera de ordenación. 3) Que la publicidad re-

gistrar, en garantía de los terceros, es suficiente con la expresión, en el cuerpo de la inscripción y en la nota de despacho (cfr. art. 20.4.c del Texto Refundido de la Ley de Suelo), de la forma en que se ha practicado la inscripción y de la notificación al Ayuntamiento. 4) Existiendo una manifestación formal del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría superfluo imponer al registrador que exija justificación de su antigüedad y que compruebe que el suelo no es demanial ni afectado por servidumbres de uso público. 5) Existiendo una manifestación formal previa del Ayuntamiento en relación con la adecuación o no de la obra al planeamiento urbanístico resultaría igualmente superflua e inútil la notificación de la inscripción realizada al Ayuntamiento, pues este no solo tiene ya conocimiento de la obra declarada, sino que ha dictado un acto administrativo expreso cuyo contenido se ha hecho constar en el Registro; y 6) Que con ello se posibilita la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios fuera de ordenación, esto es, aquellos respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, logrando la protección de sus propietarios, en muchos casos, terceros adquirentes de buena fe, sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica, para lo cual será preciso que se aporte el correspondiente acto administrativo en el que se delimite su contenido.

Asimismo la Resolución de 5 de marzo de 2012, teniendo en cuenta la clara exigencia del reformado artículo 53 del Decreto 60/2010 de Andalucía, introduce un régimen sin duda peculiar para estos casos, pues considera que «por aplicación analógica de las normas contenidas en los artículos 71, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes referida, y 43 y 44 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, los registradores deberán, en estos supuestos, reclamar del presentante, los interesados y las autoridades urbanísticas competentes la aportación, en su caso —es decir, tratándose de suelo no urbanizable— de la correspondiente resolución sobre la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación o asimilada a la misma, quedando, entre tanto, en suspenso el término establecido por la Ley para la práctica de la inscripción; con indicación de que, si no aportaren la resolución en el plazo de diez días, se procederá a extenderla, haciendo constar en el asiento la notificación o notificaciones realizadas y la falta de aportación de la resolución dentro del plazo concedido». Resulta sorprendente la solución adoptada por el Centro Directivo, quebrantadora de las normas reguladoras del procedimiento registral. Y ello porque según la Ley Hipotecaria (arts. 18, 19, 19.bis, 65, 66, 322 y sigs.), la aportación, o no, de la tan

comentada documentación sobre la situación de fuera de ordenación podrá considerarse, o no, defecto (subsancable o insubsancable —art. 65 LH—) que impida la inscripción. Estimándose precisa la aportación, se ha de considerar defecto y lo procedente es suspender la inscripción con la consiguiente nota de calificación, pudiendo subsanarse el defecto durante la vigencia del asiento de presentación que habrá sido objeto de prórroga (art. 323 LH). Si no es precisa la manifestación administrativa para inscribir, no puede considerarse defecto y lo legalmente procedente es practicar, sin más, la inscripción. La introducción del plazo de diez días para aportar documentación por analogía con el procedimiento administrativo es totalmente contraria al régimen registral de apreciación de defectos y su subsanación, a la par que es perturbador la aplicación de este nuevo y particular plazo a este supuesto y no a otros, de manera que, por vía de resolución en recurso gubernativo, parece introducirse una nueva categoría de defectos a añadir a los expresados en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria

4. COMPLEJOS INMOBILIARIOS

Se ha establecido en el apartado 6 del artículo 17 del TRLS la necesidad de previa autorización administrativa para constituir o modificar un complejo inmobiliario, «siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida, o el testimonio notarial de la misma».

Habrà que estar, en todo caso, a las disposiciones autonómicas correspondientes en esta materia, debiendo aportarse, con carácter preceptivo, un acto administrativo bien en el que se autorice la constitución o modificación del complejo, o bien que declare la innecesariedad de dicha autorización, por no preverse en la normativa o por no infringir la normativa correspondiente en materia de parcelaciones. De este modo, por ejemplo, en Andalucía la constitución del complejo pudiera constituir un acto revelador de parcelación (art. 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

5. DISCIPLINA URBANÍSTICA

En el campo de la disciplina urbanística se introduce en la redacción del apartado c) del artículo 51 del TRLS, la obligación de la Administración de acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de incoación de expedientes de disciplina urbanística, cuando los mismos afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales en los siguientes supuestos de parcelación, reparcelación en

cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal.

Especialmente destacable es el reconocimiento expreso de la responsabilidad de la Administración por los perjuicios económicos causados al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente en caso de que se haya omitido la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva referida; por lo que consecuentemente «la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados».

Merece una valoración positiva la introducción de disposiciones de este tipo que fomentan la tan necesaria coordinación Urbanismo-Registro, que ya se pretendiera con el Real Decreto 1093/1997, y que trata de evitar que dicha coordinación quede inerte por la inacción de la Administración.

También resulta relevante la introducción de la obligación de comunicar por el Registrador a la Comunidad Autónoma competente la práctica de inscripciones en los siguientes casos:

1. Parcelación.
2. Reparcelación.
3. Declaración de nuevas construcciones.
4. Constitución de regímenes de propiedad horizontal.
5. Conjuntos inmobiliarios.

En estos casos, el Registrador de la Propiedad debe realizar la comunicación a la Comunidad Autónoma con expresión de los datos resultantes del Registro, acompañando certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito. Además, la práctica de esta comunicación ha de hacerse constar por nota al margen de las inscripciones.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La declaración de obra nueva tras la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 2, Navarra, 2008, págs. 1089-1111.
- CABELLO DE LOS COBOS: «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1601 y sigs.
- CAMY ESCOBAR, J.: «Comentarios al artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley del suelo y su conexión con el artículo 53.5 y Disposición Transitoria 3.^a del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía: necesidad de aportación de la declaración de asimilación a fuera de ordenación para el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, disconformes con el planeamiento y referidas a edificaciones respecto de las que ha prescrito la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística», en *www.notariosyregistradores.com*.

- CARRASCO PERERA, A.: «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 695-710.
- CORVINOS BASECA, P.: «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, págs. 13-50.
- DELGADO RAMOS, J.: «La inscripción registral de las obras antiguas “prescritas”, tras el Real Decreto-ley 8/2011», en www.notariosyregistradores.com.
- «Comentarios a las Resoluciones de la DGRN, de 17 de enero y 5 de marzo de 2012», en www.notariosyregistradores.com.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 141, diciembre de 2007, págs. 3787 a 3812.
- FANDOS PONS, P.: «La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.ª época); mayo de 2009, págs. 947 a 961.
- FERNÁNDEZ VERDUGO, M., y HERNÁNDEZ DE MARCO, S., «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio: Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, vol. 46, núm. 3, 1993, págs. 1401-1436.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999.
- *Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 2006.
- GARCÍA MÁZ, F. J.: «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, págs. 317-352.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro-Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1125-1150.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 477-531.
- LLOPIS GINER, J. M.: «El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1121-1150.
- MERINO ESCARTÍN, F.: «Resumen del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio», publicado en www.notariosyregistradores.com.
- ROCA SASTRE, R. M.: «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.ª ed., Barcelona, 1997.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L.: «Declaración de obra antigua. Usando el derecho de réplica», publicado en www.notariosyregistradores.com.

SUÁREZ PINILLA, J. I.: «La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva», publicado en www.notariosyregistradores.com.

RESUMEN

OBRA NUEVA. CONTROL LEGALIDAD.

La declaración de obra nueva debe contemplarse desde una doble perspectiva: como mera constatación de un hecho y como adquisición del derecho de propiedad sobre lo edificado. La regulación del control del acceso de la edificación al Registro ha sufrido importantes modificaciones respecto a su inicial previsión en la Ley Hipotecaria. Ello ha sido acorde con la evolución de la normativa urbanística y la mayor relevancia que ha adquirido esta en la sociedad actual.

Partiendo de unas normas permisivas con escasos requisitos, se han ido agregando exigencias con distinto alcance y finalidad, y cuyo desarrollo normativo e interpretación doctrinal y jurisprudencial han ido perfilando con cierta precisión.

De este modo se establece en la actualidad la necesidad de la licencia municipal, certificado de técnico y el seguro decenal. Especialmente destacable es la última reforma operada por la Ley de Suelo de 2007, cuya aplicación práctica no ha estado exenta de dificultad debido a las divergencias surgidas en su interpretación. Finalmente de ella resulta la obligatoriedad de acreditar la puesta a disposición del libro del edificio y se ha declinado la exigencia de licencia de primera ocupación.

ABSTRACT

NEW CONSTRUCTION. LEGALITY CHECK.

A declaration of new construction must be looked upon in two ways: as the mere recording of a fact and as the acquisition of an owner's right in what has been built. The regulations on checking the registrability of buildings have undergone major modifications from the terms in which they were initially cast in the Spanish Mortgage Act. This has been in accordance with the evolution of urban planning laws and regulations and the greater importance that urban planning has taken on in current society. The original rules were permissive and called for few requisites. Requirements have since been gradually added that have different scopes and purposes, and their implementation through regulations and their interpretation through doctrine and case law have attained a certain precision of profile. For example, a municipal license, a technician's certificate and a ten-year policy insuring against defects of construction are now required.

One point that admits of special emphasis is the latest reform enacted through the 2007 Land Act, whose practical application has not been free of difficulties due to differences over its interpretation.

Lastly, the Act makes it compulsory to prove that the building book (a particular set of documents concerning the building and its installed systems) has been provided, and it declines the requirement of the first occupancy permit.

ESTUDIOS

Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia (1)

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRINCIPAL TIPOLOGÍA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN GRATUITA DE LA VIVIENDA:
 - 1. COMODATO.
 - 2. PRECARIO.
- III. CRISIS MATRIMONIAL Y CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA:
 - 1. CESIÓN GRATUITA: ¿PRECARIO O COMODATO?
 - 2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA:
 - A) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de precario.*
 - B) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de comodato.*

BIBLIOGRAFÍA.

SENTENCIAS ESTUDIADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como manera de solventar la considerable dificultad que entraña adquirir una vivienda donde establecer el hogar familiar, resulta bas-

(1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER 2010/17847, sobre «La nueva familia ante el Derecho Público y Privado», cuya investigadora principal es Matilde CUENA CASAS.

tante frecuente hallar progenitores que de modo altruista ceden el uso de un bien inmueble propio a alguno de sus hijos, en aras a que éste establezca en el mismo su domicilio. Seguramente esta práctica, cuyo arraigo en nuestra realidad social y jurídica no resulta reciente, se está viendo desgraciadamente favorecida y potenciada por las arduas circunstancias económicas imperantes en los últimos años. Como consecuencia de ello, son muy numerosos los propietarios que permiten a sus descendientes comenzar en sus inmuebles su vida en pareja, o bien prolongarla tras una fase de dificultades de índole patrimonial.

Al margen de la repercusión económica y familiar que la cesión del uso de tales viviendas tiene, también goza de unas nada desdeñables consecuencias en la esfera jurídica. De la configuración que las partes den a esta peculiar cesión gratuita del bien inmueble depende directamente la verificación de determinados efectos jurídicos, cuya diversidad no resulta en absoluto trivial. Si bien el propósito práctico último de esta suerte de cesiones es coincidente, con independencia de la figura empleada a tal efecto, las repercusiones que en el ámbito jurídico se desprenden de los diferentes modos a los que técnicamente cabe recurrir para su concepción distan de manera radical; en este sentido, hemos de advertir que las facultades inherentes a los titulares del dominio sobre la vivienda varían absolutamente en función de la configuración que las partes hayan procurado a la cesión gratuita de la misma.

La cuestión deviene más compleja y se ve impregnada por relevantes matices cuando los cesionarios del inmueble interrumpen su convivencia conyugal. En estas hipótesis, como atinadamente observa GUILARTE GUTIÉRREZ (2), se producen frecuentemente consecuencias de índole patrimonial que exceden el marco conyugal y que gozan de proyección sobre terceras personas ajenas a dicho conflicto. En concreto, este autor hace alusión a los propietarios cedentes de la vivienda, quienes, por definición, carecen de legitimación para intervenir en el procedimiento donde se ventilan los efectos de la crisis conyugal, pero que pueden resultar afectados por lo que en éste se determine.

En relación con esta cuestión, entendemos que resulta interesante hacer referencia a dos preceptos de nuestro Código Civil: el artículo 90 (*«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: ...C. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar»*) y el artículo 96 (*«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. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá*

(2) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994, T. III, vol. I, 1.ª ed., pág. LXXIII.

acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...»).

De las normas transcritas se desprende, según advierte RAMS, que nos hallamos frente a un «defecto formal importante de la Ley de 7 de julio de 1981, porque construida la norma sobre una única hipótesis de trabajo —la vivienda en propiedad— ha abandonado a su suerte las restantes posibilidades de tenencia o disfrute de una vivienda» (3). Así pues, parece que los referidos preceptos presuponen que el dominio de la vivienda familiar pertenece a los cónyuges o, incluso, como señala algún autor, a uno solo de ellos, y disponen las pautas que ha de seguir el juzgador en aras a determinar la atribución de su uso en las hipótesis de crisis matrimonial (4).

Sin embargo, la realidad nos muestra cómo, en ocasiones, las decisiones judiciales adoptadas en el seno de un procedimiento de índole matrimonial son susceptibles de afectar los legítimos intereses de terceras personas, precisamente, por ser éstas las propietarias del inmueble donde se halla instaurado el hogar familiar de los litigantes. Es a esta cuestión a la que vamos a prestar atención en este trabajo, dados los perniciosos efectos que a estos terceros podría llegar a ocasionar la cesión gratuita del inmueble si ésta no se configura de la manera más respetuosa con sus intereses. En definitiva, el núcleo del problema reside en la determinación de los efectos que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los consortes acarrea; en concreto, la cuestión ha de centrarse en analizar hasta qué punto tal atribución judicial resulta perdurable y oponible cuando los esposos venían habitando la vivienda en virtud de una cesión gratuita de sus auténticos propietarios.

(3) RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1992», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1992, pág. 1081. Hay que aclarar que el mencionado autor alude al antiguo artículo 90.B del Código Civil, cuya redacción coincidía plenamente con la conferida al vigente artículo 90.C del mismo cuerpo legal, como consecuencia de la introducción de una nueva letra B en virtud de la «Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos». Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier («El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 19, semana del 5-11 de mayo de 1986, pág. 1330) pone de manifiesto que nuestro Código Civil tampoco prevé el problema que se suscita cuando la familia carece de vivienda, como acontece con frecuencia, por ejemplo, cuando sus miembros viven con los padres de uno de ellos, y el dominio del inmueble es, precisamente, de tales progenitores. Cfr., asimismo, SAP de Jaén de 25 de abril de 1996.

(4) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «Comentario a la sentencia de 31 de diciembre de 1994», en *CCJC*, abril/agosto de 1995, pág. 671. Como explica este autor, cuando afrontamos una crisis matrimonial, la titularidad sobre la vivienda goza de una relevancia secundaria y se subordina siempre al interés que se considere preferente —ya sea el de los hijos, ya sea el del consorte más desfavorecido—, de tal forma que cabe la atribución de su uso a quien no sea su titular.

II. PRINCIPAL TIPOLOGÍA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN GRATUITA DE LA VIVIENDA

Naturalmente, el uso del inmueble donde la familia ha establecido su hogar puede haber sido constituido a título oneroso. Resulta muy habitual, por ejemplo, que habiten una casa ajena en virtud de un contrato de arrendamiento. Aunque este concreto supuesto ha dado lugar a numerosos e interesantes pronunciamientos judiciales (5), donde se analizan las consecuencias de la atribución del

(5) En torno a la configuración del derecho al uso de la vivienda del cónyuge no arrendatario, judicialmente atribuido en virtud de sentencia dictada en situaciones de crisis matrimonial, se han producido numerosos pronunciamientos. En relación con esta cuestión, podemos destacar la SAP de León, de 15 de abril de 1993, en la que se asevera «que el Tribunal Constitucional entiende que la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar se realiza en base al reconocimiento a ambos cónyuges de una especie de cotitularidad, independientemente de quién sea el titular formal de la misma, que puede convertirse en titularidad exclusiva por acuerdo de los interesados o por decisión judicial, como ocurre en el caso que nos ocupa en el que el arrendamiento se concertó vigente el matrimonio, bajo el régimen de gananciales, aunque el contrato lo firmase sólo el esposo, por lo que, al atribuirse en exclusiva el uso a la esposa a raíz de la separación, no existe en modo alguno cesión o subrogación, pues la esposa ya era titular junto al marido, sino especificación o exclusión, por cierto, sólo temporal en tanto no se modifique la medida judicial» (esta parece ser, asimismo, la solución adoptada por el legislador francés, en el artículo 1751 del Code Civil: «*Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et notwithstanding toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux. En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux...*»). En este mismo sentido, se argumenta en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de julio de 1994: en estas situaciones, cuando se «produce la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada, que constituya el domicilio conyugal, a uno de los cónyuges, en los procesos de separación o divorcio, cuando éste no es precisamente el que celebró el contrato de arrendamiento y lo ha hecho en el sentido de que el abandono de la vivienda por el esposo contratante y la continuación en el disfrute de la misma por el otro —normalmente con los hijos comunes— no implica subrogación o cesión arrendaticia, ni total ni parcial, siguiendo la doctrina establecida por la STC de 31 de octubre de 1986 (RTC 1986/135), según la cual, “la moderna técnica legal de protección del interés familiar... viene a configurar la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario” en la relación arrendaticia, y es que el destino de la vivienda a hogar familiar supone la aplicación de todas sus posibilidades y servicios a satisfacer las necesidades básicas sentidas por todos y cada uno de los miembros en su vida común, sin separación de partes materiales ni atribución de cuotas ideales, lo que ha llevado a la sentencia referida a señalar que en los contratos de arrendamiento de vivienda familiar, aunque hayan sido exclusivamente firmados por el marido, no se puede negar a la esposa su participación en la titularidad material arrendaticia y en la posesión, de suerte que “los cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura”, aunque el marido contratante posea “la titularidad formal a los efectos de tercero e incluso procesal caso de contienda”, añadiendo —Fundamento 7.º— que el artículo 96 del Código Civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario “al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación

uso de la vivienda arrendada al cónyuge del arrendatario, su estudio desborda

jurídica contractual”, de donde resulta claro que si la esposa es tan titular del arrendamiento como el marido que firmó el contrato, la atribución judicial del uso de la vivienda a ésta, sea por aprobación de un convenio presentado en proceso seguido de mutuo acuerdo o por decisión fundada en la prueba practicada, no produce cesión alguna». En esta misma línea, vid., entre otras, la SAP de Asturias, de 11 de septiembre de 1996; la SAP de Cantabria, de 26 de octubre de 1998; la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 1999. Esta solución —según manifiesta BELLO JANEIRO, Domingo («Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1994», en *CCJC*, enero/marzo de 1995, pág. 340)— resultó legalmente consagrada en el artículo 15 LAU («1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda»), si bien, en nuestra opinión, se ha añadido el formalismo de la notificación al arrendador en aras a preservar de manera definitiva la seguridad jurídica. Según afirman ALONSO SAURA, M.^a Pilar, y CARRILLO VINADER, FRANCISCO («Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario», en *Revista de la Fundación Mariano Ruiz-Funes*, núm. 44/2010, pág. 107), se trata del mismo arrendamiento, «aunque habiéndose producido una modificación subjetiva en la titularidad de la posición contractual del arrendatario, que no es automática, sino opcional para el cónyuge no arrendatario». No obstante, el valor de dicha notificación es relativo, según la SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000: «la Ley no confiere la condición de arrendatario al cónyuge al que se atribuye la vivienda por resolución judicial, dicha comunicación a la que viene obligado no puede consistir en un requisito imprescindible para suceder en el arrendamiento, de tal forma que su falta no puede integrar un supuesto de cesión inconstituida, como tampoco puede consistir en un requisito imprescindible para continuar en el uso de la vivienda porque como también hemos señalado este derecho se concede “ope legis”, sin que quede condicionado a la comunicación». A diferencia de la línea jurisprudencial anteriormente expuesta, en esta decisión de la Audiencia Provincial de Álava se indica que la atribución al cónyuge del arrendatario «es un derecho fundado en la propia Ley sin necesidad de recurrir a las ideas de cotitularidad o cesión del contrato, de manera que a todos los efectos seguirá siendo arrendatario el cónyuge que celebró el contrato». En similares términos, vid. SAP de Córdoba, de 19 de diciembre de 2000: «Esta regulación legal [art. 15 LAU 1994] rechaza implícitamente la postura doctrinal y de algunas audiencias (y que incluso podía inferirse de la STC 235/1986) que entendía que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan sólo uno de ellos lo firmara, por lo que la atribución del uso al cónyuge no firmante no era más que el reconocimiento de un derecho que ya poseía...». En la SAP de Barcelona, de 27 de febrero de 2002, se manifiesta que lo que se concede judicialmente al cónyuge del arrendatario es su derecho a usar y disfrutar la vivienda, sin que ello suponga modificación en relación con la titularidad del contrato, ni con las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone una cesión del contrato, pues el arrendatario sigue siéndolo —con sus deberes contractuales— aunque se le prive del derecho a usar el inmueble. No nos hallaremos, pues, frente a un supuesto de novación. Vid., en este mismo sentido, la interesante SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2003. En contra de esta apreciación parece expresarse, por ejemplo, el legislador italiano, en la segunda frase del artículo 6 de la «Legge de 27 de luglio de 1978, n. 392», donde se habla de sucesión en el contrato de arrendamiento: «In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione

el propósito de este trabajo, pues en él nos centraremos en las hipótesis en las que la vivienda ajena es habitada a título gratuito.

En el restringido ámbito que constituye el marco propio de nuestra investigación, la cesión gratuita de la vivienda —por los terceros propietarios de la misma— que precede a la crisis matrimonial puede conformarse, principalmente, como préstamo de uso o como precario.

1. COMODATO

En los artículos 1741 a 1752 del Código Civil se contempla el contrato de comodato o préstamo de uso, cuya descripción, a grandes rasgos, resulta desarrollada en el primero de tales preceptos: «*El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato*». Así pues, se trata de un contrato en virtud del cual el propietario de una determinada cosa confiere graciosamente su posesión y uso a otro sujeto. La esencial gratuidad de esta figura contractual tiene su fundamento en una *benevolentiae causa* o en una *affectionis vel amicitiae causa*. De esta manera, por ejemplo, los propietarios de una vivienda pueden ceder su uso a uno de sus hijos en virtud de un con-

succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo».

En cualquier caso, con independencia de la construcción jurídica que se sostenga en nuestro Derecho, cabe apreciar que en caso de crisis matrimonial se reconoce plenamente la eficacia frente al arrendador de la atribución judicial del uso de la vivienda al cónyuge que no celebró el contrato de arrendamiento. En otro orden de cosas, en un recurso de amparo, la STC (Sala 1.ª) de 4 de octubre de 1993 se pronuncia sobre un procedimiento de desahucio desarrollado contra el arrendatario, sin citación al excónyuge a quien previamente se había atribuido, en procedimiento de divorcio, el uso de la vivienda arrendada por su exmarido para el establecimiento de su hogar familiar. El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado con la siguiente argumentación: «Los intereses legítimos de la señora M., derivados del contrato de arrendamiento firmado por su marido, quedaron en el caso presente suficientemente protegidos por el emplazamiento efectuado en el domicilio familiar. Y el derecho a usar la vivienda, concedido por la sentencia de divorcio, quedó desatendido por causa imputable a ella misma, al no haber notificado al arrendador dicha resolución judicial (STC 126/1989)». O'CALLAGHAN (“El derecho...”, cit., págs. 1332, 1335 y 1336) llama la atención sobre un interesante supuesto particular: cuando la vivienda es habitada por una familia como consecuencia de un arrendamiento por razón del cargo que desempeña uno de los cónyuges. En estas hipótesis, el mencionado autor manifiesta —en nuestra opinión, acertadamente— que al arrendador no puede afectarle la resolución judicial de nulidad, separación o divorcio, ya que el contrato de arrendamiento se estableció a favor de una determinada persona, en atención al concreto cargo que ocupa; por consiguiente, «esta ocupación en arrendamiento o precario es personalísima y no cabe su desdoblamiento y ocupación por el cónyuge de quien ostenta tal cargo».

trato de comodato, sin contraprestación alguna, para que establezca en ella su hogar familiar.

El comodato, además de esencialmente gratuito, es necesariamente temporal (6). El concreto plazo de duración de esta cesión del uso de la cosa prestada, según se infiere del texto de los artículos 1749 y 1750 del Código Civil, puede determinarse de dos modos: ya sea mediante el pacto del uso preciso que haya de darse al bien prestado, ya sea a través del establecimiento de la determinada duración de este negocio jurídico (7). Como consecuencia de ello, el comodatario habrá de restituir el objeto al comodante cuando haya finalizado el uso convenido o bien cuando llegue la fecha acordada, según cuál haya sido el modo de fijar su duración (8). Con anterioridad a ese momento, el comodante únicamente podrá exigir la restitución de la cosa prestada si tuviere *urgente necesidad de ella*. Por consiguiente, si se ha configurado la cesión de

(6) Este carácter temporal es justificado por VIVAS TESÓN, Inmaculada (*El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 41), al aseverar que «no siendo un negocio transmisivo de la propiedad, la entrega de cosa cierta con carácter gratuito y por largo tiempo o tiempo indefinido —partiéndose de que el legislador no ha fijado ningún límite de tiempo ni de objeto al comodato— podría llegar a plantear algunos problemas de delimitación entre el comodato y la donación».

(7) Sin embargo, como pone de relieve PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen (*El contrato de comodato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 224), el «pacto por el que se establezca una determinada duración temporal del negocio, no constituye un requisito para la validez del comodato». De hecho, según señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo («Comentario al artículo 1750», en *Comentario del Código Civil*, dir. por L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1618), podría admitirse la hipótesis donde la duración no haya sido objeto de una determinación explícita, cuando pueda llegarse a evidenciar por el intérprete en aplicación de los criterios hermenéuticos generales contenidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil. Por otra parte, este autor concluye: «Si no se convino plazo ni se acordó expresamente el uso a la cosa había destinarse, se requiere la previa determinación de cuál haya de ser el uso permitido al comodatario para, a partir de ahí, deducir o extraer la duración del comodato, que habrá de ser la necesaria o suficiente para que ese uso pueda tener lugar eficaz o satisfactoriamente. Para este último caso, el presente artículo 1750 establece que el criterio para aquella determinación es “la costumbre de la tierra”». En parecido sentido, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de octubre de 1993, se indica que «el uso puede resultar determinado por la costumbre de la tierra» (no obstante, la referida Audiencia extrae unas conclusiones muy discutibles de esta característica, como tendremos ocasión de exponer más adelante). En parecidos términos, en la STS de 13 de abril de 2009 se señala: «Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso». Vid., asimismo, STS de 2 de octubre de 2008.

(8) Así se preveía ya en la Ley IX del Título II de la Partida V de Alfonso X: «*Para servicio cierto ó fasta tiempo señalado rescibiendo alguno dotri caballo ó otra cosa semejante emprestada, luego que el servicio ó el tiempo fuere cumplido, tenuto es de la tornar á su señor...*».

la vivienda como un contrato de comodato, los propietarios deberán esperar a la finalización del uso o del plazo pactado, salvo en el caso de verse afectados por la referida *urgente necesidad* (9). Parece evidente que esta manera de conformar la cesión gratuita de la vivienda puede irrogar unos considerables perjuicios a los comodantes, pues, a pesar de no recibir contraprestación alguna, les está vedado exigir la cesación *ad nutum* del comodato con anterioridad al momento inicialmente previsto.

En relación con la prueba de la existencia del plazo, por un lado, y de la verificación de la aludida hipótesis de urgente necesidad, por otro, se manifiesta de modo lógico y palmario nuestra jurisprudencia en la STS de 30 de junio de 2009: «La carga de la prueba de la existencia y duración del plazo o del uso incumbe al comodatario (art. 1750, párrafo segundo), y la carga de la prueba de la urgente necesidad, en el caso de que se pretenda la restitución anticipada, corresponde al comodante, que es quien invoca el hecho constitutivo de su acción o excepción, y, asimismo, para quien se produce el efecto jurídico favorable de la realidad del dato fáctico que afirma (art. 217 LEC), lo que implica una cuestión de hecho, con independencia de que la calificación de unos hechos como de «urgente necesidad» pueda ostentar un cierto aspecto de “*questio iuris*” (*sic*) por tratarse de un concepto jurídico normativo indeterminado».

Se ha planteado, principalmente en la doctrina extranjera (10), la cuestión relativa a las consecuencias que han de desprenderse de la desconexión o falta de coincidencia entre el uso y el plazo expresamente previstos. En este sentido, las partes pueden haber convenido que el bien prestado habrá de ser destinado a un uso determinado y, además, haber pactado explícitamente un plazo de duración concreto. En estos casos, ¿goza de preferencia el plazo sobre el uso,

(9) STS de 30 de junio de 2009: «La cesión de un bien no fungible efectuada por una persona a otra para que pueda ser utilizado por el que lo recibe, a título gratuito —esto es, sin emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso—, se halla regulada como préstamo de uso con la denominación de comodato en los artículos 1740 y 1741 a 1752 del Código Civil. De la normativa legal de los artículos 1749 y 1750 resultan dos posibilidades con perspectivas diferentes en cuanto a la extinción. La primera se presenta cuando se pacta un plazo de duración (sentencias de 18 de junio de 1900 y 16 de marzo de 2004), o bien un uso a que ha de destinarse la cosa cedida, pudiendo éste resultar determinado por la costumbre. En tal caso la especialidad radica en que el comodante solo puede reclamar la restitución de la cosa cuando haya terminado el plazo o el uso pactado, salvo que antes el comodante ejerciere la facultad de resolución unilateral lo que exige como presupuesto que concurra una urgente necesidad de utilizar la cosa. La segunda posibilidad es que no haya plazo, ni uso en los términos expuestos, en cuyo caso puede el comodante reclamarla a su voluntad».

(10) Vid., por todos, POTHIER, Robert Joseph, *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les Traité du Droit Français*, T. III, «Traité des contrats de bienfaisance, de prêt de consommation, de dépôt, de mandat, de louages maritimes, d'assurance, de prêt, du jeu, du contrat de mariage, du douaire, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles», Chez H. Tarlier Libraire-Editeur, Bruselas, 1831, págs. 7 y 8.

o, por el contrario, ha de respetarse el comodato hasta la finalización del uso, con independencia de la duración acordada? (11)

Cuando el uso pactado finaliza con anterioridad a la fecha fijada en el contrato de comodato, la doctrina, de manera prácticamente unánime, estima que el comodante tiene la facultad de exigir la devolución de la cosa prestada al comodatario, pues la razón de ser de la cesión gratuita se ha visto cumplida; no obstante, el comodante deberá esperar hasta la finalización del plazo acordado cuando éste ha sido establecido por cualquier otra razón ajena al uso previsto. Obviamente, recaerá sobre el comodatario la carga de la prueba, en aras a evidenciar la existencia de esos otros motivos que llevaron a las partes a pactar el concreto plazo cuyo respeto solicita, a pesar de haber finalizado ya el uso previsto.

La hipótesis contraria resulta más problemática y compleja, y se ha planteado en los siguientes términos: aunque el plazo pactado ya haya vencido, ¿debe continuar produciendo sus efectos jurídicos el contrato de comodato hasta que concluya el uso para el que se prestó la cosa?

Son varios los autores —principalmente, franceses— que consideran que el comodato habrá de prolongar sus efectos hasta la finalización del uso acordado, aunque el plazo explícitamente determinado haya concluido, dados los perjuicios que podría soportar el comodatario en caso contrario. Sin embargo, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL sostienen la posición contraria, pues entienden que el comodante sufriría un menoscabo, al hallarse obligado a tolerar una extensión de los efectos del contrato que, por otra parte, se celebró a título gratuito (12). A nuestro modo de ver, salvo que el comodatario logre demostrar de manera

(11) Vid., la interesante exposición efectuada por PÉREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, págs. 225 a 229.

(12) En contra de la opinión vertida por POTHIER, se manifiestan BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y WAHL, Albert, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIII (De la société, du prêt, du dépôt), 3.^a ed., Ed. L. Larose & L. Tenin, París, 1907, pág. 396: «le prêteur n'a pu vouloir rendre service à ses propres dépens; aucune considération semblable ne peut être invoquée en faveur de l'emprunteur; ce dernier ne peut donc garder la chose après le terme fixé, même avec l'autorisation du tribunal, si l'usage n'en est pas terminé, si la restitution doit lui causer un préjudice sérieux, et si la prolongation du prêt ne cause aucun préjudice au prêteur; l'emprunteur est, du reste, lié par le contrat, qui lui impose la restitution au terme fixé; enfin l'équité ne milite pour lui qu'en apparence, car il est injuste alors que le prêteur a rendu un service purement gratuit, de l'obliger à rendre un service plus grand encore. C'est une objection bien singulière que de dire que le tribunal interprétant le contrat dans un sens différent ne fait qu'apprécier la volonté des parties; on ne peut, sans dénaturer cette volonté, prolonger une convention au delà du terme expressément fixé. Songerait-on à donner le même droit au tribunal dans le contrat de louage? Évidemment non; et l'on sait que le commodat n'est qu'un louage où le locataire reçoit un service gratuit et, par suite, doit être tenu beaucoup plus scrupuleusement encore que dans le louage de respecter la convention. L'autorité de POTHIER, qu'on a invoquée en sens contraire, est insignifiante, car POTHIER n'était pas lié par un texte; d'autre part, il se basait "sur les devoirs de l'amitié qui ont porté le prêteur à faire le prêt"; ce qui revient à dire que par cette seule raison que le prêteur s'est montré généreux, il doit se montrer plus généreux encore».

palmaria que el plazo contemplado en el contrato resulta insustancial y accesorio, y que lo realmente relevante fue la contemplación del uso para el que se pactó el comodato, éste resultará extinguido al llegar la fecha prevista.

En nuestra opinión, pues, no cabe aseverar, con carácter general, que el plazo tiene preeminencia sobre el uso, o viceversa. La conclusión depende, según hemos expuesto, de las circunstancias que rodean la concreta hipótesis analizada. Para hallar la solución a cada caso estudiado, hemos de recurrir a los criterios hermenéuticos recogidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, y, de este modo, lograr desentrañar cuál fue la verdadera intención de las partes. El problema con el que habitualmente nos encontramos en estas hipótesis radica en la falta de documentación de esta suerte de contratos, pues suelen perfeccionarse de forma verbal; tal circunstancia, admisible como directa consecuencia del principio espiritualista imperante en nuestro Código Civil (*ex art. 1278 CC*), dificulta enormemente la percepción de la verdadera voluntad de las partes contractuales.

De cualquier modo, en caso de duda sobre su intención, entendemos que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1289 del Código Civil, de tal forma que dicha incertidumbre se resolverá *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*. Dado el carácter esencialmente gratuito inherente al contrato de préstamo de uso, si la voluntad de las partes no resulta segura tras la aplicación de los criterios contenidos en los preceptos anteriores, la solución habrá de ser la menos gravosa para el comodante. Como consecuencia de ello, si el uso finaliza antes de llegar la fecha prevista, el comodatario no podrá retener la posesión de la cosa prestada; asimismo, a pesar de no haber concluido el uso pactado, hemos de entender que el comodato se extingue al llegar el día acordado para su terminación. De este modo se consagraría la cabal aplicación del razonable criterio acogido en el precepto transcrito.

2. PRECARIO

Tal y como pone de relieve GARCÍA GOYENA (13), en el Derecho Romano el contrato de comodato debía ser por tiempo cierto o determinado, en aras a deslindarlo del precario. En virtud de esta última institución, un sujeto posee alguna cosa ajena sin pagar merced alguna (14) y sin que se haya fijado plazo

(13) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de Zaragoza, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 858.

(14) Como rotundamente se asevera en la STS de 22 de octubre de 1987, «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista, no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta o de alquiler del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los

ni uso determinado, si bien estará obligado a restituirla al legítimo titular del dominio (u otro derecho real) cuando éste lo reclame. Así pues, la duración del precario, a diferencia de la del comodato, depende por completo de la voluntad del titular de la cosa. En consonancia con esta característica, ULPIANO ofrece la siguiente definición del precario: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur* (Dig. 43.26.1) («Precario es lo que se concede en uso al que lo solicita con “preces”, y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente») (15).

Esta institución, que adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico en 1881, a través del artículo 1565.3 LEC, se ha visto siempre afectada por la ausencia de preceptos específicamente destinados a su regulación. Tal circunstancia ha propiciado que el precario, a pesar de su incontestable relevancia doctrinal y práctica, haya deambulado por nuestros ordenamientos civil y procesal como un «fantasma jurídico», pues no ha sido definido ni en la legislación procesal ni en el Código Civil (16), como tampoco lo fue en nuestro Derecho histórico (17).

Aunque en los textos romanos podemos hallar tanto fragmentos donde se aleja esta institución de la naturaleza contractual (18) como pasajes donde

bienes por otros conceptos y en su propia utilidad (luz, contribuciones, gas, calefacción, conservación, etc.).» Cfr., también, SSTS de 18 de junio de 1900, 30 de junio de 1953 y 30 de octubre de 1986.

(15) Traducción extraída de *El Digesto de Justiniano*, T. III, por A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 436. «Preces» puede ser traducido como «ruegos» o «súplicas».

(16) LATOUR BROTONS, Juan, «El precario», en *RDP*, T. XLIII, enero-diciembre de 1959, pág. 1065. Podemos hallar alusiones a esta figura en los artículos 444 y 1942 del Código Civil, si bien no se puede concluir, en nuestra opinión, que sean únicamente las hipótesis contempladas en esos preceptos las que cabe incluir dentro de la amplia institución del precario.

(17) Vid. FERRER MARTÍN, Daniel, «El precario y el juicio de desahucio por causa de precario», en *RDP*, T. XXXVI, enero-diciembre de 1952, págs. 303 y 304.

(18) Dig. 43.26.14 (PAULO): «*Interdictum de precario merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio*» (El interdicto de precario fue introducido con motivo, pues no hay ninguna acción civil por esa causa, ya que la condición del precario se parece más a las donaciones y a la causa de liberalidad que a la de un negocio contraído). POTHIER (*op. cit.*, pág. 23) pone de manifiesto la separación del Derecho francés en relación con este texto de PAULO, y admite expresamente el carácter contractual del precario en Francia: «Ces principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, et toute convention, par laquelle les parties, o l'une d'elles, promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose, étant, selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de *précaire* n'est pas moins un vrai contrat que le *prêt à usage*. Il produit des obligations semblables à celles que produit le *prêt à usage*; sauf que, dans le *précaire*, celui, qui a accordé *précairement* l'usage d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le *prêt à usage*, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes fois et quantes il lui plaira».

se aproxima a ella (19), finalmente se incardinó en la categoría de los contratos innominados, con carácter de relación obligatoria (en contraposición a su antigua configuración como relación de hecho, donde se tutelaba una situación posesoria o cuasi-posesoria mediante interdictos) (20).

Por cuanto a la naturaleza jurídica del precario se refiere, dentro de nuestra jurisprudencia, cabe identificar diferentes tendencias.

A tenor de la primera de ellas, se acoge un concepto restringido de precario, como una subespecie del contrato de comodato (en la STS de 22 de octubre de 1987 se asume esta idea: «de ahí que la doctrina científica considere que hoy, el antiguo precario, no es sino un comodato con duración al arbitrio del comodante») (21). Por lo tanto, esta línea jurisprudencial acomoda el precario en el seno del artículo 1750 del Código Civil: «*Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a*

(19) Dig. 50.17.23 (ULPIANO): «*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gestia: in his quidem et diligentiam (...)*» (Algunos contratos tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia...).

(20) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º, 2.ª ed., revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 73: «La doctrina del Derecho común llama *precarios* a todos estos poseedores que reconocen un titular superior; si bien en el Derecho romano únicamente es *precario* la cesión de una cosa con licencia para usarla pero con obligación de restituirla sin demora cuando la reclame el dueño: *precarium est quod precibus petenti utendum conceditur*». GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, «Observaciones a propósito de la relación de precario», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, 1992-1993, núm. 9-10, pág. 138: «Las transformaciones realizadas en época justiniana produjeron una aproximación del precario a la categoría de los contratos, lo que llevó a una serie de contradicciones entre textos que sufrieron diversos tipos de interpolaciones. Mientras en unos —como D. 47,2,14,11— se le niega una *actio civilis*, en otros —por ejemplo, D. 43,26,2,2— se le concede la *actio praescriptis verbis*. Esta acción había tenido origen cuando los antiguos contratos, típicos y de número limitado, fueron sustituidos por una categoría, basada en la *conventio*, en la que se consideraba que existía contrato siempre que mediante un acuerdo de voluntades se constituyese un vínculo, y en la que ya no se iba a exigir la existencia de una *actio* determinada para el reconocimiento de una *obligatio*, sino que cuando las partes estuviesen conformes en el nacimiento de la misma, si no tenía una reconocida, se le concedería siempre la misma, la *praescriptis verbis*». Según manifiesta IGLESIAS SANTOS, Juan (*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9.ª ed., Ed. Ariel, 1985, págs. 471 y 472), el precario adquirió carácter contractual en el Derecho postclásico.

(21) Vid., en el mismo sentido que la decisión transcrita, la STS de 21 de junio de 1934, donde se indica que cuando no se pacta la duración ni puede ésta determinarse por la costumbre de la tierra, nos hallamos frente a la especie precario dentro del género comodato. Cfr., también, STS de 23 de mayo de 1989.

su voluntad (...)». Esta postura ha sido compartida por un importante sector doctrinal, que entiende que el comodato en el que no se determina la duración —regulado en el referido precepto— no puede ser sino una manifestación de la institución romana del *precarium*, que, por consiguiente goza de carácter contractual (22) (en la doctrina italiana, v.gr., suele hablarse de «comodato precario» en estas hipótesis).

En relación con la naturaleza negocial de esta institución, cabe hacer alusión, como antecedente relevante de nuestro Código, a los comentarios que GARCÍA GOYENA (23) efectuó a su Proyecto de Código Civil de 1851. En la exégesis del artículo 1641 de dicho Proyecto, donde se recogía un texto prácticamente idéntico al vigente artículo 1750 del Código Civil, el precitado autor reconoció que en aquel precepto se acogía de manera explícita «el precario romano». Por otra parte, ubicó directamente el germen de esta norma en los §§ 974 y 975 ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* de Austria), donde se alude expresamente a la figura del *Precarium* (24).

No obstante, esta configuración distó mucho de resultar pacífica, tanto a nivel jurisprudencial (25) como en el ámbito doctrinal, donde podemos hallar

(22) Vid., v. gr., CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 15.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1993, págs. 447 a 450; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1959, pág. 354; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 5.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 589; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1972, pág. 831 (este precepto recoge el precario, aunque no le dé ese nombre; «nunca mejor aplicado el viejo proverbio francés de *le nom ne fait rien à la chose*»). Según ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel (*Derecho Civil*, T. II, 14.ª ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 804), es de sentido común admitir que en el contrato de comodato se incluya una cláusula en la que se imponga al comodatario el deber de restituir la cosa cuando se la reclame el comodante (cita, en su apoyo, las SSTs de 18 de junio de 1900 y 30 de junio de 1953; en esta última se señala: «aun en una hipotética admisión de la tesis del comodato, [...] el demandado señor D. habría de devolver la cosa entregada gratuitamente para su uso y disfrute, cuando el dueño de ella la reclamase, por imperio del artículo 1749 del Código Civil, aunque no hubiese terminado el plazo establecido, si el dueño la necesitaba, o bien si, como ocurre en el presente caso, se hubiese estipulado la devolución de lo entregado tan pronto lo reclamase el comodante»). El propio ALBALADEJO señala que el antiguo precario es hoy «un comodato con duración al arbitrio del comodante».

(23) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 858.

(24) §§ 974 ABGB: «*Hat man weder die Dauer, noch die Absicht des Gebrauches bestimmt; so entsteht kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen (Precarium), und der Verleiher kann die entlehnte Sache nach Willkühr zurückfordern*». Si bien en él se expone que no se trata de un verdadero contrato, se alude directamente al comodante (*Verleiher*), y su regulación se halla contenida en sede del contrato de comodato (*Von dem Leihvertrage*). En cualquier caso, a nuestro juicio, goza de carácter negocial.

(25) Otras sentencias se alejan de este planteamiento, y en ellas se entiende que no cabe identificar el precario en el artículo 1750 del Código Civil [cfr., v. gr., STS de 16 de diciembre de 1965: «el comodato (...), aunque tiene evidentes analogías con el precario, no puede confundirse con éste»].

a otros autores que niegan rotundamente el cariz contractual de esta institución, al entender que se trata de una mera situación posesoria (26).

La opinión más extendida, tanto en el seno de la doctrina como de la jurisprudencia, es la que propugna una concepción amplia del precario, que, como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos». En este sentido, tales autores consideran que el precario es una situación posesoria cuyo origen puede hallarse en una variedad del contrato de comodato, o bien en otras causas de naturaleza diversa: v.gr., tolerancia, beneplácito, falta de título, etc. (27). Esta misma línea se sigue, por ejemplo, en la STS de 29 de febrero de 2000: «la jurisprudencia ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva» (28).

(26) Vid., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, Miguel, *El precario*, 2.^a ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, págs. 318 a 322 (califica el art. 1750 del CC como «antijurídico y prácticamente inútil»); MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo, «El comodato en nuestros días», en *ADC*, T. VI, fascículo 4, octubre-diciembre de 1953, págs. 854 a 856; JORDANO BARRERA, Juan Bautista, *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 67 a 70; Latour, *op. cit.*, págs. 1070 a 1072; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 456 y 457; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 1619. Este sector doctrinal llama la atención sobre la debilidad de la posición del precarista, ya que el titular del bien puede reclamar su devolución en cualquier momento; en opinión de estos autores, tal circunstancia impide el reconocimiento del carácter contractual del precario, dados los taxativos términos en los que se expresa el legislador en el artículo 1256 del Código Civil. En contra de esta opinión, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2.^o, 3.^a ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 169) entiende que «cuando hay verdadera concesión y puesta en posesión de la cosa comodada, se forma entre precarista y concedente un tejido de relaciones que son propiamente contractuales, y a las que se aplican los preceptos del comodato. Tampoco se puede afirmar que la libre recuperabilidad de la cosa elimine la idea de contrato, por quedar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes (art. 1256); queda a él, sí, el cese de la relación contractual, mas no la existencia de obligaciones entre las partes mientras la posesión precaria se halle pendiente. El acuerdo entre concedente y precarista justifica y titula a la posesión con algo más que la mera tolerancia de quien, simplemente, ve ocupar su finca sin impedirlo». En este mismo sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS (*op. cit.*, pág. 249) considera que la gratuidad del precario justifica la facultad que el artículo 1750 del Código Civil confiere al comodante de poner fin a la relación cuando no puede determinarse la duración del comodato.

(27) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 404 y 405. Vid., también, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1986», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1986, pág. 4105; O'CALLAGHAN, *Comentario al artículo 1750, Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed., Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 1817.

(28) Como se pone de relieve en la STS de 30 de octubre de 1986: «...conforme a repetida jurisprudencia, el concepto de precarista a que alude el número 3.^o del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la

Así pues, en virtud de esta ampliación en la configuración del precario, superadora del concepto estricto propio del Derecho Romano, aquél puede tener su origen en un contrato (*ex art. 1750 CC*), o bien en la mera tolerancia de una posesión sin título o con un título que perdió la eficacia precisa para fundar dicha posesión (29).

De conformidad con la construcción mayoritariamente admitida tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia, los propietarios de la vivienda pueden conceder en precario su utilización a su hijo, en aras a que en ella establezca su hogar familiar graciosamente, es decir, sin pagar renta ni merced alguna (con independencia de que el mencionado hijo satisfaga los gastos inherentes al uso del inmueble, como pueden ser los pagos de suministros, etc). En el caso de acudirse a esta institución, los propietarios de la vivienda, tal y

posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella (...).

(29) Como caso paradigmático de esta tendencia, suele citarse la STS de 31 de diciembre de 1992: «...distingue la doctrina —y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia— el contrato de precario que aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido o tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha destinarse la cosa pactada (art. 1749 del CC), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario, del precario “stricto sensu” (*sic*) que extiende los casos de precario, fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. La concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho». Vid., asimismo, SSTS de 26 de junio de 1947, 13 de febrero de 1958, 31 de enero de 1995 y 29 de febrero de 2000, entre otras. Según advierten ALONSO y CARRILLO (*op. cit.*, pág. 103), tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en el artículo 250 de dicha norma parece restringirse el concepto del precario a la institución romana —contractual—, pues en él se dispone: «1. *Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: ...2. Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca (...)*». La expresión «cedida en precario» ha provocado que en algunas sentencias se haya defendido el retorno al concepto restrictivo del precario (v.gr., SAP de Zamora de 16 de junio de 2009, donde se afirma expresamente que en el precepto transcrito, «el legislador ha vuelto al antiguo [concepto restringido de precario] definido por el Digesto»; vid. también, SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y las en ella citadas: SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2005, SAP de Islas Baleares de 8 de septiembre de 2006, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de diciembre de 2007). En contra de esta postura, en las SSAP de Málaga de 16 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2009 se sostiene que, pese a la aparente dicción del artículo 250.1.2 LEC, el concepto de precario sigue abarcando más hipótesis que la puramente contractual; defienden, pues, el concepto amplio de esta figura. En relación con este tema, ALONSO y CARRILLO (*op. cit.*, pág. 104) ponen de manifiesto que «la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no permite fijar cuál es el criterio a seguir, pues no se ha pronunciado aún sobre tal cuestión».

como hemos expuesto, podrán reclamar a su hijo la devolución en cualquier momento. Por lo tanto, la configuración de la cesión gratuita del inmueble como precario resulta notoriamente más beneficiosa para los propietarios que el comodato, donde, salvo en las hipótesis de urgente necesidad, no podrían exigir la devolución de la vivienda hasta que llegase el día pactado o el final del uso acordado o determinado por la costumbre de la tierra.

III. CRISIS MATRIMONIAL Y CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA

Como expusimos al comienzo de este trabajo, en ocasiones, el hijo al que se ha cedido gratuitamente el uso de la vivienda puede verse inmerso en un procedimiento de crisis matrimonial. Es relativamente frecuente, asimismo, que en la resolución judicial dictada en dicho procedimiento se atribuya el uso del inmueble al exconsorte del descendiente de los propietarios. Ante esta eventualidad, los titulares del dominio sobre la vivienda suelen plantear una acción de desahucio con el propósito de obtener su restitución. Como respuesta a tal exigencia, el excónyuge a quien se ha atribuido el uso del inmueble normalmente opone la firmeza de la resolución judicial en la que el mismo le fue conferido.

En este escenario brotan dos cuestiones de cuya resolución dependen las consecuencias que la crisis matrimonial puede originar en los legítimos propietarios de la vivienda: cuando nada se ha manifestado expresamente, ¿la cesión gratuita debía considerarse efectuada como precario o a título de comodato?, ¿es oponible la sentencia del procedimiento matrimonial a los titulares del inmueble?

1. CESIÓN GRATUITA: ¿PREARIO O COMODATO?

Lo normal, cuando los propietarios de la vivienda ceden su uso gratuitamente a uno de sus hijos, es que las partes no documenten por escrito los pactos que habrán de regir en lo sucesivo la situación en relación con dicho inmueble. Ante tales circunstancias, resulta muy común que directamente emerja una cuestión de trascendental relevancia: ¿nos hallamos frente a un precario o ante un comodato?

La respuesta a esta duda depende directamente del uso que justifica la cesión de la vivienda. Si se prueba que el inmueble se cedió con una duración determinada o con un uso concreto que especifica el tiempo durante el cual el cesionario puede utilizarlo, habrá que subsumir la hipótesis en la institución del contrato de comodato, con las enormes limitaciones para el comodante que tal configuración lleva inherentes. Por el contrario, cuando las partes no han acordado plazo de duración alguno ni el particular uso al que ha destinarse la cosa prestada, debe considerarse que nos encontramos frente a un precario (*ex art. 1750 CC*).

Es en este ámbito donde nuestra jurisprudencia ha mostrado en las últimas décadas una inquietante e intolerable ausencia de criterio uniforme, que ha venido irrogando un irreparable menoscabo al principio de seguridad jurídica (30). Frente a similares circunstancias, unas veces se ha apreciado la existencia de un préstamo de uso, mientras que en otras ocasiones se ha entendido que se trata de una hipótesis de precario. Tal desatino jurídico impulsó a nuestro Alto Tribunal a tratar de poner fin a esta situación de injustificable indefinición, con la polémica STS de 2 de diciembre de 1992. Según se sostiene en esta decisión jurisprudencial, «el motivo o causa de la cesión cual es el servir de vivienda, es decir, para habitarla los esposos con sus hijas —nietas de los actores— (...) viene a desvirtuar la calificación de la Sala “a quo” en cuanto que niega la determinación del uso de la vivienda; en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal “uso preciso y determinado” lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del CC), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la “necesidad urgente” de los dueños para recuperar el piso...» (31). Así pues, entendió el Tribunal Supremo que en estos casos ha de estimarse la presencia de un préstamo de uso (32).

Con el objetivo de justificar la presencia de un contrato de comodato en los supuestos analizados en este trabajo, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de octubre de 1993 se aporta la siguiente argumentación: «el uso puede

(30) Como indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXV), la doctrina jurisprudencial —al menos, hasta el año 1994, que es cuando este autor expresa su opinión— ha sido excesivamente contingente y poco proclive a su generalización, de tal forma que se ha producido una acusada y perniciosa dispersión jurisprudencial.

(31) En esta misma línea, vid., entre otras, la SAP de Las Palmas de 2 de febrero de 2001, SAP de Madrid de 28 de octubre de 2000 [«...resulta probado el uso específico para y por el que se cedió la vivienda, sin que pueda compartirse la tesis, por algunos defendida, de que dicho uso no es “un uso preciso y determinado” porque la misma también pudo destinarse a otra finalidad distinta de la de servir de hogar familiar (despacho profesional, oficina, etc.), por lo que no puede decirse que dicho destino es el genérico y propio del inmueble»], SAP de Salamanca de 7 de septiembre de 2000, SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de noviembre, 5 de junio y 6 de marzo de 1999, SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999, SAP de Asturias de 20 de enero de 1999, SAP de Albacete de 18 de enero de 1999, SSAP de Cádiz de 13 de enero de 1997 y 2 de febrero de 1995, SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996, SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996, SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995, SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994.

(32) No obstante, según explica HORNERO MÉNDEZ, César [«Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (estudio jurisprudencial de una polémica)», en *RDPatr.*, pág. 136], la hipótesis juzgada en esta decisión goza de ciertas peculiaridades que la hacen difícilmente extrapolable.

resultar determinado por la costumbre de la tierra, y es una realidad en nuestra sociedad actual el hecho de que los padres acomodados, atendida la escasez y alto coste de las viviendas, así como las dificultades que encuentran los hijos para lograr una economía suficiente y capaz para adquirirlas, faciliten su independencia y posibilidad de crear un hogar familiar mediante la cesión del uso de una vivienda de su propiedad hasta que posean capacidad económica idónea para lograr una autonomía real frente a sus progenitores». A nuestro modo de ver, el razonamiento desarrollado en esta decisión resulta absolutamente burdo e inadmisibile, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, antes de 1992 podíamos hallar en nuestra jurisprudencia decisiones donde se sostenía la calificación de estas hipótesis como precario (vid., v.gr., STS de 21 de mayo de 1990) (33). En la paradigmática STS de 30 de noviembre de 1964, expresamente se puso de manifiesto que «aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen la vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario (...) que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario»; como conclusión, «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente».

No obstante la loable pretensión de nuestro Alto Tribunal de ofrecer un criterio definitivo en la sentencia de 2 de diciembre de 1992, fueron muchas las resoluciones jurisprudenciales posteriores que contradijeron la configuración de esta situación como contrato de préstamo de uso, de tal modo que el panorama, lejos de aclararse, continuó sumido en la indefinición y en la inseguridad jurídica (34).

Ante los argumentos favorables a la figura del préstamo de uso expuestos en las sentencias anteriormente transcritas, la tendencia jurisprudencial que se opone a dicha configuración aduce que en el comodato es imprescindible la entrega gratuita de la vivienda durante un tiempo concreto o para un uso determinado, y no basta su cesión *in genere* como inmueble donde el beneficiario

(33) En la jurisprudencia menor, v.gr., la Audiencia Provincial de Navarra en sendas sentencias de 22 de enero de 1992.

(34) Se entendió que se trataba de un precario, entre otras muchas, v.gr., en la STS de 31 de diciembre de 1994, SAP de Navarra de 22 de diciembre de 1998, SAP de Islas Baleares de 31 de julio de 1997, SAP de Jaén de 17 de junio de 1997, SAP de Pontevedra de 7 de mayo de 1997, SAP de Gerona de 14 de octubre de 1996, SAP de Jaén de 25 de abril de 1996, SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995, SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 1994, SAP de Cantabria de 16 de diciembre de 1993 y SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.

instalará su hogar familiar. El problema, por lo tanto, reside en decidir si cabe considerar dicha cesión como un «uso determinado», en aras a calificar esta figura como contrato de comodato.

Según se señala atinadamente en la SAP de Asturias de 2 de septiembre de 1999, en relación con la cesión gratuita entre familiares de una vivienda, hay que evitar que «el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato (...) pues, como afirma la sentencia de esta Audiencia Provincial de 2 de septiembre de 1993 (Sección 5.ª), una vivienda, a diferencia de otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación». En esta misma línea se muestra muy categórica la SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2005: «...la cesión del uso de la vivienda para servir de hogar familiar para el matrimonio constituido por los demandados sin ninguna otra circunstancia adicional, ni uso preciso, no supone que se pactase un uso específico y determinado distinto de la utilización del inmueble como vivienda, que constituye su destino o finalidad normal por sus propias características, cuyo ejercicio viniera a implicar duración determinada como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de duración para el fin convenido al plazo de duración, en cuyas circunstancias concurrentes no procede estimar que la ocupación de la vivienda por los demandados tenga lugar en virtud de un contrato de comodato, justificando la relación de parentesco la prolongación temporal de la ocupación...» (35).

La solución contraria llevaría inherente, a nuestro modo de ver, unos efectos funestos para los cedentes de las viviendas, tal y como se apunta en la SAP de Madrid de 14 de marzo de 2000: «En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un “uso” determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)» (36).

(35) En este mismo sentido, v.gr., SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2006, SAP de Murcia de 22 de octubre de 2002, SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.

(36) Muy interesante resulta, asimismo, la argumentación ofrecida en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993: «A estos efectos es importante diferenciar entre el concreto “uso” de la cosa para el cual se presta o el “destino” específico o “finalidad” de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir, una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el “uso” al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no

De manera resumida, en la SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995 se concluye que la cesión del inmueble para que el hijo y la nuera lo ocupasen como vivienda familiar, «constituye el destino y finalidad genéricos del inmueble y por ende no implica la existencia de “uso” en el sentido que a la expresión otorga el artículo 1750 del Código Civil». Desde la perspectiva del beneficiario de la cesión del inmueble, destinar una casa a satisfacer la función de vivienda familiar no constituye un uso específico distinto del que la cosa puede tener en sí misma considerada; asimismo, no cabe conciliar la vocación de permanencia que tiene el domicilio familiar con la temporalidad propia del contrato de comodato (37).

Esta misma doctrina, que sostiene que en estos supuestos nos hallamos frente a un precario, es actualmente seguida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (38), especialmente, tras la importante STS de 26 de diciembre de

implican que por falta de pacto sobre el “uso” pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un “uso” determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)». Se hace eco de esta doctrina jurisprudencial, entre otros, COSTAS RODAL, Lucía, «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2010 (recurso electrónico).

(37) Vid., entre otras, SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006. En este mismo sentido, podemos comprobar cómo en la jurisprudencia italiana se excluye que la duración del comodato pueda inferirse de la *destinazione abitativa*, a la que la vivienda se halla destinado por naturaleza (vid., v.gr., Cass. de 8 de ottobre de 1997, n. 9775; Cass. de 8 de marzo de 1995, n. 2719; Cass. de 22 de marzo de 1994, n. 2750; Cass. de 18 de gennaio de 1985, n. 133).

(38) Resultan interesantes los términos en los que se expresa la STS de 30 de octubre de 2008: «Lo que sucede es que faltan aquí las circunstancias que permiten calificar la situación de hecho como la propia de un préstamo de uso, pues el que se refiere a la vivienda cedida carece de las notas de concreción y determinación que caracterizan el comodato frente a una situación de mero precario; de suerte que ni el hecho en sí mismo de haber cedido la vivienda para su uso por el matrimonio sirve para definir los derechos y obligaciones propios de una relación de comodato, ni ésta se infiere de tal hecho, cuando no se ha concretado y determinado el uso específico de la vivienda cedida, más allá del genérico que le es propio de servir de morada o lugar de residencia». En este mismo sentido, entre otras muchas, SSTS de 18 de marzo de 2011, 11 de noviembre de 2010, 14 de julio de 2010, 18 de enero de 2010 (Pleno de la Sala 1.ª para unificar doctrina), 14 de enero de 2010 (Pleno de la Sala 1.ª para unificar doctrina), 22 de octubre de 2009, 30 de junio de 2009, 14 de noviembre de 2008 y 2 de octubre de 2008. Esta tesis es mayoritariamente mantenida también en nuestra doctrina: vid., v.gr., SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, «Atribución del uso de la vivienda familiar», en AC, núm. 3, Sección Informe de Jurisprudencia, 1 al 15 de febrero de 2006, T. 1, págs. 343 y sigs. (recurso electrónico); MORENO VELASCO, Víctor, «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, de 13

2005, donde, tras examinar anteriores resoluciones recaídas en hipótesis similares, sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse esta suerte de controversias en lo sucesivo: «...debemos concluir que para solucionar aquellas reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, habrá que examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de este contrato, pero en el caso de que no hubiera existido, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista» (39).

Esta decisión de nuestro Alto Tribunal ejerció una notable influencia sobre la jurisprudencia posterior, de tal forma que desde el año 2006 la mayor parte de las sentencias, no sólo del propio Tribunal Supremo, sino también de los tribunales inferiores de todo el país (40), asume las tesis desarrolladas en la resolución de 2005 transcrita. No obstante, todavía después de esta fecha algunas Audiencias Provinciales dictaron, aislada e incomprensiblemente, sentencias en

de junio de 2006, págs. 1 a 3; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 125 a 127; DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *AC*, 1998, T. 2, págs. 376 y 377; BELLO, *El precario. Estudio teórico práctico*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 67.

(39) Se describe perfectamente el escenario en la SAP de Gerona de 3 de octubre de 2000: «Así planteada la cuestión, se pueden fijar los siguientes criterios, recogidos en otras sentencias (AP de Zamora 30/3/1995; AP de Córdoba 16/7/1996):

1. Que se debe estar a la intención de las partes sobre el carácter de la cesión del uso del tiempo de duración que hacen los propietarios de las viviendas a sus hijos con ocasión del matrimonio.
2. Que estaremos en presencia de un contrato de comodato cuando el comodante, conservando la propiedad de la vivienda, ceda, con una duración o uso determinado, su uso al comodatario, que adquiere tal uso, pero no los frutos, sin emolumento alguno (art. 1741 CC).
3. Que estaremos en presencia de precario cuando la cesión de uso se hace por mera liberalidad o condescendencia, en cuyo caso éste puede reclamar a su voluntad la finca, poniendo término a su propia tolerancia (SSTS de 21 de junio de 1934, 22 de octubre de 1987 y 31 de diciembre de 1992).
4. Que mientras no exista prueba alguna del plazo o del uso específico, la cesión de la cosa vendrá definida como precario.

Así las cosas, no cabe afirmar que el Tribunal Supremo ha cambiado radicalmente el criterio, en el sentido de calificar toda cesión entre padres e hijos de la vivienda familiar como un comodato, sino que habrá que analizar en cada caso concreto sus características».

(40) Vid., a modo meramente ejemplificativo, SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011, SAP de Sevilla de 3 de julio de 2007, SAP de Las Palmas de 28 de junio de 2007, SAP de Valencia de 21 de febrero de 2007, SAP de Valladolid de 14 de febrero de 2007, SAP de Gerona de 21 de noviembre de 2006, SAP de Pontevedra de 28 de junio de 2006, SAP de Asturias de 23 de mayo de 2006, SAP de Burgos de 3 de mayo de 2006, SAP de Granada de 7 de abril de 2006, SAP de Orense de 17 de marzo de 2006, SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006 y SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2006, etc.

contra de esta doctrina jurisprudencial, y apreciaron la existencia de un contrato de préstamo de uso (41).

En nuestra opinión, la exégesis correcta de lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil es la preconizada por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, pues, para poder hablar de comodato, el «uso» pactado ha de tener una duración finita, aunque en el momento inicial no se conozca con exactitud cuándo se extinguirá, de tal forma que el comodante no puede reclamar la restitución de la cosa prestada antes del final de la utilización prevista (salvo que la necesite urgentemente).

Cuando el inmueble se cede para su uso genérico como vivienda familiar, la duración de tal cesión resulta indefinida. Si aceptáramos que tal finalidad constituye un uso específico y determinado, y, por consiguiente, su configuración como comodato, la duración de esta cesión gratuita se dejaría al exclusivo arbitrio del comodatario; el propietario del inmueble, por su parte, se vería inerte y desposeído del mismo de manera ilimitada, ya que su duración se dilataría mientras la vivienda sirviera a tales fines (42). Ello resulta de todo punto inaceptable, dada la prohibición de las vinculaciones perpetuas en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 1128 CC). Por otro lado, si en estos supuestos se considerara que nos encontramos frente a un comodato, se verificaría una situación que colisionaría frontalmente contra el principio básico de seguridad jurídica, dada la evidente indeterminación predicable en relación con su dura-

(41) Entre otras, SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2007 (casada por STS de 18 de marzo de 2011), SAP de Alicante de 29 de marzo de 2007 (donde, pese a admitir el desahucio por ciertos motivos, considera que se trataba de un comodato), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 2006 (que se apoya en el concepto restringido que del precario se deriva, según la sentencia, de la nueva regulación del art. 250 LEC), SAP de Alicante de 28 de febrero de 2006.

(42) SAP de Málaga de 15 de junio de 2005: «...no puede alegarse, sin más, que se disfruta la vivienda en concepto de comodato, sin concreción de uso o tiempo determinado (...); no es de recibo, de aceptarse la figura del comodato, permitir a una persona no titular, disfrutar de una vivienda de forma vitalicia, frente a quienes sí acreditan, los actores, la titularidad dominical; de lo contrario, bastaría con alegar una ocupación que podría desembocar en vitalicia, también para los descendientes venideros, constituyendo un verdadero gravamen perpetuo sobre la propiedad». En palabras de MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús («Comentario a la sentencia de 2 de octubre de 2008», en *CCJC*, mayo/agosto de 2009, págs. 688 y 689), con la expresión «uso determinado o específico», en realidad, «a lo que se quiere hacer referencia no es al *cómo*, sino al *para qué*, entendido como la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento o realización se halla asociado a un periodo de tiempo concreto». En su opinión, el uso como vivienda no sirve para identificar un periodo de tiempo determinado, de tal modo que desaparecería la figura del precario, pues al cesionario le bastaría «alegar que todavía sigue existiendo la necesidad de vivienda que vino a cubrir la cesión». A su modo de ver, ello implicaría someter tal cesión a una condición (la finalización de la necesidad económica de los beneficiarios), e impide dotar al contrato de una duración temporal; por ello, ha de considerarse que se trata de un precario, y no de un comodato.

ción, pues no cabe concretar cuándo concluirá el uso o la necesidad familiar sobre la que se cimienta la cesión gratuita de la vivienda.

Asimismo, si admitiéramos la teoría que sostiene que nos hallamos frente a un préstamo de uso de duración indefinida, se produciría una situación paradójica y descabellada, ya que el comodante, que ha cedido la vivienda gratuitamente y por solidaridad familiar o personal, se vería privado de aquélla con menores posibilidades de instar su recuperación que en el caso de haberla cedido a título oneroso a través, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento (cfr. SAP de La Coruña de 13 de marzo de 2001) (43). Es decir, se ubicaría en una posición palmariamente más ventajosa a quien obtiene rendimientos económicos por la cesión de la vivienda frente a quien, por razones de afecto familiar o personal, se desprende manera filántropa de la posesión de un activo patrimonial sin percibir contraprestación alguna.

Como consecuencia de todo lo anterior, considerar que nos encontramos frente a un comodato resultaría contraproducente para los beneficiarios de este tipo de cesiones, pues, dadas las perjudiciales consecuencias que tal concepción irroga a los propietarios, nadie facilitaría una vivienda propia para que un familiar estableciera en ella gratuitamente su hogar. Así pues, una actitud excesivamente tuitiva hacia los intereses de los cesionarios redundaría finalmente en su propio perjuicio.

No alcanzamos a comprender las razones que en un momento determinado movieron a nuestra jurisprudencia a apreciar en estas hipótesis la presencia de un comodato, con las extremadamente nocivas consecuencias que de tal configuración se desprenden para los benefactores. A nuestro modo de ver, en las sentencias que en su momento consideraron que se trataba de un préstamo de uso se omitió injustificadamente la ineludible labor hermenéutica que el Juzgador ha de llevar a cabo para conocer cuál fue la verdadera voluntad de las partes, en aras a determinar las consecuencias de cualquier contrato. En definitiva, en tales decisiones los órganos judiciales eludieron la aplicación de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (44).

En particular, parece razonable pensar que en estas resoluciones se vulneraron los términos del artículo 1283 del Código Civil, ya que estimamos que en ellas se

(43) SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005: «Así pues, el padre magnánimo pasaría a tener un trato desfavorable frente al que se comporta como simple arrendador al margen de la relación familiar, y se le infligiría una especie de pena imponiéndole una grave limitación porque no podría recuperar la posesión y disponibilidad de su vivienda ni aun en caso de necesidad (*sic*)». En esta misma línea, vid., entre otras muchas, SAP de Málaga de 30 septiembre de 2005 y SAP de Badajoz de 19 de febrero de 2003: «...si se aceptase la tesis del comodato nos encontraríamos ante una situación eminentemente injusta, pues privaría al dueño de una vivienda de los derechos más básicos que nuestro ordenamiento jurídico concede al propietario».

(44) Vid. la exposición efectuada por RAMS, «Comentario...», cit., pág. 1082.

entendieron comprendidas cosas distintas de aquellas sobre las que las partes se propusieron pactar. En relación con esta cuestión, ¿puede alguien sostener que los progenitores, que ceden gratuitamente su vivienda para que su hijo establezca en ella su hogar familiar, pretenden verse privados del uso de la misma mientras lo desee el beneficiario e, incluso, aunque éste ya no habite en ella, en virtud de la atribución judicial de su uso a su excónyuge? Si resolvemos esta cuestión con el apoyo de los más básicos criterios lógicos, no parece razonable asumir tal postura.

Dado que resulta sumamente difícil imaginar una hipótesis donde los propietarios del inmueble renuncien, sin contraprestación alguna, al uso del mismo de manera potencialmente permanente, no cabe presumir que esa, y no otra, ha sido su voluntad. Resultaría verdaderamente extraño que aquéllos admitieran colocarse en una posición tan perjudicial para sus intereses, de tal modo que sería precisamente dicha voluntad la que debería ser probada. En realidad, debemos suponer que los propietarios esperan reservarse la facultad de recuperar la posesión de la vivienda en cualquier momento y, por consiguiente, que nos hallamos frente a un precario, y no ante un comodato. La posición contraria, salvo que se pruebe lo contrario, colisiona contra la desconfianza que, con carácter general, se muestra hacia las liberalidades en nuestro ordenamiento jurídico, donde aquéllas deben ser patentes y no pueden presumirse (45).

Por otra parte, la jurisprudencia que califica esta hipótesis como préstamo de uso quebranta de manera burda el principio que emana del artículo 1289 del Código Civil, donde se concluye que cuando no se pueda conocer la verdadera voluntad de las partes contractuales con arreglo a los criterios hermenéuticos recogidos en los preceptos anteriores, las dudas habrán de resolverse, si el contrato fuere gratuito, *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses* (46).

(45) SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007: «en relación con la pretendida existencia del comodato, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia de esta Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de diciembre de 2002, y en el mismo sentido la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de febrero de 2004), que la realidad social impone que la interpretación normal de la cesión que los padres hacen en favor de sus hijos del uso de una vivienda de su propiedad es que, salvo prueba en contrario, la cesión la hacen en consideración al hijo, sin una duración, ni un uso determinado, de modo que no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin ninguna posibilidad de recuperación, habiéndose podido instrumentar en caso contrario la cesión por medio de una donación».

(46) En apoyo de nuestra opinión, vid., entre otras, los palmarios términos que se recogen en la SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007: «Al tratarse el comodato de una relación de naturaleza esencialmente gratuita, las dudas que se presenten acerca de su alcance han de ser objeto de interpretación restrictiva y resultar siempre a favor de la menor transmisión de derechos o intereses, como se desprende con carácter general de lo dispuesto en el artículo 1289 del Código Civil. En apoyo de esa fundamentación, debe indicarse que, siendo la parte demandada en precario quien ha de acreditar de forma fehaciente el hecho de la existencia de la relación jurídica alegada, que, en su caso, excluiría la condición de precarista, en la presente litis, la parte demandada no ha probado de manera clara y fehaciente tal existencia, ni, por tanto, pacto alguno sobre su duración o uso (art. 1750 del CC) sino que, además,

Este principio, a nuestro juicio, resulta plenamente lógico y acorde con las más elementales razones de justicia.

Finalmente, el hecho de considerar que nos encontramos frente a un comodato cuando realmente no somos capaces de desentrañar cuál fue la verdadera voluntad de las partes, violenta un principio general básico en el ámbito de los derechos reales. En concreto, transgrede la vocación de generalidad del dominio, que constituye el paradigma de los derechos sobre las cosas, pues es el único derecho real potencialmente pleno y se presume libre de cargas y gravámenes. En coherencia con este principio, el derecho de propiedad limitado supone la hipótesis excepcional, que, como tal, ha de ser probada, de tal manera que no cabe admitir la inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, en la hipótesis estudiada en este trabajo, resulta ineluctable demostrar que el *dominus* ha consentido que se vacíe de contenido su derecho de propiedad durante el tiempo que desee el cesionario de las facultades de uso y disfrute sobre la vivienda. Presumir lo contrario e impedir la recuperación de la posesión por parte del propietario, tal y como se ha defendido en varias resoluciones judiciales, representa un delicado quebrantamiento de nuestro sistema jurídico, y da lugar a una suerte de expropiación sin abono de justiprecio, cuyo origen se localiza, paradójicamente, en un acto altruista del propietario (47). Lo habitual es que los progenitores que cedieron gratuitamente el uso de la vivienda a su hijo fallezcan antes que éste; por lo tanto, si consideráramos que se trata de un préstamo de uso, los propietarios se habrían visto injustamente privados de sus facultades dominicales de manera vitalicia, sin posibilidad alguna de recuperarlas unilateralmente y sin percibir contraprestación alguna.

A modo de conclusión, hemos de observar que el criterio distintivo entre el comodato y el precario se localiza, principalmente, en el hecho de haber señalado o no una duración a la cesión de la posesión, o bien en el uso específico o genérico que haya de darse a la vivienda. De todo lo anterior se infiere que cuando se acuerda la cesión gratuita de una vivienda sin fijar su duración ni un uso concreto, esto es, de modo indefinido, no puede apreciarse la esencial temporalidad inherente a la naturaleza del contrato de comodato. Por lo tanto, en estas hipótesis, salvo que el uso pactado determine su duración, ha de concluirse que no estamos propiamente frente a un préstamo de uso, sino ante la figura del precario, con la consabida facultad del cedente de recuperar el inmueble cuando lo desee (*ex art. 1750 CC*). Como consecuencia de ello, la doctrina ju-

tampoco resulta acreditado el pacto de un uso determinado (distinto al genérico) en los términos legalmente exigibles. Por ello, no puede estimarse que hayan quedado acreditados los elementos del comodato por tiempo indefinido, por lo que debe estimarse que la situación de la parte apelada ha sido la de precarista y en base a dicho título ha venido ocupando el inmueble» (también alude al art. 1289 del CC, v.gr., la SAP de Asturias de 11 de abril de 2000).

(47) En este punto conviene recordar que la propiedad privada es un valor constitucionalmente protegido (cfr. art. 33 CE).

risprudencial actual, de manera prácticamente unánime, entiende que el *dominus* podría ejercitar la correspondiente acción de desahucio del artículo 250 LEC, en aras a recuperar la vivienda gratuitamente cedida a uno de sus hijos (48).

2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA

Especialmente litigiosa se presenta esta materia cuando el hijo se ve inmerso, con posterioridad a la cesión gratuita de la vivienda, en un proceso de separación o divorcio. Como pusimos de relieve en la introducción de este trabajo, en la resolución de esta suerte de procesos suele atribuirse el uso de la vivienda a uno de los consortes, aunque el uso de dicho inmueble correspondiera al matrimonio en virtud de una cesión graciosa por parte de los progenitores de uno de ellos. En la práctica, resulta frecuente que la utilización de la vivienda que venían ocupando los esposos se confiara en la resolución judicial al exconsorte que carece de vínculos familiares con los propietarios del inmueble; con carácter general, esta clase de sentencias da lugar a un derecho que depende, en su caracterización, del tipo de titularidad que sobre la vivienda corresponda al otro consorte: *nemo dat quod non habet* (49). Ante tal escenario, los titulares del dominio acostumbra a reclamar su devolución, pues estiman que su ánimo benefactor ha quedado radicalmente excluido, al no habitar su descendiente en dicho inmueble.

En principio, parece que la respuesta que haya de darse a la pretensión de los propietarios depende directamente del tipo de vínculo contractual que habilitaba a los exconsortes a vivir en el inmueble. En tal caso, si ocupaban la vivienda a título de precaristas, el excónyuge, a quien se le atribuya judicialmente su uso,

(48) Según expone HORNERO (*op. cit.*, pág. 134), «planteándose directamente la acción reivindicatoria podría obtenerse —desde luego con un coste procesal mucho más elevado, cuantificable sobre todo en el tiempo de duración del procedimiento— una solución *más definitiva* que aquella que se consigue a través de la demanda de desahucio por precario».

(49) O'CALLAGHAN, *El derecho...*, cit., págs. 1332 a 1336 (señala que si la titularidad es real, se constituirá un derecho de ocupación; si la titularidad es personal, se transmitirá la misma; si no hay titularidad, como en el precario, nada nuevo podrá constituirse); RAMS, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 109 a 113; ESPIAU, *op. cit.*, pág. 672; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1990», en *CCJC*, abril/agosto de 1990, pág. 673; GUILARTE, *op. cit.*, pág. LXXXIII («nadie da más derechos de los que tiene»). Como acertadamente expone CUENA CASAS, Matilde («El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 362), cuando los esposos venían ocupando la vivienda ajena como precaristas, la atribución judicial de su uso a uno de ellos no puede gozar de naturaleza real, ya que no cabe el gravamen de un bien sin el consentimiento de su titular; por tal motivo, este derecho de uso no podría tener acceso al Registro de la Propiedad, dada su falta de naturaleza real y su carencia de eficacia *erga omnes*.

continuaría siendo precarista, mientras que si existía un comodato, habitaría en ella en concepto de comodatario. No obstante, dado que la respuesta no resulta tan simple, procedemos, a continuación, a analizar sendas hipótesis:

A) Vivienda inicialmente cedida en concepto de precario

Si los consortes eran precaristas antes de la crisis matrimonial, la facultad de los propietarios de la vivienda de recuperar su posesión permanece inalterada, a pesar de la atribución del uso del inmueble en la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial. A tal conclusión podemos llegar si atendemos los términos expresamente recogidos en la significativa STS de 26 de diciembre de 2005: «...la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual» (50).

En este sentido, cabe aseverar que la sentencia relativa al litigio matrimonial no puede generar un derecho previamente inexistente a favor de uno de los consortes separados o divorciados. Lógicamente, los cónyuges que habitaban como precaristas la vivienda no pueden alcanzar por medio de una sentencia matrimonial una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que antes tenían, pues tal resolución no goza de la virtualidad de alterar la naturaleza del título por el que la vivienda es ocupada (51).

(50) Por cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso, se refiere el Pleno de la Sala 1.ª del TS en la STS de 18 de enero de 2010, dictada para unificar doctrina, concluye: «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». En esta misma línea, vid. STS (Pleno) de 14 de enero de 2010: «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 ostentan 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)». Con anterioridad a estas decisiones, podíamos encontrar algunas resoluciones donde el derecho de uso judicialmente atribuido en estas hipótesis se configuraba como un verdadero derecho real (vid., v.gr., SAP de Cádiz de 13 de abril de 2000).

(51) Mucho más tajante se muestra RAMS («Comentario...», cit., pág. 1081), cuando asevera que la atribución del uso de la vivienda contemplada en los artículos 90 y 96 del

No obstante, nuestra jurisprudencia, incomprensiblemente, no siempre ha sido tan respetuosa con la posición del *dominus* del inmueble gratuitamente cedido. Podemos comprobarlo, por ejemplo, en la SAP de Albacete de 18 de enero de 1999, en la que se argumenta, con apoyo en el razonamiento ofrecido en la STS de 18 de octubre de 1994 (52), del siguiente modo: «La demandada, hoy apelada, no carece, como establece el Tribunal Supremo, en sentencias,

Código Civil no puede derivarse de cualquier posesión que se tenga de la misma. En su opinión, tal atribución sólo puede originarse a partir de una posesión civil a título de dueño del cónyuge no conviviente con la prole, de una titularidad común de ambos cónyuges o de un derecho de usufructo, con idénticos titulares, que no haya sido constituido con carácter personalísimo. Asimismo, cabe asimilar funcionalmente a estas hipótesis la posesión derivada de un contrato de arrendamiento en el que ambos cónyuges fueren efectivamente arrendatarios (ya aludimos, al comienzo del epígrafe II de este trabajo, a la regulación actualmente contenida en el art. 15 LAU). No procede dicha atribución, según el referido autor, «en ningún otro caso». A su modo de ver, el uso temporalmente limitado de la vivienda puede conferirse, si bien muy limitadamente para no perjudicar los derechos de terceros, cuando nos hallemos frente a supuestos de tenencia derivada de un derecho de uso o de habitación, cuando el beneficiario de éstos no coincida con el cónyuge en cuya compañía permanezcan los hijos. Según O'CALLAGHAN («El derecho...»), cit., pág. 1335), cuando el matrimonio habitaba la vivienda ajena en concepto de precario, la atribución judicial de su uso al exconsorte del hijo de sus propietarios producirá un desplazamiento de la persona del precarista; no se trataría, por consiguiente, de un derecho de ocupación, o un derecho subjetivo real y autónomo (sin embargo, anteriormente —*op. ult. cit.*, pág. 1331— afirma que «en caso de precario (...), no cabe que tenga “el uso” el cónyuge que no sea el propio precarista»).

(52) STS de 18 de octubre de 1994: «No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario...». En la SAP de Alicante de 26 de octubre de 1992 (antes de afirmar que estaba ante una cuestión compleja que afecta al título, y que para dilucidar la eficacia o plenitud de los efectos del título debía acudir a otra clase de juicio, donde se solventaran las situaciones complejas, que requieren una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías) se afirma que la ocupación de la vivienda por la exesposa se venía realizando en virtud de lo acordado en la sentencia de separación, y que ello constituye un título suficiente que le da derecho a disfrutar la vivienda, de tal modo que no se puede hablar de precario, puesto que éste, entre otros requisitos, exige la ausencia de título. No obstante, el supuesto de hecho juzgado no se acomoda exactamente a la hipótesis planteada en este trabajo, pues se trataba de una vivienda que se había concedido en arrendamiento a su exesposo por el Patronato de Casas Militares, en su condición de Teniente de Caballería, y cuya posesión se intenta recuperar cuando éste deja de estar en activo, al pasar a situación de excedencia voluntaria. En las hipótesis de arrendamiento o precario por razón del cargo que desempeña uno de los cónyuges —*v.gr.*, un portero—, O'CALLAGHAN («El derecho...»), cit., págs. 1332 y 1333) considera que nada se puede constituir o transmitir, en caso de crisis matrimonial, porque ningún derecho había (en caso de precario), o porque el existente era personalísimo (vivienda por razón del cargo). Se muestra expresamente conforme con esta opinión DÍAZ MARTÍNEZ, *op. y loc. cit.* En nuestra opinión, podría configurarse como un comodato, pues la duración de la cesión gratuita no sería infinita, sino que se hallaría determinada por el tiempo durante el cual se desempeñara el cargo que dio origen a la misma y, además, se habría constituido *intuitu personae*: la finalidad de este comodato no se satisfaría si el comodatario no habitara en ese inmueble.

entre otras, de 18-10-1994, de título posesorio, ya que “el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del convenio regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica, y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia”. “No puede olvidarse que el acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial público, conforme al artículo 1280 del Código Civil”». Esta misma tendencia puede advertirse en otras decisiones: v.gr., SAP de Islas Baleares de 2 de noviembre de 1999, SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999, SAP de Islas Baleares de 23 de septiembre de 1996 y, en cierto sentido, SAP de Barcelona de 23 de febrero de 1991.

Resulta llamativa esta suerte de «sacralización» de la atribución judicial de la vivienda llevada a cabo en las últimas resoluciones aludidas, pues son cronológicamente posteriores a dos decisiones donde nuestro Alto Tribunal sostiene expresamente la solución contraria. En concreto, en la STS de 21 de mayo de 1990 se afirma que la ocupación en precario de la vivienda por los cónyuges no generaba a su favor un derecho a permanecer en ella, de tal manera que sólo mientras subsistiera la tolerancia podría seguirse cumpliendo el tenor de la resolución judicial donde se atribuía el uso del inmueble a la esposa y las hijas (atribución que se efectuó al amparo del art. 96 CC). Esta corriente fue posteriormente confirmada en la significativa STS de 31 de diciembre de 1994, donde se expone que la tutela de la vivienda familiar se lleva a efecto mediante la protección del derecho que la familia tenía a su uso, y que su atribución a uno de los consortes no puede forjar un derecho a su favor que antes no existía. De este modo, según se explica en esta resolución, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria superior a la que el hecho del precario ya proporcionaba a la familia, «pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda» (en los mismos términos, vid., entre otras, STS de 14 de julio de 2010). Como colofón, en esta sentencia se añade que tal circunstancia —tal y como sostuvimos nosotros en el epígrafe anterior— «traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso».

En coherencia con esta línea jurisprudencial, en la STS de 26 de diciembre de 2005 se precisa que el empleo del argumento de la protección de la vivienda ligado a la de la familia, en aras a tutelar la posición del excónyuge a quien

judicialmente se ha atribuido el uso de la vivienda, es absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre esposos; sin embargo, «no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte, porque no pueden serlo, en el procedimiento matrimonial» (vid., asimismo, SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006, SAP de Badajoz de 2 de febrero de 2000, entre otras). Sostener la solución contraria consagra, a nuestro juicio, un lacerante e injustificable episodio de indefensión para quienes, con ánimo benefactor, permitieron que otras personas habitaran en su vivienda de modo gratuito. El mensaje que se estaría trasladando a tales propietarios resultaría absurdo: su buena acción, llevada a cabo con ánimo de liberalidad, podría desencadenar un «castigo» o, al menos, un menoscabo prácticamente absoluto de sus facultades dominicales.

Resulta, pues, palmario —como se evidencia en la contundente SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993— que el título en virtud del cual habitaba en la vivienda el hijo del propietario de la misma no puede sufrir modificación por la atribución judicial de su uso a la esposa en el proceso de separación, donde, obviamente, no fue parte el *dominus* de tal inmueble. En este sentido, la Audiencia califica como «inconcebible» la alteración de la naturaleza de la ocupación de la vivienda como precaristas por parte del hijo, nuera y nietos del propietario, como consecuencia de una resolución judicial dictada en un pleito ajeno al dueño de aquélla: «La asignación del uso del domicilio familiar que haga el Juez, en aplicación del artículo 96 del Código Civil, no altera el disfrute en precario de la vivienda, cuando sólo la liberalidad de su dueño permitió la instalación en ella del hogar conyugal, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21-5-1990 (...) y en este caso ni se da el presupuesto de aplicación del artículo 1320 del Código Civil, ni puede surgir una adscripción definitiva contra la voluntad del que gratuitamente permitió usar el inmueble, como parece pretender la demandada por el hecho de tener atribuido el uso por el Juez de Familia, lo que sólo le permite, en consecuencia, mantenerse en el piso hasta que su dueño decidió poner fin a su liberalidad, ejercitando la acción de desahucio, previo el necesario requerimiento» (53). En definitiva,

(53) Según expresa ESPIAU (*op. cit.*, pág. 672), el cónyuge no titular «ostenta un *ius possidendi* de carácter legal, que no se corresponde con derecho patrimonial alguno, pero que le faculta para poseer la vivienda familiar, como poseedor exclusivo y en el mismo concepto posesorio correspondiente a la titularidad de su consorte, en tanto en cuanto subsista el interés que la atribución trata de proteger y la titularidad de la que depende». Vid., asimismo, BELLO, «Comentario...», cit., págs. 341 y 342. Un supuesto diferente es el contemplado en la SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010, donde se considera que la posesión de la vivienda, desde la sentencia de divorcio, se sustenta en un comodato. A tal efecto, se argumenta que el uso de la vivienda no se había atribuido en exclusiva a la madre, sino que se pactó una custodia compartida del hijo menor y se previó que los padres se alternaran en su estancia en la casa de la abuela paterna para cuidar al hijo, con la anuencia de ésta; de hecho, la abuela propietaria de la vivienda «al ser preguntada por el Letrado de la demandada durante

tal y como categóricamente se proclama en la STS de 2 de octubre de 2008, el derecho de usar y disfrutar de la vivienda atribuido judicialmente a uno de los consortes es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas carece de todo vigor frente a los titulares que cedieron el inmueble en precario antes de la crisis conyugal (54).

Por el contrario, en la SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992, ante una demanda de desahucio, se había apreciado la presencia de una cuestión compleja, y se había aducido que la concreción de las «relaciones entre las partes debe llevarse a la vía del juicio declarativo correspondiente donde la capacidad de decisión legal del órgano jurisdiccional puede tener un marco más adecuado que el estrictamente señalado en el juicio de desahucio». Según se razona en esta resolución, la atribución del uso de la vivienda a la exesposa y al hijo del matrimonio constituye, ya de por sí, un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión. Por otra parte, si bien es cierto que en la sentencia de divorcio se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, señala la Audiencia que debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer «el interés familiar más urgentemente necesitado de protección» (*ex art. 103.2 CC*), que no es otro que el del hijo de aquella adscrito a su guarda y custodia. Tal circunstancia implica que la ocupación de la vivienda por parte de la demandada lo es, no tanto en interés propio, como en función de la guarda y custodia de su hijo.

Esta última sentencia colisiona frontalmente con las consideraciones que posteriormente se efectúan en la ya transcrita STS de 31 de diciembre de 1994 y con lo que sostiene un sector importante de nuestra doctrina. Como atinadamente objeta RAMS (55), cuando la tenencia de la vivienda familiar se derive de un derecho personal intransferible convencionalmente, la solución a la cuestión de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso, sin justificación legal alguna, a sus legítimos propietarios o titulares (sin justiprecio, por otra parte). En caso contrario, éstos se verán convertidos en los financiadores invo-

su interrogatorio admitió que acompañó a su hijo al juicio de divorcio, que conoció lo que allí se pactó y que estuvo de acuerdo con ello, respondiendo afirmativamente cuando se le preguntó si le parecía bien lo acordado...».

(54) Como indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXXII), la sentencia no crea por sí un título de ocupación ejercitable *erga omnes*; la ejecutoria sólo podrá hacerse valer frente al otro cónyuge, ya que únicamente a éste vinculan los efectos de la cosa juzgada en el pleito matrimonial.

(55) RAMS, «Comentario...», *cit.*, pág. 1082. Según indica GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXXIII), nadie da más derechos de los que tiene, y tampoco podría llegarse al nacimiento de un derecho al uso de la vivienda a favor de uno de los consortes oponible frente al propietario de la misma como consecuencia de una decisión judicial: «Respecto de terceros únicamente se produce con la sentencia una concentración posesoria o de hecho con base en el mandamiento judicial y que entiendo no altera para nada el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda familiar».

luntarios y forzosos de una crisis en la que, por principio, son meros extraños. En estas hipótesis, no cabe encontrar la solución en una medida completamente perjudicial para un tercero ajeno a la crisis conyugal, sino que aquélla debe provenir de los arreglos económicos entre los propios esposos.

En nuestra opinión, el excónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda en la sentencia resultante de la crisis matrimonial continúa en ella a título de precarista —aunque sea por mera tolerancia del *dominus*, y no por subrogación en el derecho originariamente concedido a su exconsorte—, de tal forma que el cedente conserva la facultad de exigir unilateralmente la restitución posesoria del inmueble en cualquier momento. No cabe apreciar mala fe o abuso de derecho en la conducta de la persona que decide ejercitar sus facultades dominicales y poner fin a una cesión que, sin recibir contraprestación patrimonial alguna, venía soportando con anterioridad (56). A tal efecto, resulta de todo punto irrelevante que la reclamación del propietario se produzca una vez acaecida la separación o divorcio de su hijo, ya que no es él quien debe atender las necesidades económicas del excónyuge de su hijo y de sus nietos. Las consecuencias de la crisis conyugal han de ser afrontadas por los miembros del matrimonio roto, y no por sus familiares. Por consiguiente, ante el ejercicio de la acción de desahucio por el propietario de la vivienda, el exconsorte, a quien se había atribuido su uso, podrá solicitar judicialmente la modificación de las medidas —homologadas o adoptadas por el juez— que ordenan las consecuencias de la separación o divorcio, con el propósito de que su excónyuge contribuya a la atención de la sobrevenida necesidad de vivienda (57).

(56) Como se concluye en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, resulta «inatendible toda alegación de mala fe o abuso de derecho en el acto por el hecho de promover el desahucio después de producirse la separación, pues la propia liberalidad que supuso ceder gratuitamente durante varios años la vivienda impide ahora calificar de abusiva la acción para recuperar su posesión...». Esta misma opinión es asumida, entre otras, en las SSTS de 18 de enero de 2010 (Pleno) y 20 de marzo de 2007, y en nuestra jurisprudencia menor, en la SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996. En contra de estas apreciaciones, en la STS de 2 de diciembre de 1992 (en aplicación de una doctrina jurisprudencial afortunadamente ya superada) se había concluido: «(...) siendo precisamente el ejercicio de la acción de reclamación sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa —nuera de los actores— y a las hijas —nietas de los demandantes—, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar como lo fue desde un principio, por lo que ha de significarse, en una posible concomitancia con el imperativo del artículo 7-1 del Código Civil, que la acción no puede prosperar...» (en parecidos términos, vid. STS de 18 de octubre de 1994).

(57) Resulta impecable, a nuestro modo de ver, el razonamiento formulado en la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993: «Las alegaciones de la demandada en punto a ser también “nietos” del actor los hijos que con ella viven en el piso, es intrascendente a los efectos del presente juicio, que debe resolverse en base a parámetros jurídicos, sin que el matrimonio entre la demandada y el hijo del actor produzca obligaciones para los parientes de cualquiera de ellos, salvo la de alimentos a descendientes en determinados supuestos (arts. 143 y 144 CC), cuestión ajena a la presente litis, por lo que no hay razón alguna para excluir el desahucio cuando se ocupa la vivienda familiar como precaristas por ambos

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, en ocasiones, nuestra jurisprudencia ha sucumbido a la tentación de acudir al Derecho de Familia como único asidero para dar respuesta a esta clase de litigios, con las inadmisibles consecuencias que de ello indefectiblemente se han derivado. Afortunadamente, nuestra más moderna jurisprudencia se ha conducido mayoritariamente con criterios más razonables, y ha soslayado intereses espurios cuya tutela no deben soportar personas ajenas a la ruptura conyugal. De manera tajante, y con el propósito de poner fin definitivamente a la disparidad de criterios en sede judicial, el Pleno del Tribunal Supremo —en la STS de 18 de enero de 2010— ha concluido que este tipo de litigios debe enfocarse desde la perspectiva del derecho de propiedad, y no del Derecho de Familia, ya que las consecuencias de la crisis conyugal en nada tienen que afectar a los terceros propietarios de la vivienda gratuitamente cedida (58). Esta tendencia ha sido posteriormente

esposos o por uno sólo de ellos después de la separación, siendo inatendible toda alegación de mala fe o abuso de derecho en el acto por el hecho de promover el desahucio después de producirse la separación, pues la propia liberalidad que supuso ceder gratuitamente durante varios años la vivienda impide ahora calificar de abusiva la acción para recuperar su posesión, salvo que se quiera hacer de peor condición al padre que permite utilizar un piso sin contraprestación al hijo que contrae matrimonio, respecto del progenitor que menos generosamente prefiere cederla en arrendamiento, y que en la actualidad no tendría problema para obtener el desahucio por expiración del plazo contractual. Como tampoco parece razonable poner más trabas a la acción de desahucio por precario dirigida contra el cónyuge del hijo al que se prestó el inmueble, que a la formulada contra ese hijo en los casos en que no hubo crisis matrimonial o aquél es soltero». En este mismo sentido, vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. y loc. cit.*; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, nota 67. Concluye MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, «Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o comodato?», comunicación presentada a las «Jornadas sobre Derecho de Familia», celebradas los días 17 y 18 de mayo de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11/2007, Aranzadi (recurso electrónico): «Sin embargo, también es importante considerar la posible situación de indefensión o desamparo en que pudiera quedar el cónyuge desahuciado. Esta situación debe resolverse conforme a las soluciones jurídicas que el Derecho de Familia ofrece para los casos de crisis matrimonial. Basta recordar que además de la atribución y uso de la vivienda también se contempla en el Código Civil la pensión compensatoria y la pensión de alimentos. Por consiguiente, privado el cónyuge de la vivienda que venía constituyendo y había sido hasta ese momento para él el hogar familiar, se pudiera compensar esta situación de desamparo solicitando un incremento económico en el resto de medidas que equilibren la cuantía económica que la privación de uso de la vivienda supone al cónyuge que la venía ocupando hasta esa fecha».

(58) Según se afirma en la aludida sentencia, esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la STS de 26 de diciembre de 2005. En relación con la cuestión escrutada, parece coherente la argumentación efectuada por el Pleno del Tribunal Supremo en la STS de 14 de enero de 2010: «La sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites». Vid., asimismo, STS de 14 de julio de 2010. Resulta peligroso, como sostiene GUILARTE (*op. cit.*, pág. LXXVII), generalizar la aplicación del comodato, y reconducir al mismo, en aras a proteger al cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda, situaciones de auténtica detentación precaria.

asumida como doctrina jurisprudencial unificada, entre otras, en la STS de 30 de abril de 2011.

No cabe alegar, a favor de la perpetuación del *statu quo* engendrado por la sentencia dictada en el proceso matrimonial, la tutela constitucional de la familia (cfr., en parecidos términos, la doctrina desprendida de la SAP de Orense de 17 de marzo de 2006) (59). Es cierto que la protección social, económica y jurídica de la familia se encuentra sancionada en el artículo 39 CE, si bien no procede hacer una interpretación tan tendenciosa y en términos tan absolutos de dicho principio, y sostener que los derechos de los terceros se hallan tan rígidamente constreñidos por la tutela de las necesidades de un núcleo familiar del que no forman parte. Por otra parte, no debemos obviar que la propiedad privada, que en las hipótesis estudiadas puede verse profundamente cercenada, también se encuentra contemplada en nuestra Carta Magna. En concreto, en el artículo 33 CE no sólo se reconoce el más pleno de los derechos reales, sino que se dispone que ningún sujeto «podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Por consiguiente, a la alegación de la tutela constitucional de la familia puede oponerse el carácter tuitivo hacia el derecho de propiedad emanado del mismo cuerpo legal.

Esta aseveración resulta corroborada, según nuestra opinión, por la distinta ubicación en la que se encuentran contemplados sendos artículos. Mientras que el derecho de propiedad se incluye en el Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, destinado a los *Derechos y libertades* (en la Sección 2.^a, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*), la protección de la familia se halla dispuesta en el Capítulo Tercero del mismo Título, bajo la rúbrica *De los*

(59) En contra de nuestra postura y de la mencionada resolución de la Audiencia de Orense, en la SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994 se hace la siguiente argumentación, que nos parece de todo punto inaceptable: «Por una parte, el principio constitucional de protección a la familia permitiría entender que si en algún caso hubiera que forzar el texto de la Ley para ajustarla a la realidad social como elemento que debe primar siempre en la interpretación de las normas jurídicas, que, o sirven para dar adecuada respuesta a las nuevas situaciones o no sirven para nada, sería precisamente en éste, en que la protección del derecho a la vivienda recogido en el artículo 47 de la Constitución, unida a la protección del grupo familiar sancionada por el artículo 39, han hecho primar muchas veces el derecho a la vivienda de los miembros de este grupo respecto del derecho sobre la vivienda familiar que pudieran ostentar otros miembros o terceros ajenos, permitiendo la subrogación en el arrendamiento de quienes en principio no fueron parte en el contrato, que de esa forma ven su derecho a la vivienda convertido en un derecho sobre ésta, o bien posibilitando la atribución del uso de la misma al cónyuge no titular en los supuestos de crisis matrimonial en función de lo dispuesto por el artículo 95 del Código Civil. Por otra parte, estando como está la vivienda familiar amparada por nuestra Carta Magna, ¿qué protección va a tener la vivienda de esta familia sin entender que tiene un cierto derecho sobre ella, que no pueda estar subordinado en todo a la libre voluntad del tercero propietario?».

principios rectores de la política social y económica. A tenor de lo previsto en el artículo 53 CE, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo —y, por ende la protección del derecho de propiedad privada— *vinculan* a todos los poderes públicos; en cambio, el reconocimiento, respeto y protección de los principios acogidos en el Capítulo Tercero —entre los que se encuentra la tutela de la familia— *informarán* la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y su alegación en sede judicial habrá de hacerse de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Además de todos los argumentos de índole formal esgrimidos, a nuestro modo de ver, si atendemos al criterio de la justicia material —elemento que desgraciadamente omitimos de manera sistemática—, la respuesta habría de ser la misma. No debemos ampararnos en rígidas estructuras técnicas para propiciar un resultado absolutamente ilógico, no deseado y punitivo para quien no ha efectuado sino un encomiable acto de liberalidad. En definitiva, resulta insostenible la consagración de la indefinida expropiación sin contraprestación de las más relevantes facultades dominicales, como son el uso y el disfrute de la vivienda propia.

A esta misma conclusión ha llegado, afortunadamente, el legislador catalán al regular la atribución del uso de la vivienda familiar, en el artículo 233-21 del Código Civil de Cataluña: «2. *Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.*».

B) *Vivienda inicialmente cedida en concepto de comodato*

Cuando, como consecuencia de las particulares circunstancias concurrentes, quepa considerar que los esposos habitaban en la vivienda ajena en virtud de un contrato de comodato celebrado con sus legítimos propietarios, surge una importante cuestión: el excónyuge del hijo de éstos, a quien en el procedimiento matrimonial se atribuye judicialmente el uso del inmueble, ¿continúa su posesión a título de comodato, o ha de ser considerado, desde entonces, como precarista? De la respuesta que se ofrezca a esta pregunta dependen directamente las importantes consecuencias que se derivan de la crisis matrimonial en relación con las facultades dominicales de los propietarios de la vivienda.

Si atendemos al criterio sostenido, entre otras, en las ya mencionadas SSTs de 26 de diciembre de 2005 y 31 de diciembre de 1994, la resolución dictada en el procedimiento matrimonial no altera la titularidad en virtud de la cual los

cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. La ilación de esta doctrina jurisprudencial, si la contemplamos de manera estricta y sin apreciar los importantes matices inherentes a las hipótesis analizadas, podría llevarnos a concluir que el exconsorte del hijo de los propietarios de la vivienda debe ser considerado comodatario en relación con la misma. Seguramente, tal inferencia colisiona enteramente con la verdadera intención que los cedentes del inmueble tuvieron en el momento en el que se perfeccionó el contrato de comodato.

Con el propósito de corregir esta deducción, MARÍN LÓPEZ (60) entiende que lo que se pretende destacar en estas resoluciones es, en realidad, que la sentencia dictada en el proceso matrimonial no puede afectar negativamente a los propietarios de la vivienda, ya que, por definición, son terceros ajenos a dicho juicio. Lo que trata de subrayar la jurisprudencia es que la sentencia matrimonial no puede ubicar al exconsorte al que atribuye el uso de la vivienda en una mejor posición que la disfrutada con anterioridad a la ruptura conyugal. De este modo, el citado autor advierte que esta doctrina no impide estimar extinguido el contrato de comodato en estos supuestos, pues la sentencia atribuye el uso de la vivienda al exconsorte del comodatario.

A esta misma conclusión llega nuestro Alto Tribunal en la STS de 2 de octubre de 2008, donde expresamente se fija como doctrina jurisprudencial —en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del art. 487 LEC— la siguiente: «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». En esta resolución, con apoyo explícito en la línea jurisprudencial sentada a raíz de la STS de 26 de diciembre de 2005, se concluye que con independencia de que inicialmente pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal. Como consecuencia de ello, tras la crisis matrimonial, quien posee el inmueble debe ser considerado precarista, pues ha desaparecido el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida (se entregaba para que viviera toda la familia unida, no parte de la misma) (61). De hecho,

(60) MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 686 y 687.

(61) En este mismo sentido, *vid.*, entre otras, SSTS de 14 de noviembre de 2008, 13 de noviembre de 2008 y 30 de octubre de 2008 (tres Resoluciones coincidentes en la misma fecha) y 29 de octubre de 2008. Con anterioridad, en la SAP de Asturias de 15 de abril de 1999 ya se había sostenido que el comodato inicial sufría su conversión en precario al quebrarse la unidad familiar. Un caso especial se plantea en la STS de 13 de abril de 2009, donde, después

normalmente el Tribunal Supremo no entra a valorar si antes de la crisis matrimonial los esposos eran comodatarios o precaristas, dado que, aunque nos encontráramos frente a un préstamo de uso, ha de considerarse ya extinguido.

Completamente de acuerdo con esta visión, en la STS de 18 de enero de 2010 (62), dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, se exponen los siguientes razonamientos:

- Cuando el propietario de la vivienda la haya cedido gratuitamente a uno de los cónyuges mediante un contrato (antes o durante el matrimonio), y con posterioridad su uso se atribuye judicialmente al consorte no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al esposo contratante con el *dominus*, ya que la autoridad judicial no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). Por consiguiente, la relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, de tal modo que se confirma la doctrina sentada en la STS de 3 de abril de 2009. Por este motivo, debe concluirse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero goce de naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro consorte, a quien se ha conferido el uso del inmueble

de adherirse expresamente a la mencionada doctrina jurisprudencial, concluye en sentido contrario al desahucio, al apreciar importantes matices en el concreto caso enjuiciado: «Pero lo que resulta relevante en la situación analizada es el hecho de que la actora, ahora recurrente, no es la plena propietaria de la vivienda, y también, lo que es más trascendente a los efectos de este recurso, que el derecho de usufructo lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había ostentado el pleno dominio del inmueble, cuando el hogar familiar de la entonces esposa, ahora recurrida, ya estaba fijado en el domicilio del que ahora se pretende su desalojo. En definitiva, cuando la actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente concedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario. Lo cierto es que sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble, lo que podría conculcar incluso el artículo 7.1 del Código Civil».

(62) En el mismo sentido que esta resolución, vid. la interesante exposición efectuada por CUENA, *op. cit.*, págs. 368 a 372. La hipótesis juzgada en esta decisión incluye un importante matiz: el exmarido, a quien no se atribuye el uso de la vivienda, es copropietario de la misma junto con su hermana. A pesar de ello, no puede oponerse a dicha hermana la concesión judicial de su uso la exmujer del otro condómino.

en virtud de una sentencia dictada en pleito matrimonial (el ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo).

- La regla que debe mantenerse en esta materia será, por lo tanto, que los derechos del propietario dirigidos a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa de modo efectivo. Cuando se pruebe la existencia del contrato con éste, se aplicarán sus reglas; sin embargo, si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el *dominus*, habrá que apreciar la presencia de un precario, con el consiguiente reconocimiento de su facultad de recuperar la posesión de la vivienda en cualquier momento.

En nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial, ya consolidada, resulta plenamente acertada, pues, si bien en el artículo 1742 del Código Civil no se concibe el préstamo de uso como un contrato exclusivamente *intuitu personae*, sí se admite la posibilidad de su configuración *en contemplación a la persona del comodatario* (63). Para determinar el carácter personalísimo del contrato, habrá que acudir a las reglas hermenéuticas contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil; no obstante, a nuestro juicio, siempre debemos tener presente lo dispuesto en el último de estos preceptos, y resolver las posibles dudas a favor de la menor transmisión de derechos por parte del comodante.

(63) Según PÉREZ DE ONTIVEROS (*op. cit.*, pág. 229), el artículo 1742 del Código Civil no es más que una aplicación concreta del artículo 1257 del mismo cuerpo legal. Nuestro Código sigue la senda trazada por el artículo 1879 del *Code* francés, donde se dispone: «*Les engagements qui se forment par le prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée*». Ya en el artículo 1632 del Proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA se adoptaba idéntica solución («*Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan á los herederos de ambos contrayentes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación á solo la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada*»). Sin embargo, la opción de política legislativa acogida en Italia difiere de esta tendencia, pues de dos preceptos del *Codice Civile* se desprende que, en principio, se trata de un contrato *intuitu personae*: segundo párrafo del artículo 1804 («[el comodatario] *Non può concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante*») y artículo 1811 («*In caso di morte del comodatario, il comodante, benché sia stato convenuto un termine, può esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa*»). Lo mismo cabe afirmar en relación con el ordenamiento jurídico alemán, ya que en el § 605 BGB se dispone: «*Der Verleiher kann die Leihe kündigen: ...3. wenn der Entleiher stirbt*» (el comodante puede resolver el comodato si el comodatario fallece). En el mismo sentido que los Códigos italiano y alemán, podemos hacer referencia, dentro de nuestro Derecho histórico, a las Partidas de Alfonso X (Ley V del Título II de la Partida V: «*Moriéndose alguno á quien hobiesen emprestado caballo ó otra cosa semejante, tenuto es su heredero de la tomar á aquel que la empréstó...*»).

En la hipótesis estudiada en este trabajo, parece razonable sostener que la cesión gratuita del inmueble se efectuó con carácter personalísimo, dado que los propietarios celebraron el préstamo de uso en atención a su hijo. En principio, pensar lo contrario no resulta lógico, ya que aquéllos normalmente llevan a cabo la liberalidad con el propósito de favorecer a su hijo, y no al cónyuge de éste de manera individual. A nuestro modo de ver, en estos supuestos cabe apreciar un importante componente de confianza, pues los propietarios del inmueble lo ceden gratuitamente a su hijo, y no a cualquier otra persona. Habitualmente, este componente fiduciario no se halla presente en relación con el exconsorte del hijo de los propietarios, quien, con anterioridad a la crisis matrimonial, venía ocupando la vivienda como inevitable efecto de su unión conyugal (64).

Consecuentemente, una vez planteada la ruptura matrimonial, si se procede a la concesión judicial del uso de la vivienda al excónyuge del hijo de sus dueños, debe entenderse que se ha extinguido el uso específico para el que se celebró el comodato y, por lo tanto, el contrato mismo (65) (*ex arts. 1749 y 1289 CC*).

No obstante todo lo anterior, ha de concederse al beneficiario de la atribución judicial la posibilidad de probar que del concreto préstamo de uso celebrado no se predica su carácter *intuitu personae*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, T. II, 14.^a ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011.
- ALONSO SAURA, M.^a Pilar y CARRILLO VINADER, Francisco: «Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia. Especial consideración del desahucio por precario», en *Revista de la Fundación Mariano Ruiz-Funes*, núm. 44/2010, págs. 94 a 118.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1986», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1986, págs. 4099 a 4110.

(64) Esta «fiducia» no es equiparable a la inherente al contrato de mandato (consagrada en el art. 1732.1.º CC), ya que el comodante no puede resolver el préstamo de uso si el comodatario todavía lleva a cabo el uso pactado y no ha transcurrido el plazo de duración inicialmente previsto. En el ámbito del comodato, la fiducia se halla íntimamente ligada al carácter personalísimo con el que puede configurarse el mismo. Resulta llamativo el ejemplo presentado por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, pág. 845: «La casuística ofrece una gran variedad de supuestos en que el carácter personalísimo del contrato, aunque parezca paradójico, tiene especial relieve conjugando las condiciones de la cosa con la aptitud del usuario; por ejemplo, si la cosa cedida es un fino perro de caza o una escopeta especial, si el comodatario es un experto cazador, no hay duda que el contrato se hizo contemplando la persona del comodatario, y por tanto de ninguna forma pueden continuarlos los herederos del mismo, que bien pudiera ocurrir que ni siquiera tuvieran simple afición de cazador».

(65) MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 686.

- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, y WAHL, Albert: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIII (De la société, du prêt, du dépôt), 3.ª ed., Ed. L. Larose & L. Tenin, París, 1907.
- BELLO JANERIO, Domingo: «Comentario a la sentencia de 18 de octubre de 1994», en *CCJC*, enero/marzo de 1995, págs. 331 a 346.
- *El precario. Estudio teórico práctico*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1990», en *CCJC*, abril/agosto de 1990, págs. 667 a 674.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, 15.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1993.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II, Madrid, 1959.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2010 (recurso electrónico).
- CUENA CASAS, Matilde: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 275 a 441.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Comentario al artículo 1750», en *Comentario del Código Civil*, dir. por L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1617 a 1620.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *AC*, 1998, T. 2, págs. 363 a 389.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Comentario a la sentencia de 31 de diciembre de 1994», en *CCJC*, abril/agosto de 1995, págs. 667 a 675.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 5.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- FERRER MARTÍN, Daniel: «El precario y el juicio de desahucio por causa de precario», en *RDP*, T. XXXVI, enero-diciembre de 1952, págs. 303 a 313.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de Zaragoza, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen: «Observaciones a propósito de la relación de precario», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, 1992-1993, núm. 9-10, págs. 125 a 138.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994, T. III, vol. I, 1.ª ed., págs. LXXIII a XCVI.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La posesión*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (estudio jurisprudencial de una polémica)», en *RDPatr.*, págs. 129 a 143.

- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9.^a ed., Ed. Ariel, 1985.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista: *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2.^o, 3.^a ed., revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- *Elementos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.^o, 2.^a ed., revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LATOUR BROTONS, Juan: «El precario», en *RDP*, T. XLIII, enero-diciembre de 1959, págs. 1065 a 1080.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1972.
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: «El comodato en nuestros días», en *ADC*, T. VI, fascículo 4, octubre-diciembre de 1953, págs. 839 a 856.
- MORENO MOCHOLÍ, Miguel: *El precario*, 2.^a ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, de 13 de junio de 2006, págs. 1 a 3.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o comodato?», comunicación presentada a las «Jornadas sobre Derecho de Familia», celebradas los días 17 y 18 de mayo de 2007 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 11/2007, Aranzadi (recurso electrónico).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 19, semana 5-11 de mayo de 1986, págs. 1329 a 1339.
- «Comentario al artículo 1750», en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed., Ed. La Ley, Madrid, 2008, págs. 1817 y 1818.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: *El contrato de comodato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- POTHIER, Robert Joseph: *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les Traités du Droit Français*, T. III, «Traité des contrats de bienfaisance, de prêt de consommation, de dépôt, de mandat, de louages maritimes, d'assurance, de prêt, du jeu, du contrat de mariage, du douaire, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles», Chez H. Tarlier Libraire-Éditeur, Bruselas. 1831.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- «Comentario a la sentencia de 2 de diciembre de 1992», en *CCJC*, septiembre/diciembre de 1992, págs. 1075 a 1083.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Atribución del uso de la vivienda familiar», en *AC*, núm. 3, Sección Informe de Jurisprudencia, 1 al 15 de febrero de 2006, T. 1, págs. 343 y sigs. (recurso electrónico).
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SENTENCIAS ESTUDIADAS

- STC de 4 de octubre de 1993.
- STS de 18 de junio de 1900.
- STS de 21 de junio de 1934.
- STS de 26 de junio de 1947.
- STS de 30 de junio de 1953.
- STS de 13 de febrero de 1958.
- STS de 30 de noviembre de 1964.
- STS de 16 de diciembre de 1965.
- STS de 30 de octubre de 1986.
- STS de 22 de octubre de 1987.
- STS de 23 de mayo de 1989.
- STS de 21 de mayo de 1990.
- STS de 2 de diciembre de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1992.
- STS de 18 de octubre de 1994.
- STS de 31 de diciembre de 1994.
- STS de 31 de enero de 1995.
- STS de 29 de febrero de 2000.
- STS de 26 de diciembre de 2005.
- STS de 20 de marzo de 2007.
- STS de 2 de octubre de 2008.
- STS de 29 de octubre de 2008.
- SSTS de 30 de octubre de 2008 (tres sentencias coincidentes).
- STS de 13 de noviembre de 2008.
- STS de 14 de noviembre de 2008.
- STS de 3 de abril de 2009.
- STS de 13 de abril de 2009.
- STS de 30 de junio de 2009.
- STS de 22 de octubre de 2009.
- STS de 14 de enero de 2010.
- STS de 18 de enero de 2010.
- STS de 14 de julio de 2010.
- STS de 11 de noviembre de 2010.
- STS de 18 de marzo de 2011.
- STS de 30 de abril de 2011.
- SAP de Barcelona de 23 febrero de 1991.
- SSAP de Navarra de 22 de enero de 1992 (dos sentencias coincidentes).
- SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992.
- SAP de Alicante de 26 de octubre de 1992.
- SAP de León de 15 de abril de 1993.

- SAP de Tenerife de 14 de octubre de 1993.
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993.
- SAP de Cantabria de 16 de diciembre de 1993.
- SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994.
- SAP de Tenerife de 6 de julio de 1994.
- SAP de Pontevedra de 26 de septiembre de 1994.
- SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994.
- SAP de Cádiz de 2 de febrero de 1995.
- SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995.
- SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995.
- SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996.
- SAP de Jaén de 25 de abril de 1996.
- SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996.
- SAP de Asturias de 11 de septiembre de 1996.
- SAP de Islas Baleares de 23 de septiembre de 1996.
- SAP de Gerona de 14 de octubre de 1996.
- SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996.
- SAP de Cádiz de 13 de enero de 1997.
- SAP de Pontevedra de 7 mayo de 1997.
- SAP de Jaén de 17 de junio de 1997.
- SAP de Islas Baleares de 31 de julio de 1997.
- SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1998.
- SAP de Navarra de 22 de diciembre de 1998.
- SAP de Albacete de 18 de enero de 1999.
- SAP de Asturias de 20 de enero de 1999.
- SAP de Tenerife de 23 de enero de 1999.
- SAP de Málaga de 4 de febrero de 1999.
- SAP de Tenerife de 6 de marzo de 1999.
- SAP de Asturias de 15 de abril de 1999.
- SAP de Tenerife de 5 de junio de 1999.
- SAP de Asturias de 2 de septiembre de 1999.
- SAP de Islas Baleares de 2 de noviembre de 1999.
- SAP de Tenerife de 13 de noviembre de 1999.
- SAP de Badajoz de 2 de febrero de 2000.
- SAP de Madrid de 14 de marzo de 2000.
- SAP de Asturias de 11 de abril de 2000.
- SAP de Cádiz de 13 de abril de 2000.
- SAP de Salamanca de 7 de septiembre de 2000.
- SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000.
- SAP de Gerona de 3 de octubre de 2000.
- SAP de Madrid de 28 de octubre de 2000.
- SAP de Córdoba de 19 de diciembre de 2000.

- SAP de Las Palmas de 2 de febrero de 2001.
- SAP de La Coruña de 13 de marzo de 2001.
- SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002.
- SAP de Murcia de 22 de octubre de 2002.
- SAP de Badajoz de 19 de febrero de 2003.
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2003.
- SAP de Málaga de 15 de junio de 2005.
- SAP de Málaga de 30 de septiembre de 2005.
- SAP de Murcia de 25 de noviembre de 2005.
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2005.
- SAP de Murcia de 23 de diciembre de 2005.
- SAP de Alicante de 28 de febrero de 2006.
- SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2006.
- SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006.
- SAP de Orense de 17 de marzo de 2006.
- SAP de Málaga de 23 de marzo de 2006.
- SAP de Granada de 7 de abril de 2006.
- SAP de Burgos de 3 de mayo de 2006.
- SAP de Asturias de 23 de mayo de 2006.
- SAP de Pontevedra de 28 de junio de 2006.
- SAP de Tenerife de 14 de julio de 2006.
- SAP de Málaga de 7 de septiembre de 2006.
- SAP de Islas Baleares de 8 de septiembre de 2006.
- SAP de Gerona de 21 de noviembre de 2006.
- SAP de Valladolid de 14 de febrero de 2007.
- SAP de Valencia de 21 de febrero de 2007.
- SAP de Pontevedra de 22 de febrero de 2007.
- SAP de Alicante de 29 de marzo de 2007.
- SAP de Las Palmas de 28 de junio de 2007.
- SAP de Sevilla de 3 de julio de 2007.
- SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007.
- SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2007.
- SAP de Tenerife de 13 de diciembre de 2007.
- SAP de Málaga de 16 de julio de 2008.
- SAP de Zamora de 16 de junio de 2009.
- SAP de Málaga de 7 de octubre de 2009.
- SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010.
- SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010.
- SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2011.

RESUMEN

PRECARIO
COMODATO
CESIÓN VIVIENDA

Tradicionalmente ha resultado muy habitual la cesión gratuita del uso de una vivienda a un descendiente, con el propósito de que este establezca en ella su hogar familiar junto con su cónyuge. La configuración jurídica que se otorgue por las partes a esta cesión es de capital relevancia, pues de ella se desprenden importantes efectos jurídicos, de tal forma que la posición de los propietarios del inmueble puede llegar a experimentar un inesperado debilitamiento. El problema emerge, principalmente, cuando las partes nada han manifestado expresamente sobre la naturaleza o consecuencias de tal cesión gratuita y sobreviene un procedimiento judicial de crisis matrimonial entre los cesionarios. En este estudio se aborda el análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia: desde las inquietantes decisiones que menoscababan la posición jurídica de los propietarios, hasta la actual tendencia en la que, de manera uniforme, se respetan definitivamente sus intereses.

ABSTRACT

PRECARIOUS
COMMODATUM
HOUSING UNIT ASSIGNMENT

Traditionally, people of mature age are quite given to allowing a child or grandchild and his or her partner to use some house or flat of theirs for free. This is their way of helping the young people set up a home of their own. How the parties set up the assignment arrangement legally is a point of capital importance. Vital legal effects depend on it. Circumstances may render the owners' position unexpectedly weak. When the parties have neglected to put anything into actual words concerning the nature or consequences of the gratuitous assignment, the main problem is likely to occur if the young couple breaks up and files for separation or divorce. This study looks at the evolution of case law on the subject, from disturbing rulings that play havoc with the owners' legal position to the current trend, where the owners' interests are uniformly and definitively respected.

(Trabajo recibido el 12-7-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

La confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges

por

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRECEDENTES.
- III. JUSTIFICACIÓN.
- IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- V. LA CONFESIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA.
- VI. REQUISITOS:
 - A) SUJETOS.
 - B) OBJETO.
 - C) CIRCUNSTANCIALES.
- VII. EFECTOS ENTRE LOS CÓNYUGES Y SUS HEREDEROS NO LEGITIMARIOS.
- VIII. EFECTOS RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS Y A LOS ACREEDORES:
 - A) PLANTEAMIENTO COMÚN. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN, «LA CONFESIÓN POR SÍ SOLA NO PERJUDICARÁ A LOS HEREDEROS FORZOSOS DEL CONFESANTE, NI A LOS ACREEDORES, SEAN DE LA COMUNIDAD O DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES».
 - B) EFICACIA RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS.
 - C) EFICACIA RESPECTO A LOS ACREEDORES.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, sus artículos 1315 a 1324, ambos inclusive, contienen una serie de normas de carácter general, referidas a la economía del matrimonio, que son aplicables a todos y cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación, a las que se les denomina *régimen matrimonial primario*, expresión procedente de la doctrina francesa e introducida en nuestro Derecho por LACRUZ (1).

Una de las reglas que integran el *régimen matrimonial primario* es la confesión sobre el carácter de los bienes realizada entre cónyuges, recogida en el artículo 1324 del Código Civil, y que va a ser el objeto de este trabajo. Este precepto dispone que *para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión, por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*.

II. PRECEDENTES

Los antecedentes del artículo 1324 del Código Civil se remontan a la antigua teoría sobre la *confesión de la dote* (2), propia del Derecho romano y desarrollada en el Derecho Común medieval, que implicaba que se dudase de la confesión efectuada por el marido de haber recibido ciertos bienes de su esposa en concepto de dote, si su entrega no estaba reflejada de modo fehaciente. Esta desconfianza, que se producía generalmente cuando la confesión de dote se realizaba después de la celebración del matrimonio, indujo a equipararla a una donación, o a un legado, si la confesión se hacía en testamento. Esta configuración supuso una garantía para los terceros acreedores y legitimarios que fuesen perjudicados por la confesión, ya que se les reconocía la posibilidad de impugnar la declaración realizada en fraude de sus derechos (3). Esta doctrina se ve todavía reflejada en el artículo 170 LH.

Dicho todo lo anterior, debemos advertir que con anterioridad a la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico-matrimonial, era un problema sumamente

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, IV-1.º (Barcelona, 1990), pág. 279.

(2) Así lo recoge la reciente STS de 18 de junio de 2012.

(3) Cfr. Ley 19, Título 9.º, Partida 6.ª; Ley 53 de Toro, núm. 52; y ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, II (Madrid, 1874), pág. 734.

discutido el de la validez y eficacia que debía darse a la manifestación que hacía un cónyuge sobre la pertenencia exclusiva al otro de un determinado bien, o sobre el carácter totalmente privativo de la prestación con la que el otro cónyuge realizaba la adquisición de un bien. El precepto del Código Civil que se refería a esta cuestión era el artículo 1407 que disponía: «*se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer*». Esta norma establecía una presunción legal en pro del carácter común de los bienes adquiridos durante el matrimonio (ganancialidad), aplicable en la relación de los cónyuges entre sí y en la relación de estos con sus sucesores y terceros, no bastando para destruir tal presunción ni el estado posesorio de los bienes por uno de los cónyuges, ni tampoco la confesión que uno de los cónyuges hiciese a favor del otro. Era necesario para destruir tal presunción, según la jurisprudencia (4), por lo general, la prueba documental y pública, sin que bastase la confesión de los cónyuges, ya que se trataba de contrarrestar una presunción legal, contra la cual son ineficaces las presunciones de signo contrario. La prueba en contrario estaba siempre a cargo de la persona beneficiada por la posible calificación de *privacidad*. Y la fuerza de la presunción establecida era tal que imponía, como digo, una fuerte carga probatoria a quien pretendiera ampararse en la excepcionalidad que el antiguo artículo 1407 recogía (5).

Durante la vigencia del artículo 1407, su aplicación se producía sobre todo en las adquisiciones de bienes inmuebles que durante el matrimonio se hacían con dinero de la mujer, con la correspondiente aseveración por parte del marido. En estos casos, aunque la regla de este precepto contenía una presunción *iuris tantum*, no bastaba la confesión que el marido hiciera en la escritura de compra de haberse realizado la adquisición con dinero de la mujer, pues tenía que constar su procedencia (6) para que perjudicase a tercero. Por esto, si la adquisición se quería inscribir en el Registro de la Propiedad, el registrador practicaba la inscripción a nombre del favorecido por la confesión y hacía constar tal circunstancia, sin que el asiento prejuzgase la naturaleza privativa o ganancial del bien, ya que no dirimía si el bien adquirido era privativo o ganancial (de acuerdo con el art. 95, regla 2.^a RH en su redacción anterior), por lo que se presumía ganancial al amparo del citado artículo 1407.

De otro lado, el anterior artículo 1407 del Código Civil trataba también de impedir el encubrimiento de donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, prohibidas por el antiguo artículo 1334 del Código Civil. Hoy, con la reforma del

(4) SSTS de 24 de noviembre de 1960, 28 de octubre de 1965 y 27 de mayo de 2005, entre otras muchas.

(5) Vid. SSTS de 13 de noviembre de 1917, 2 de febrero de 1925, 31 de marzo de 1930 y 21 de noviembre de 1950.

(6) Tenía que hacer constar en la escritura, la procedencia del dinero o de los bienes objeto de la subrogación o sustitución, citando los mismos.

Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, estas donaciones entre cónyuges están admitidas en nuestro Derecho (art. 1323 CC).

III. JUSTIFICACIÓN

La posibilidad de que los cónyuges puedan confesar el carácter de los bienes de su matrimonio y que tal confesión produzca plenos efectos entre ambos (7), obedece a que la regulación que del régimen económico-matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad (8) que se manifiesta también, entre otros, en el artículo 1315, que permite la libertad en la determinación del régimen económico; en el artículo 1325, que da libertad en cuanto a su estipulación, modificación o sustitución; y en el artículo 1355, al permitir que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, con independencia de cuál sea la procedencia y la forma y plazos de satisfacción del precio o contraprestación, y que los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

No ha sido pacífica la determinación de a qué régimen económico del matrimonio se aplica el artículo 1324 del Código Civil.

Algún autor (9) entiende que este artículo dispone la vinculatoriedad de la declaración de uno de los cónyuges de que un determinado bien o unos determinados bienes no pertenecen a la comunidad, sino que son privativos del otro cónyuge, lo que implica que hay un régimen con una comunidad por un lado y bienes privativos por otro: esto se da precisamente en el régimen de gananciales, pero no en otros; la mención de bienes comunes del artículo 1441

(7) La STS de 25 de septiembre de 2001, así lo considera al afirmar que el artículo 1324 del Código Civil atribuye eficacia probatoria, *inter partes*, es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente de uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes. En iguales términos se pronunciaron las SSTS de 8 de octubre de 2004 y 29 de noviembre de 2006. Véase este criterio en LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, VI (Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008), pág. 180, y SÁNCHEZ-CALERO, F. J., *Curso de Derecho Civil*, IV (Derecho de Familia y Sucesiones), coordinado por el mismo autor (Valencia, 2004), pág. 164.

(8) La STS de 18 de junio de 2012 establece que el artículo 1324 del Código Civil facilita, mediante la confesión por parte de un cónyuge, que los bienes son propiedad del otro, una prueba de autonomía de las titularidades. En parecidos términos se pronuncia la STS de 8 de octubre de 2004.

(9) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia* (Madrid, 2006), pág. 1339.

del Código Civil, aplicable al régimen de separación de bienes y al régimen de participación, no tiene nada que ver con este precepto, pues no hay comunidad sino solo bienes privativos que, en muchos casos, pertenecerán a los cónyuges en pro indiviso y por mitad.

De otro lado, se ha considerado que el artículo 1324 del Código Civil es aplicable con independencia del régimen económico-matrimonial que rijan entre los cónyuges (10), afirmación esta que ha sido precisada en el sentido siguiente: este artículo se puede aplicar cualquiera que sea el régimen del matrimonio, con tal de que sea posible la existencia de bienes privativos de los cónyuges (11). En realidad creo que es mejor hablar de bienes propios de los cónyuges que de bienes privativos, ya que la redacción del artículo 1324 no habla de bienes privativos, sino de bienes propios, y estos existen, además de en la sociedad de gananciales, en los regímenes de separación y de participación en las ganancias, por lo que cabe que en estos dos últimos regímenes matrimoniales existan bienes cuya propiedad no pueda determinarse y para los que la confesión prevista en el artículo 1324 del Código Civil pueda resultar de gran utilidad.

Debe destacarse, además, la propia ubicación del artículo 1324 entre las disposiciones generales del régimen económico-matrimonial (el denominado *régimen matrimonial primario*), que permite su aplicación más allá de los regímenes de comunidad.

Aclara lo tratado hasta aquí la STS de 8 de octubre de 2004 (12) al decir que el artículo 1324 del Código Civil es aplicable, no solo a los casos de obtención de la privatividad de bienes que en relación con su adquisición serían gananciales, sino también a los supuestos contrarios, como regla de justa correspondencia, en cuanto un bien privativo pueda pasar a ganancial, por la declaración del que por ello resulte perjudicado. Asimismo este artículo resultará aplicable, por igual razón, a situaciones similares, como la del pleito que dio lugar a esta sentencia, donde el marido, dueño privativo de toda la finca, concede en escritura pública la mitad indivisa a su mujer, dando origen a una situación privativa compartida; o cuando el marido concurre a una adquisición realizada por la mujer confesando que el dinero objeto del pago es privativo de ella.

Los hechos que dieron lugar al pleito no contemplan un régimen de participación ni de separación de bienes. El régimen existente entre los cónyuges era el ganancial, pero la flexibilidad con que el TS aplica esta norma es significativa.

(10) GAVIDIA, J. V., *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal* (Madrid, 1987), pág. 69, y ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, IV (*Derecho de Familia*) (Madrid, 2008), pág. 153.

(11) HERRERO, M. J., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II (Madrid, 1993), pág. 599, y CLEMENTE MEORO, M., en *Derecho de Familia*, coordinado por Gema Díez-Picazo Giménez (Cizur Menor - Navarra, 2012), pág. 573.

(12) Vid. el extracto y la anotación que de esta sentencia hace GARCÍA CANTERO, G., en *ADC*, 1 (2006), págs. 473-475.

Esta sentencia se origina cuando la mujer demanda a su marido al ejercitar la acción de división de la cosa común en relación a una finca que inicialmente era privativa de este y de la que en 1990, ya casados, la demandante adquirió del demandado una mitad indivisa, se hizo constar en la escritura expresamente que el dinero invertido en la compraventa era de exclusiva propiedad de la esposa. El marido niega este extremo y reconviene al solicitar que se declare ganancial la mitad de otro piso que su mujer adquirió de él por el mismo sistema, también en 1990. El juzgado da plenamente la razón al marido. La audiencia estima la apelación al acoger íntegramente la pretensión de la actora. El TS no da lugar al recurso de casación.

V. LA CONFESIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA

La expresión *confesión* contenida en el artículo 1324 del Código Civil no puede tomarse en el sentido que tenía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ni en los ahora derogados artículos 1231 a 1239 del Código Civil, donde se regulaba la confesión como prueba de las obligaciones. Ciertamente, *la confesión* del artículo 1324 del Código Civil recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas (esto es, las que declaren sobre la titularidad de los bienes), y también puede destruirse por prueba en contrario. Ahora bien, confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no solo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y los legitimarios (13). Esta eficacia probatoria preserva los intereses de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes (14), pero permite que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propio del otro (15). En efecto, la fuerza que otorga el artículo 1324 del Código Civil, hace que pueda eludirse, mediante tal declaración de voluntad, el valor o la regla de presunción de ganancialidad de bienes del artículo 1361 del Código Civil (16), y que situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio (se permite que sin él la causa de tal traspaso de propiedad sea la mera declaración de voluntad del perjudicado), o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario, o que

(13) Vid. STS de 29 de noviembre de 2006.

(14) SSTS de 25 de septiembre de 2001, 8 de octubre de 2004 y 29 de noviembre de 2006.

(15) SSTS de 8 de octubre de 2004 y 30 de junio de 2009.

(16) Y, también, la presunción de que los bienes pertenecen a ambos cónyuges por mitad o en proindiviso de los regímenes de separación (art. 1441 CC) y de participación en las ganancias (arts. 1413 y 1414 CC).

se dé la existencia de situaciones enervantes, como serían las del error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace, en cuyos casos sí faltaría propiamente el consentimiento (17).

Conviene precisar que *la confesión* del artículo 1324 del Código Civil, como prueba de que un determinado bien, es propiedad del otro cónyuge, es un medio probatorio más que carece de carácter absoluto, pues cabe prueba eficaz y concluyente en contrario (18). Esta declaración no es un negocio jurídico traslativo del dominio, ni atribuye un título, por lo que no opera si existe certidumbre sobre la pertenencia de los bienes, al limitarse a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo uno de los cónyuges (19). Como tiene declarado la jurisprudencia, *las cosas son lo que son y no lo que las partes quieren que sean* (20). De este modo, hecha la confesión por uno de los cónyuges sobre el carácter propio o ganancial de un determinado bien o bienes del matrimonio, habrá que pasar por ella mientras no quede desvirtuada la aseveración.

VI. REQUISITOS

En este epígrafe trataré los requisitos que ha de reunir el autor o autores de la confesión, luego me referiré al objeto sobre el que habrá de recaer esta, para terminar con la forma que ha de tener la confesión según el modo en que se haga.

A) SUJETOS

El confesante deberá ser uno de los cónyuges y dentro de ellos aquel a quien deba perjudicar la confesión (21). La confesión del artículo 1324 del Código Civil no tiene carácter personalísimo, por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, como lo han reconocido las Resoluciones de la DGRN de 27 de junio y 16 de octubre de 2003 (22). A mi juicio, no debería plantear ningún problema la confesión por representante con poder especial.

(17) Cfr. STS de 8 de octubre de 2004.

(18) SSTS de 18 de julio de 1994, 25 de septiembre de 2001 y de 8 de octubre de 2004.

(19) SSTS de 8 de octubre de 2004 y 29 de noviembre de 2006.

(20) SSTS de 30 de octubre de 1999 y 30 de noviembre de 2010, entre otras muchas.

(21) SSTS de 25 de septiembre de 2001 y 29 de noviembre de 2006.

(22) En contra, CUADRADO PÉREZ, C., en *Tratado de Derecho de la Familia*, III (Cizur Menor - Navarra, 2011), pág. 250, entiende la confesión como un acto personalísimo, de tal manera que no debería admitirse su realización por medio de apoderado; pero, si uno de los cónyuges diera un poder especial a otro sujeto para efectuar la confesión, el otorgamiento de dicho poder representaría, en sí mismo, la declaración del carácter privativo del bien afectado.

Dicho lo anterior, debemos advertir: *a*) que como la confesión del artículo 1324 del Código Civil es una declaración de verdad, dirigida a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo uno de los cónyuges, y no un negocio jurídico traslativo del dominio (23); *b*) que como el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 CC); y *c*) que como la confesión del artículo 1324 por sí sola no perjudica ni a los legitimarios ni a los acreedores del confesante, sería suficiente con la emancipación para poder realizar esta confesión.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de noviembre de 2006 afirma que el confesante, a los efectos del artículo 1324 del Código Civil, ha de tener capacidad de obrar y poder de disposición. Este criterio lo había defendido con anterioridad un sector de la doctrina, cuando consideraba que el confesante debía tener capacidad para disponer del bien objeto de la confesión (24).

B) OBJETO

La confesión del artículo 1324 del Código Civil ha de recaer sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas (esto es, las que declaren sobre la titularidad de los bienes) (25). Lo que habitualmente se confiesa es la titularidad de los bienes, pero no cabe que se produzca sobre datos de derecho. Si a pesar de todo tuviese por objeto la producción de una transmisión patrimonial, estaríamos ante un negocio jurídico simulado, tras el que se ocultaría una donación (26).

Esta confesión o manifestación podrá ser impugnada por los herederos legitimarios del confesante e incluso por él mismo, cuando se dé la existencia de situaciones enervantes, como serían las del error, el dolo o el engaño o la falta de capacidad del que la hace, en cuyos casos sí faltaría propiamente el consentimiento (27). Lo que se impugna es solo la valoración de la confesión, y no el negocio jurídico que asevera.

C) CIRCUNSTANCIALES

Los requisitos circunstanciales se concretan en el tiempo y la forma: *a*) en cuanto al tiempo, la confesión deberá hacerse durante el matrimonio, compren-

(23) SSTs de 8 de octubre de 2004 y 29 de noviembre de 2006. Este criterio fue recogido con anterioridad en la resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1999.

(24) HERRERO, M. J., *o. c.*, nota 11, pág. 599, y MARTÍNEZ CALCERRADA, L., en *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, VII (Barcelona, 2006), págs. 73 y 74.

(25) Vid. STS de 29 de noviembre de 2006.

(26) LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *o. c.*, nota 1, págs. 374 y 375.

(27) Cfr. STS de 8 de octubre de 2004.

diendo los supuestos de separación, tal y como se desprende del propio artículo 1324 del Código Civil cuando dice *para probar entre cónyuges...* (28). Según la Resolución de la DGRN, de 27 de junio de 2003, cabe la confesión con posterioridad incluso al fallecimiento de uno de los cónyuges, al transmitirse la posibilidad de confesar a sus herederos, sin que exista precepto legal alguno que imponga que se deba hacer dentro de una partición hereditaria (29); y *b*) sobre la forma, podrá ser judicial o extrajudicial, esta última, a su vez, cabe que sea *inter vivos* o *mortis causa*, no requiere la *inter vivos* forma alguna específica, si bien ha de señalarse la conveniencia, a efectos probatorios, de que conste en documento. La forma más adecuada de hacerla, cuando afecta a inmuebles, es mediante un acta de confesión (acta de manifestación notarial), para que el notario consigne la manifestación del cónyuge sobre la naturaleza propia o ganancial de un determinado bien o bienes, y posibilitar su inscripción en el Registro de la Propiedad. La *mortis causa* tendrá que someterse a las formalidades propias del testamento por tener que estar dentro de este (30).

VII. EFECTOS ENTRE LOS CÓNYUGES Y SUS HEREDEROS NO LEGITIMARIOS

La confesión tiene el valor de prueba bastante cuando el problema de la calificación del bien se origina entre los cónyuges o entre ellos y sus herederos voluntarios, atribuyéndole plenos efectos en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, y más concretamente de uno frente al otro. Así lo reconoció la

(28) Vid. STS de 29 de noviembre de 2006.

(29) Los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: una finca se encuentra inscrita en el Registro a favor de uno de los cónyuges para su sociedad de gananciales, por haberla adquirido el esposo sin haber hecho ninguna afirmación sobre el carácter del dinero pagado. Fallecida la esposa, el marido, actuando en su propio nombre y en el de los hijos comunes, que son los únicos legitimarios de ambos, en virtud de poder, en el que se le autoriza aunque exista autocontratación o contraposición de intereses, hace constar que el dinero que se invirtió en la compra era privativo del marido. Presentada en el Registro la escritura, la registradora suspende la constancia registral de la misma, dado que la confesión de privatividad solo puede ser realizada por el consorte (fallecido) o resultar de la partición hereditaria. El notario recurre. Es preciso aclarar que la finca la adquirió el marido exclusivamente, y que la misma se inscribió a nombre de él y de su esposa, pero no se hizo constar en la inscripción el carácter del bien ni tampoco si en la adquisición hizo aquel alguna aseveración sobre el carácter del precio, ni tampoco si adquiriría para la sociedad de gananciales. El recurso fue admitido, pues la confesión puede hacerse en cualquier momento, y no es un acto personalísimo, por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos, sin que exista precepto legal alguno que imponga que se haga dentro de una partición hereditaria.

(30) Para CUADRADO PÉREZ, C., *o. c.*, nota 22, pág. 251, la confesión realizada en testamento tiene carácter irrevocable, al considerar que ha de aplicársele analógicamente lo dispuesto en el artículo 741 del Código Civil sobre el reconocimiento de un hijo hecho en testamento.

jurisprudencia, como ya vimos (31), en sentencias de 25 de septiembre de 2001 y 8 de octubre de 2004 (32). Posteriormente, la STS de 29 de noviembre de 2006 matiza la afirmación anterior al considerar que cuando uno de los cónyuges declara los bienes objeto de la confesión, privativos (propios) del otro, confiere una titularidad, no solo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y los legitimarios del confesante, y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil (33).

De este modo, el beneficiado por la confesión está plenamente legitimado para el ejercicio de todas las facultades correspondientes al propietario, sin que pueda el confesante, como se desprende de las SSTs de 30 de octubre de 1996 y 8 de octubre de 2004, desdecirse de su declaración, ya que tal pretensión sería contraria a la buena fe e iría contra la doctrina de los propios actos.

De ahí que el artículo 95.4 RH permita la inscripción del bien inmueble a nombre del cónyuge favorecido. Y que el artículo 95.6 RH sea terminante al establecer que no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona (34).

Pero también es cierto que esta confesión no aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como una declaración de voluntad, que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino que se manifiesta como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar, por sí sola, en perjuicio de los herederos forzosos del confesante y de los acreedores comunes o de uno de los cónyuges, la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (35); aunque

(31) Véase epígrafe V de este trabajo sobre *la confesión como medio de prueba*.

(32) En el mismo sentido se pronunció la resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1999.

(33) Esta doctrina, aunque la STS no lo reconozca expresamente, es perfectamente aplicable a la presunción de que los bienes pertenecen a ambos cónyuges por mitad, de los regímenes de separación (art. 1441 CC) y de participación en las ganancias (arts. 1413 y 1414 CC).

(34) El artículo 95.6 RH alude precisamente a la confesión contraria de la misma persona, lo que implica que se basa en el siguiente principio general: quienes declararon expresa y reiteradamente que un bien inscrito es ganancial no pueden, a través de una simple confesión, cambiar su carácter y pasarlo a privativo de uno de ellos, al no poderse hacer constar en el Registro de la Propiedad una aseveración contraria a otra anterior ya registrada. Véanse las Resoluciones de la DGRN de 9 de enero de 2001, 27 de junio de 2003 y 4 de junio de 2012.

(35) Cfr. Resoluciones de la DGRN de 5 de marzo de 1999 y 13 de junio de 2003. El artículo 95.2 RH exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública; la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir registralmente la presunción de ganancialidad. Véase la Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1999, pues la manifestación hecha ante notario de tal circunstancia es prueba documental y pública de que tal manifestación se ha realizado, pero, como señalan las Resoluciones de la DGRN de 7 de diciembre de 2000 y 10 de octubre de 2005, no es prueba de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere.

no lo es menos que la presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge (o a ambos pro indiviso), sino uno más de los medios de prueba, en este caso, una presunción legal *iuris tantum*, que no actúa en defecto de prueba sino precisamente para facilitar la prueba de un hecho determinado imposible de probar de otra forma.

Ante este panorama se plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales, de manera que realizado un acto dispositivo sobre ellos con sujeción al régimen de tales bienes este sea definitivamente inatacable (36).

De este modo, el artículo 95.4 RH a la hora de fijar los términos de la inscripción de estos bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos (arts. 93.1 y 95.1 RH), se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia, lo que produce una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese o esos bienes, por cuanto de la inscripción no puede deducirse un pronunciamiento registral favorable al carácter privativo del bien o bienes, de alcance *erga omnes* y que quede bajo la salvaguarda de los tribunales, a tenor del artículo 1 LH, ni tampoco un pronunciamiento del mismo alcance pero favorable a su ganancialidad (37). Es por ello que el artículo 95.4 RH, en su inciso final, determina que todos los actos inscribibles relativos a estos bienes *confesados* se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de este, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultase de la partición de la herencia.

En congruencia con lo anterior, disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del confesante, los actos encaminados a su liquidación también necesitarán la ratificación del carácter privativo por los herederos forzosos del cónyuge confesante, a los efectos de quedar salvaguardada la cuantía de su legítima (38).

Esta limitación de disposición que impone el artículo 95.4 RH al favorecido por la confesión, durará, como hemos visto, hasta que el carácter privativo del

(36) Es evidente la posibilidad de impugnar esos actos si posteriormente se demuestra que los bienes eran realmente privativos del cónyuge del confesante y este no prestó su consentimiento a la enajenación.

(37) Vid. Resoluciones de la DGRN de 13 de febrero de 1999, 4 de octubre de 2010 y 29 de febrero de 2012.

(38) Vid. Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2003.

bien resulte de la partición de la herencia (39) (del confesante), algo difícil de entender, porque en la partición del confesante no debe aparecer el bien cuya titularidad se confesó que no era del causante, ni de la sociedad de gananciales, sino propio del otro cónyuge (40). La razón de esta limitación, como se desprende de la resolución de la DGRN de 13 de junio de 2003, se encuentra en la necesidad de proteger la legítima de los herederos forzosos del confesante fallecido, para ello si no se acredita la inexistencia de legitimarios, estos deberán intervenir y ratificar el carácter privativo o propio del bien confesado por su causante.

VIII. EFECTOS RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS Y A LOS ACREEDORES

Para analizar estos efectos de la confesión me referiré, en primer lugar, a los que son comunes a los legitimarios del confesante y a los acreedores sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges, para luego tratar las consecuencias específicas que esta produce sobre cada uno de ellos.

A) PLANTEAMIENTO COMÚN. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «LA CONFESIÓN POR SÍ SOLA NO PERJUDICARÁ A LOS HEREDEROS FORZOSOS DEL CONFESANTE, NI A LOS ACREEDORES, SEAN DE LA COMUNIDAD O DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES»

El legislador en estos casos (a diferencia de lo que sucedía entre cónyuges y *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y los legitimarios del confesante), no da a la mera confesión valor suficiente para variar la naturaleza del bien. Este precepto, claramente imperativo, establece que la confesión nunca podrá valer por sí sola, sino que tendrá que conjugarse con otros medios probatorios para poder perjudicar a los herederos forzosos del confesante o a los acreedores, lo que supone que el bien o bienes afectados por ella, tendrá la naturaleza que le corresponda según el régimen económico del matrimonio, y no la que la confesión le confiere. Ello supone aplicar a los bienes confesados las presunciones legales de ganancialidad (art. 1361 CC), si nos encontramos ante un régimen de gananciales; de pertenencia a ambos por mitad (art. 1441 CC), si el régimen

(39) Incluso de la hecha por el propio cónyuge confesante, puesto que el causante puede realizar por sí la partición de su herencia, a salvo siempre la acción de los legitimarios en defensa de su legítima, como considera PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Derecho de Familia» (Madrid, 1989), pág. 189, y «La naturaleza de la legítima», en *ADC* (1985), págs. 893 y sigs.

(40) Así lo señalan Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *Sistema de Derecho Civil*, IV-1 (*Derecho de Familia*) (Madrid, 2012), pág. 145.

económico-matrimonial es el de separación de bienes; y de pro indiviso ordinario a favor de los cónyuges, si los bienes fueron adquiridos conjuntamente por ambos (art. 1414 CC), caso de encontrarnos dentro del régimen de participación en las ganancias (41).

El *no perjudicará*, del artículo 1324 del Código Civil, no equivale a la ineficacia absoluta de la confesión frente a los acreedores o herederos forzosos del confesante. Estos han de impugnar la confesión, aunque la carga de la prueba de su veracidad recaerá sobre el cónyuge del confesante, al establecer la ley que la confesión no perjudicará a los legitimarios ni a los acreedores. Si no existe tal perjuicio y no se impugna la confesión, esta será eficaz frente a ellos (42). Este criterio parece seguirlo la STS de 15 de enero de 2001, al considerar que solo los bienes presuntamente gananciales pueden ser objeto de confesión de lo que ya era, según establece el artículo 1324 del Código Civil, ya que si esta se realiza en forma indubitada, surte toda su eficacia entre cónyuges y también respecto a terceros, aunque los herederos forzosos del cónyuge confesante pueden impugnar la trascendencia de lo confesado cuando, por su falsedad o por su exceso en el contenido económico, perjudique sus derechos hereditarios, y pueden impugnarla, además, los acreedores en razón de una propiedad que no ha dejado de ser lo que por confesión se dice que ha cambiado.

Dicho lo anterior, debemos advertir que la inscripción de un bien en el Registro de la Propiedad por mera confesión, no hace irreivindicable su adquisición por un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH, en perjuicio de acreedores y legitimarios del confesante: 1.º porque la confesión opera entre cónyuges, pero no ante terceros que se pudieran ver afectados, como son los posibles acreedores o legitimarios del confesante (43), y 2.º porque el propio RH, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos (como el de los arts. 93.1 y 95.1 del RH), se

(41) Esta doctrina puede extraerse de las Resoluciones de la DGRN de 5 de marzo de 1999, 13 de junio de 2003, 4 de octubre de 2010 y 29 de febrero de 2012, aunque en ninguna se aluda a las presunciones legales de los artículos 1441 y 1414 del Código Civil. En todas las Resoluciones citadas se establece el limitado efecto de esta manifestación, al no aparecer configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad, que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere, sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil.

(42) Véase GAVIDIA J. V., *o. c.*, nota 10, págs. 175 y 176, y HERRERO, M. J., *o. c.*, nota 11, págs. 600 y 601. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, a pesar del contenido de la STS citada, lo que dicen PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia* (Madrid, 1989), pág. 187, y Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *o. c.*, nota 40, pág. 144, para estos autores, los acreedores y legitimarios del confesante no necesitarán impugnar la mera confesión, ya que les basta invocar la situación que tendría el bien o los bienes si esta no se hubiese producido, dado que si se les exigiese accionar para destruir la eficacia de la simple confesión, esta les perjudicaría.

(43) Cfr. las Resoluciones de la DGRN de 5 de marzo de 1999, 13 de junio de 2003, 4 de octubre de 2010 y 29 de febrero de 2012.

abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (art. 95.4), lo que produce una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien (44), por cuanto de dicha inscripción ni puede deducirse un pronunciamiento registral favorable a la privatividad del bien, de alcance *erga omnes* y que quede bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1 LH), ni tampoco un pronunciamiento favorable a la ganancialidad del bien (45).

B) EFICACIA RESPECTO A LOS LEGITIMARIOS

La confesión no ha de perjudicar la legítima de los herederos forzosos del confesante. Para determinar su legítima se ha de computar en el haber del confesante la mitad del valor de los bienes sobre los que recayó la confesión si eran gananciales, o su valor total si se demuestra que eran propios del confesante, de acuerdo con el artículo 818 del Código Civil, precepto clave, referido a la base de cálculo de la legítima, que permite averiguar si esta ha quedado o no respetada por los actos dispositivos del testador o causante (46).

Si en el caudal hereditario hay bienes suficientes para pagar la legítima, no se plantea problema alguno al no haber perjuicio para los legitimarios, debiendo ser satisfecha con bienes distintos de los confesados al no poder exigir estos herederos que se les pague la legítima con los bienes confesados. Si, por el contrario, no hubiese bienes bastante, los legitimarios deberán proceder por este orden: 1.º se reducirán los legados de acuerdo con los artículos 817 y 820 del Código Civil; 2.º luego se procederá a reducir donaciones, según los artículos 654 y 656 del Código Civil; y 3.º si después de lo anterior, no se ha podido satisfacer la legítima, podrán impugnar la confesión, sin tener que demostrar su falsedad, acogiéndose solamente al sistema de las presunciones legales de los artículos 1361, 1441 y 1414 del Código Civil, vistas en el apartado anterior (47).

En el caso de que el bien o bienes confesados se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad a favor del cónyuge favorecido por la confesión o a favor de la sociedad de gananciales de ser esta la beneficiada por la declaración (de acuerdo con el art. 95.4 RH), y si con posterioridad al fallecimiento

(44) Resoluciones de la DGRN de 13 de marzo de 1999, 4 de octubre de 2010 y 29 de febrero de 2012.

(45) Resoluciones de la DGRN de 13 de marzo de 1999.

(46) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por el mismo autor (Valladolid, 2010), pág. 936.

(47) La STS de 15 de enero de 2001 dice que los herederos forzosos del cónyuge confesante pueden impugnar la trascendencia de lo confesado cuando por su falsedad o por su exceso en el contenido económico perjudique sus derechos hereditarios.

del cónyuge confesante (48) falleciese alguno o todos sus herederos forzosos sin cuestionar o sin oponerse a la confesión, en tal caso, el derecho que les otorga el artículo 1324 del Código Civil no pasará a sus herederos (49). Como el sentido de la confesión consta en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la muerte de todos o alguno de los herederos forzosos del confesante y, obviamente, antes de fallecimiento del propio confesante, tal declaración se entiende, desde la inscripción en el Registro, cabalmente conocida por ellos; lo que les permitió ejercer su derecho, si les perjudicaba, desde la muerte del cónyuge confesante.

C) EFICACIA RESPECTO A LOS ACREEDORES

La confesión, por sí sola, no les perjudicará, al igual que en el apartado anterior, ya sean acreedores de la comunidad, ya de cada uno de los cónyuges. El artículo 1324 del Código Civil indica cómo los acreedores pueden serlo bien de la comunidad o bien de cada uno de los cónyuges. En este último caso, si los acreedores son del cónyuge no confesante, la confesión, en principio, les beneficia al incrementar el patrimonio de su deudor.

Eso sí, sus créditos han de ser anteriores a la confesión; si son posteriores, tendrán que soportar la eficacia de la confesión, a no ser que prueben que es falsa (50), o ha sido realizada en fraude de sus derechos (51).

Los acreedores del confesante o de la sociedad de gananciales, únicamente si no tienen otro modo de satisfacer su derecho de crédito, como vimos al tratar la eficacia de la confesión respecto a los legitimarios, podrán dirigirse contra los bienes objeto de la confesión, pero habrán de estar al régimen económico

(48) Con anterioridad a la muerte del confesante no sería posible el consentimiento de los herederos forzosos, al carecer de cualquier derecho sobre los bienes afectados por la confesión, pues la existencia actual de los posibles herederos forzosos no implica necesariamente que definitivamente lleguen a serlo. El momento de la apertura de la sucesión, por muerte del testador o causante, es el que resulta relevante para la determinación de los sujetos que resulten llamados a la herencia (art. 657 CC), para la exigencia en ellos de los requisitos de capacidad (art. 758 CC) y para la determinación de la composición del caudal hereditario. En este sentido, la Resolución de la DGRN, de 29 de febrero de 2012, dice que la confesión solo vincula a los cónyuges en vida pero no a los legitimarios, una vez fallecido quien la hizo.

(49) Hay que tener en cuenta, como señala la Resolución de la DGRN de 29 de febrero de 2012, que las declaraciones presuntas o tácitas se avienen mal con el carácter formal y los rigurosos efectos derivados del procedimiento registral.

(50) La STS de 15 de enero de 2001 nos dice que pueden impugnar la confesión los acreedores en razón de una propiedad que no ha dejado de ser lo que, por confesión, se dice que ha cambiado, y sobre la que, por lo mismo, pueden pretender realizar sus créditos siquiera para ello han de probar la falsedad de aquella confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes.

(51) Cfr. artículos 643, 1291.3.º y 1297 del Código Civil.

matrimonial de los cónyuges y tener en cuenta que la mera confesión, en contra de las presunciones legales de los artículos 1361, 1441 y 1414 del Código Civil, no puede afectarles.

De otro lado, no es posible extender anotación preventiva de embargo acordado en procedimiento seguido contra un cónyuge sobre bienes inscritos a favor de su consorte con carácter privativo por confesión del embargado. Para poder trabar estos bienes debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º LEC, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 RH, según el cual, «cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 RH, el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». A este precepto deberá atenerse el registrador, que ha de observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contrarias a la norma legal que trata de desarrollar (cfr. art. 1 CC), pues ante la indeterminación que se produce en la titularidad del bien confesadamente privativo, lo más respetuoso con el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses, con los principios registrales de tracto y salvaguarda judicial de los asientos del Registro de la Propiedad, y con las exigencias de seguridad del tráfico, es adoptar una solución como esta que garantiza suficientemente los derechos de todos los interesados, tanto si el bien es efectivamente privativo como ganancial, y asegura una posición inatacable de la ejecución (52).

No sería anormal que el cónyuge no deudor, titular por confesión del bien o bienes que se pretenden embargar, interponga una tercería de dominio alegando la condición privativa de los bienes, que deberá demostrar al margen de la mera confesión, o probando la existencia de otros bienes del cónyuge deudor o de la sociedad de gananciales con los que pagar la deuda. Así demostraría que la confesión no perjudica a los acreedores del confesante.

RESUMEN

*CONFESIÓN
BIENES
CÓNYUGES*

Una de las reglas que integran el régimen matrimonial primario es la confesión sobre el carácter de los bienes rea-

ABSTRACT

*ADMISSION
ASSETS
SPOUSES*

One of the rules in the primary system of matrimonial rules is the inter-spouse admission of the nature of assets, under

(52) Vid. la Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 2010. En sentido análogo se había pronunciado con anterioridad la Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1999.

lizada entre cónyuges, recogida en el artículo 1324 del Código Civil. La posibilidad de que los cónyuges puedan confesar el carácter de los bienes obedece a que la regulación que del régimen económico-matrimonial contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad. El artículo 1324 del Código Civil es aplicable con independencia del régimen económico-matrimonial que rija entre los cónyuges, siempre que existan bienes propios. La confesión confiere una titularidad, no solo inter partes, sino erga omnes, con la excepción de los acreedores y los legitimarios; además, no tiene carácter personalísimo, por lo que, fallecido un cónyuge, la posibilidad de confesar se transmite a sus herederos. Esta confesión es una declaración de verdad, dirigida a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo uno de los cónyuges, y no un negocio jurídico traslativo del dominio. El beneficiado por la confesión está plenamente legitimado para el ejercicio de todas las facultades correspondientes al propietario con las limitaciones del artículo 95 del RH.

article 1324 of the Civil Code. Spouses are given the possibility of admitting to the nature of assets, because the way the Civil Code regulates the economic rules applicable in marriage is strongly characterized by the principle of freedom. Article 1324 of the Civil Code is applicable regardless of the asset ownership system the spouses are under, provided that the spouses have assets of their own. Admission confers title, not only inter partes, but erga omnes, with the exception of creditors and heirs entitled to legitimes. Admission is not personal, so, when a spouse dies, the possibility of admission is transferred to his or her heirs. This admission is a declaration of truth made to record that certain assets belong exclusively to one of the spouses. It is not a legal act conveying ownership. The beneficiary of the admission holds full legal standing to exercise all faculties belonging to the owner, with the restrictions in article 95 of the Mortgage Regulation.

(Trabajo recibido el 18-9-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus* (1)

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. EL ACOGIMIENTO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE MENORES.
 2. PROYECCIÓN DEL ACOGIMIENTO MÁS ALLÁ DE LOS MENORES:
 - 2.1. INCAPACITADOS.
 - 2.2. TERCERA EDAD.
 - 2.3. *NASCITURUS*.
 3. CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.

1. EL ACOGIMIENTO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE MENORES

El acogimiento tiene su origen en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. El propio Preámbulo de la ley destacó: «es una novedad importante que tiene su parangón en diversos Dere-

(1) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación del MICINN, «La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario» (DER 2010-17383 JURI).

chos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas. Se ha estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil...» (2). Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), amplió su regulación modificando el artículo 173 —al que dio su actual redacción— e incluyendo un nuevo precepto, el artículo 173 bis.

Los citados preceptos se ubican tras un artículo, el 172, en el que se regula la situación de desamparo del menor —introducida en 1987—: el menor es declarado en desamparo por la Administración cuando, aún estando sometido a instituciones de guarda (patria potestad o tutela), carezca de hecho de la necesaria asistencia material o moral (3). En torno al desamparo se configuran dos mecanismos: la guarda administrativa, que podrá constituirse cuando se prevea un desamparo futuro, precisamente, para evitarlo —art. 172.2—; y la tutela administrativa, que será asumida por ministerio de la ley cuando el desamparo haya sido ya declarado —art. 172.1—. En ambos casos, la Administración asume la guarda del menor. En el primer caso: solo la guarda; y en el segundo caso: la guarda entre otras cosas, como contenido de la tutela. El acogimiento se presenta como el modo de ejercer esa guarda (4). Y ese acogimiento puede ser, según el artículo 172.3, familiar o residencial. El Código centra su atención, en los artículos 173 y 173 bis, en el acogimiento familiar. En el artículo 173 regula su contenido, constitución y cese. En el artículo 173 bis establece las tres modalidades de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo. Si bien se ha señalado que el acogimiento se presenta como el modo de ejercer la guarda asumida por la Administración, hay que advertir que también es posible un acogimiento sin previa tutela o guarda administrativas, el llamado acogimiento convencional, constituido entre los acogedores y quienes tienen la potestad sobre el menor, aunque siempre con el consentimiento de la Administración.

Los artículos 173 y 173 bis citados, que regulan el acogimiento, no dan un concepto del mismo. Ciertamente, su definición es complicada, dado que acoge situaciones jurídicas muy variadas que, a su vez, es difícil redirigir a una única clasificación. Las clasificaciones son múltiples, según la óptica o criterio que

(2) Sobre los antecedentes del acogimiento, vid., por ejemplo, LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, págs. 106 y sigs., y CAPARRÓS CIVERA y JIMÉNEZ AYBAR, *El acogimiento familiar*, Madrid, 2001, págs. 19 y sigs.

(3) Acerca del desamparo de menores, vid., ampliamente, entre otros: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, y MORENO TORRES-SÁNCHEZ, *El desamparo de menores*, Navarra, 2005; PÉREZ ÁLVAREZ, «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, págs. 709 y sigs.

(4) Sobre todo ello, vid. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999, págs. 61 y sigs.

se utilice, y, por tanto, se superponen. Así, en atención a la guarda de la que trae causa, podrá ser un acogimiento previa tutela o guarda administrativas o no. Teniendo en cuenta el modo en el que se llevará a cabo, podrá ser familiar o residencial. Atendiendo a su finalidad, podrá ser simple, permanente o pre-adoptivo. Según su constitución, podrá ser administrativo, judicial o convencional. Quizá lo que tiene el acogimiento en común en todos los casos es que es una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario.

Esa guarda del menor viene conformada por el aspecto personal de la patria potestad o, en su caso, de la tutela. Puede salir, en forma y por causas diversas, del ámbito de estas potestades, asumiendo su ejercicio los acogedores, bien con la asunción de su titularidad por la Administración —en caso de que haya tutela o guarda administrativas previas—, bien sin dicha asunción de titularidad por la Administración. Ello hace que el artículo 173 del Código Civil comience identificando el contenido del acogimiento familiar con el aspecto personal de la patria potestad, regulado en el artículo 154.1 del Código Civil, y —con las oportunas adaptaciones— con el de la tutela personal, prevista en el artículo 269 del Código Civil. Así, establece —en los mismos términos que el art. 154.1— que el acogimiento familiar «impone, a quien lo recibe, las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral» (5). Por otro lado, puesto que característica de este tipo de acogimiento es que la guarda que sale del ámbito de la patria potestad o tutela sea ejercida en un ámbito familiar que tienda a imitar al natural, el mismo precepto se encarga de establecer previamente, con cierta rotundidad, que «el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia».

En cuanto a la constitución del acogimiento familiar, hay que distinguir dos situaciones:

- a) La situación más normal de acogimiento precedido de tutela o guarda administrativas, en la que hay que resaltar un acto complejo de constitución prolongada en el tiempo, configurado, en primer lugar, por una resolución administrativa que disponga el acogimiento, y, en segundo lugar, por el escrito exigido por el artículo 173 con los consiguientes consentimientos: de la entidad pública, de las personas que reciban al menor, de este si tuviera doce años cumplidos y, cuando fueran conocidos, de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o

(5) Sobre estas obligaciones, vid., ampliamente, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991, págs. 159 y sigs.; GARCÍA CANTERO, «Notas sobre el acogimiento familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1992, págs. 313 y sigs.; VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, págs. 149 y sigs.; TEJEDOR MUÑOZ, «La guarda y el acogimiento de menores», en *Protección jurídica del menor* (VV.AA.), Madrid, 2009.

del tutor (6). Si los padres o tutores que deben prestar consentimiento no lo hacen (porque no comparecen) o se oponen al acogimiento, este solo podrá ser acordado por el Juez —art. 173.3 CC— (7). Para evitar que, mientras se tramita el acogimiento vía judicial, el menor deba ser internado en un centro por la entidad pública, el legislador ha previsto que la Administración pueda «acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial» —art. 173.3.2 CC—. Para la constitución de este acogimiento provisional no será preciso, obviamente, el consentimiento de los padres o tutores. Así lo establece expresamente el artículo 173.2.1 CC (8).

- b) Los acogimientos sin previa tutela o guarda administrativas (9), que ya no son una forma de ejercer la Administración la guarda, sino mecanismos autónomos de protección. No hay ya una resolución administrativa en la que la entidad pública establezca cómo ejerce su guarda, sino que esta únicamente debe dar su consentimiento al acogimiento planteado por las partes. Serán dichas partes implicadas quienes lleven a cabo directamente la constitución del acogimiento mediante el correspondiente escrito. La constitución del acogimiento estará, por tanto, en este caso, cercana al negocio jurídico, ahora bien con la peculiaridad de que deben contar con el beneplácito de la Administración.

El cese del acogimiento se halla regulado en el párrafo 4.º del artículo 173 del Código Civil, que dispone que cesará por decisión judicial, por decisión de los acogedores previa comunicación a la entidad pública, por petición de los padres

(6) Algún autor, centrándose solo en las declaraciones de voluntad, defiende el carácter negocial del acogimiento familiar: HERAS HERNÁNDEZ, *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, 2002.

(7) Es el único caso en el que se prevé una alternativa a la ausencia de consentimiento de las personas obligadas a prestarlo. Con ello se abre la puerta al acogimiento de menores cuyos padres impiden sistemáticamente la adopción de medidas favorables para ellos o que, simplemente, manifiestan desinterés; acogimiento que, de otro modo, quedaría obstaculizado.

(8) Sobre todo ello, vid., ampliamente: MAYOR DEL HOYO, «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 872 y sigs.

(9) Antes de la LOPJM de 1996 parecía que solo se podía llegar al acogimiento previa tutela o guarda administrativas, a la vista de la redacción de los artículos 172 y 173 del Código Civil dada por la Ley de 1987. La LOPJM estableció: «el acogimiento se formalizará por escrito con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda...» —art. 173.2 CC—. La expresión «tenga o no la tutela o la guarda» abrió la puerta a los acogimientos sin previa tutela o guarda administrativas. Para algún autor tampoco con la LOPJM cabe el acogimiento sin tutela o guarda administrativas previas, vid. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, págs. 356 y sigs.

o tutor y por decisión de la entidad pública. En esta lista no figura ninguna referencia al cese motivado por el menor. Llama la atención la diferente valoración que hace el artículo 173 de la voluntad del menor en la constitución y en el cese del acogimiento: exige el consentimiento del menor que tenga doce años para constituir el acogimiento (además, sin forma alternativa de constitución en caso de negativa) y, sin embargo, no prevé que pueda hacerlo cesar extrajudicialmente. Al margen de lo anterior, habrá que tener en cuenta que también extinguirán el acogimiento el fallecimiento del menor o del acogedor, la mayoría de edad del menor, la adopción del menor, la constitución de la tutela ordinaria... (10).

El artículo 173 bis regula distintas modalidades de acogimiento familiar (11). Este artículo fue introducido —como ya se ha anticipado— en el Código Civil por la LOPJM de 1996. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, había concebido el acogimiento como una situación temporal sin más, de forma que no permitía distinciones según las diferentes circunstancias en que podía encontrarse el menor y daba siempre a la familia acogedora una autonomía limitada en relación con el cuidado de este. El legislador de 1996, consciente de ello y preocupado por diversificar las instituciones tuitivas del menor, en aras de una mejora cualitativa de la protección, optó por flexibilizar la acogida familiar y adecuar el marco de relaciones entre los acogedores y el menor en función de la estabilidad de la acogida (12). Para ello instauró, mediante la introducción de un nuevo precepto —el citado art. 173 bis—, tres modalidades de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo, subsanando las deficiencias que tenía el artículo 173 de 1987 (13).

Establece el artículo 173 bis 1.º que el acogimiento familiar simple «tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de este en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable» (14).

Por otro lado, dispone el párrafo 2.º, que se constituirá acogimiento familiar permanente «cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor».

(10) En relación con el cese, vid., con más amplitud, MAYOR DEL HOYO, *Comentario al artículo 173 del Código Civil*, cit., págs. 881 y sigs.

(11) Sobre este precepto, vid. MAYOR DEL HOYO, «Comentario al artículo 173 bis del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 884 y sigs.

(12) Vid. la Exposición de Motivos de la LOPJM.

(13) Curiosamente, el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia (del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), de 7 de julio de 2011, planteaba reordenar las modalidades de acogimiento familiar suprimiendo alguna de ellas: en concreto, el acogimiento preadoptivo.

(14) En relación con esta modalidad de acogimiento, vid., DÍEZ GARCÍA, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, 2004, págs. 261 y sigs.

Por último, en relación con el acogimiento preadoptivo, establece el tercer párrafo que «se formalizará por la entidad pública cuando esta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año» (15).

El acogimiento familiar será ejercido por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por un hogar funcional, entendiéndose por tal un núcleo de convivencia similar al familiar donde su responsable o responsables residen de modo habitual. Se trata, en ambos casos, de establecer un medio de guarda que recree la vida en familia para sustituir a la propia del menor. Puede ser acogedor una persona sola o varias. En este caso, habrá que entender, aplicando la misma lógica que subyace —en relación con la adopción— en el artículo 175.4 del Código Civil y en la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que deberán ser matrimonio o integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (16).

El sujeto pasivo del acogimiento es el *menor* no emancipado o habilitado de edad. El emancipado o habilitado de edad, al haber alcanzado la independencia jurídica en la esfera personal —art. 323 CC—, no necesita la protección que otorga el acogimiento familiar. Dicho menor puede ser tanto nacional como extranjero, lo único relevante es que se halle en territorio español (17), sin ser preciso siquiera que resida en España —arts. 1, 10.3 y 10.4 de la LOPJM—.

(15) Sobre el acogimiento preadoptivo, puede verse: VICENT LÓPEZ, «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, núm. 652-653, enero-febrero de 1999, págs. 85 y sigs., y VAQUER ALOY, «El acogimiento preadoptivo», en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (eds. ESPIAU y VAQUER), Madrid, 1999, págs. 117 y sigs.

(16) Sobre la selección de los acogedores, vid. GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, *Acogimiento y adopción*, Madrid, 2004, págs. 36 y 37, y AMORÓS y PALACIOS, *Acogimiento familiar*, Madrid, 2004, págs. 145 y sigs.

(17) Sobre ello, vid., más extensamente, ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000, págs. 246 y sigs.

2. PROYECCIÓN DEL ACOGIMIENTO MÁS ALLÁ DE LOS MENORES

El próximo año el acogimiento cumplirá veinticinco años de existencia. Su presencia en la sociedad española ha ido creciendo paulatinamente. Las cifras así lo demuestran. Según los últimos datos de que se dispone del Instituto Nacional de Estadística, se pasó de 8.546 nuevos acogimientos en 1997 a 14.090 en 2008, que suponen una tasa de incidencia de 187 sobre 100.000 (es decir: por cada 100.000 habitantes menores de dieciocho años en 2008, se constituyeron 187 nuevos acogimientos) (18).

Consolidado, por tanto, el acogimiento, y especialmente el familiar (19), como el mecanismo óptimo para hacer frente a las necesidades de guarda de los menores en situación de riesgo o desprotección efectiva (20), es el momento de pensar en su proyección más allá de los menores. Los menores no son el único sector de la sociedad que presenta vulnerabilidad y que precisa, en consecuencia, una especial atención. Una sociedad tendente al progreso e inserta en un Estado social debe tener la misma sensibilidad hacia otras personas con necesidades tuitivas. Esta sensibilidad se ha puesto de manifiesto en la actualidad en relación con los incapacitados, la tercera edad y el *nasciturus*. El debate sobre el modo de tratar a estos sectores por el Derecho, la búsqueda de su redefinición jurídica y la indagación y ensayos sobre su protección son buena prueba de ello. Esto hace que, dado el éxito del acogimiento en relación con los menores, resulte sumamente oportuno plantearnos su posible aplicación o extensión a estos otros ámbitos. Por ello, subidos a la atalaya del acogimiento contemplaremos, a continuación, su posible proyección a otros horizontes más allá de los actuales.

2.1. INCAPACITADOS

La actual preocupación por la discapacidad, en un sentido amplio, queda patente con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. La apuesta por la autonomía de las personas con discapacidad que hace la Convención no está reñida con la protección, cuando ello sea

(18) Cfr. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t25/a072/a02/10/&file=c70002.px&type=pcaxis&L=0> (última consulta el 10 de enero de 2012).

(19) Vid. el trabajo de seguimiento de la figura del acogimiento familiar, evaluando su trayectoria en España, realizado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, en VV.AA., «El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados», en *Observatorio de la Infancia*, núm. 6, 2008.

(20) En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de las Familias y la Infancia del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, cfr. *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, cit., pág. 15.

preciso, en especial cuando la discapacidad salga del ámbito meramente físico y afecte a las facultades de querer y entender y, por tanto, al autogobierno (21). Podemos aplicar el símil que usa MARTÍNEZ DE AGUIRRE en relación con los niños, al ámbito de la discapacidad y decir que la contraposición entre familia y persona con discapacidad sería tan artificiosa como contraponer pez y agua, o como pretender que para que el pez pueda ser autónomo lo que hay que hacer es sacarle del agua, cuando es el agua lo que necesita para vivir (22). La propia Convención, en el artículo 23.5, reconoce que la familia o el entorno familiar es esa agua para la persona con discapacidad.

Con este marco, y centrándonos, en concreto, en las personas que han visto modificada su capacidad de obrar por una sentencia judicial, en atención a problemas con su capacidad de autogobierno, debemos comenzar por plantear si es posible, con la actual regulación del Código Civil, el acogimiento familiar de los incapacitados. Los artículos 173 y 173 bis regulan el acogimiento del *menor*. A él se refieren expresamente a lo largo de su extensa redacción y el contenido de sus regulaciones va encaminado en esa dirección. Por otro lado, la ubicación de estos preceptos y la técnica que adopta el Código Civil, en lo que a la protección de menores e incapacitados se refiere, corroboran este extremo. Recuérdese que están ubicados en el Capítulo V del Título VII del Libro I: «De la adopción y otras formas de protección de *menores*»; y, en concreto, la sección del mismo en la que se encuadran —la primera— trata «De la guarda y acogimiento de *menores*». Y en cuanto a la técnica aludida, cuando el Código quiere que una institución se aplique conjuntamente a ambas categorías —menores e incapacitados— lo pone de manifiesto expresamente. Así, puesto que en el Título X del Libro I se contienen instituciones referidas a menores e incapaces, la rúbrica del mismo se hace eco de ello: «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados». Y después, los preceptos contenidos en el mismo van en esa línea: el primero de ellos, el artículo 215, establece que «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela, 2.º La curatela, 3.º El defensor judicial». Luego, el artículo 222, al establecer los sujetos sometidos a tutela, distingue cuándo se refiere a menores y cuándo a incapacitados. Los artículos 286 y 287 especifican a quiénes se aplica la protección de la curatela, refiriéndose el primero de ellos a determinados menores emancipados y a los menores que hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad, y añadiendo el segundo que también se aplica a ciertos incapacita-

(21) La STS 282/2009, de 29 de abril, aboga por la protección del incapaz como trasunto del principio de dignidad de la persona.

(22) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La Convención sobre los Derechos del Niño veinte años después: una aproximación desde la perspectiva de familia», en la *Jornada: XX años de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 6 de febrero de 2010 (no publicada).

dos. El artículo 299 también alude expresamente a los menores e incapacitados al establecer cuándo se nombra defensor judicial. Y los artículos 303 y 304, referidos a la guarda de hecho, también mencionan expresamente a los menores y presuntos incapaces, en este caso. Todo ello nos lleva a centrar el acogimiento en la figura del menor (23).

Las reformas de 1981 y de 1983 produjeron un acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la capacidad del menor y, en su caso, atender al cuidado de su persona y bienes, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto de los incapacitados (24). Así, cabe mencionar el sometimiento del incapacitado a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, a la tutela o a la curatela. Podemos decir, a la vista de ello, que el legislador estableció un paralelismo en la protección institucional de menores e incapacitados.

Sin embargo, después, la protección de ambas categorías no evolucionó paralelamente y han llevado ritmos distintos. La protección de los menores se desmarcó al prever, posteriormente, el legislador unos mecanismos de protección funcional para ellos. Efectivamente, el legislador de 1987 se planteó la posibilidad de que las instituciones previstas para proteger al menor no le ofrecieran protección real y que este estuviera de hecho desatendido. De forma que reguló el desamparo del menor y, junto con él, dos mecanismos que lo rodean (25): la tutela y la guarda administrativas, la primera como medida de asistencia cuando el desamparo ya se ha producido, y la segunda como medida preventiva cuando este todavía no es efectivo. Además, introdujo —como ya se ha visto— el acogimiento, íntimamente ligado con estos mecanismos y, por tanto, con la adopción. Nótese que, por un lado, el desamparo, en torno al cual giran la tutela y la guarda administrativa, y por ende el acogimiento, está en íntima relación con la adopción, en cuanto que deriva hacia la misma; y, por otro lado, el acogimiento, según se dispone en el propio preámbulo de la ley,

(23) Vid. más ampliamente sobre ello y el desconcierto doctrinal al respecto: MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., págs. 74 y sigs.

(24) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *ADC*, 1992, pág. 1409.

(25) Fue MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ quien clasificó las medidas tuitivas del menor en los modelos institucional y funcional: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., págs. 1463 y sigs. Al modelo institucional pertenecen el conjunto de medidas previstas con carácter general para atender a cualquier menor y relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad que constituyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor. Este modelo otorga una protección institucional al menor, que siempre queda sometido a una institución tuitiva legal. Ahora bien, el menor, con independencia de que esté sometido a una institución legal de protección, puede carecer de protección efectiva. Por ello, el legislador creó otros mecanismos para atender a esa situación real del menor; mecanismos que constituyen un modelo funcional de protección al menor.

se configura también como figura previa a la adopción. No olvidemos que todo ello se realizó en el seno de la reforma de la adopción. Y la adopción, precisamente desde la Ley de 1987, es propia de los menores (solo excepcionalmente cabe adoptar a un mayor o menor emancipado). Es importante resaltar esto porque ello fue lo que llevó al legislador a centrarse exclusivamente en la protección del menor, dejando estancada la protección de los incapacitados en un nivel puramente institucional.

La LOPJM de 1996 vino a consolidar esta situación, al mejorar —como sabemos— la protección funcional de los menores que se había introducido con ocasión de la reforma de la adopción.

En 2003 se dio un paso adelante en la protección de los incapacitados, que, si bien la colocó en la misma dirección que la de los menores: mirando hacia la protección real, sin embargo resultó insuficiente al dejarla a mitad de camino. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introdujo, efectivamente, un nuevo párrafo en el artículo 239, ampliando a los mayores «incapaces» (habrá que entender incapacitados) (26) el desamparo y la consiguiente tutela administrativa prevista en el artículo 172.1 para los menores, pero (a diferencia de lo que hizo la ley aragonesa) (27) no extendió esa ampliación a la guarda administrativa, ni introdujo mención alguna al consiguiente acogimiento de dichos «incapaces», con lo cual se suscita la duda de si cabe aplicar el acogimiento familiar en tales casos. Puesto que no hay que descartar que la Administración cuando asume esta tutela del artículo 172.1 respecto de un mayor incapacitado, asuma también su guarda, sería deseable que el legislador aclarara el modo en el que en tal caso se ejercerá la misma.

La reforma fue hecha precipitadamente: se introdujo un parche, aprovechando una ley relacionada con las personas con discapacidad, pero que era de

(26) De no ser así, se estaría invadiendo la capacidad que se presume que tiene todo mayor de edad sin mediar una sentencia judicial —arts. 322 y 199 CC—. Por otro lado, la propia definición de desamparo, que incluye el artículo 239, presupone la existencia de unos deberes legales en favor del sujeto pasivo del desamparo. Y no cabe alegar en contra de esta interpretación la literalidad del precepto, puesto que es ya conocida la imprecisión del legislador al respecto. Vid. a favor de entender que el precepto se refiere a los incapacitados, entre otros, SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, págs. 268 y sigs.; HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela legal del artículo 239 del Código Civil. El concepto de desamparo», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 2007, págs. 172 y sigs. En contra, sin embargo, LEGERÉN MOLINA, «Comentario al artículo 239 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 1120 y sigs.

(27) Vid. en los Capítulos II —Sección III— y VIII del Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), que refunde la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, derecho de la Persona, como la norma aragonesa amplía la guarda administrativa y el acogimiento a los incapacitados, aunque sin introducir diferencia alguna respecto del acogimiento de los menores.

contenido puramente patrimonial. Queda pendiente, por tanto, una reforma en profundidad que acerque la protección funcional de los incapacitados —a la que se ha asomado de forma insuficiente el legislador— a la protección funcional de los menores. Pero un acercamiento que no suponga la extensión sin más de las estructuras diseñadas para la protección efectiva de los menores a los incapacitados, puesto que, si bien ambas categorías tienen en común la falta o limitación de capacidad natural de autogobierno, existen también entre ellas diferencias que exigen un diseño específico de los mecanismos de protección propios de cada una y que deberán ser tenidas en cuenta, en su caso, en la configuración del acogimiento de los incapacitados.

Así, entre las diferencias básicas, suele destacarse (28):

- a) La universalidad de la situación del menor, como etapa por la que pasa todo ser humano, frente al carácter minoritario de las situaciones de incapacidad de mayores.
- b) La homogeneidad de las etapas y grados del desarrollo humano, que permiten el establecimiento de presunciones y reglas generales, favoreciendo la seguridad jurídica frente a la diversidad de anomalías psíquicas, que da lugar a una variedad de grados de capacidad y, en consecuencia, de necesidades de protección, que hacen preciso un tratamiento individualizado y una adecuada delimitación de los supuestos.
- c) La temporalidad del estado del menor frente a la persistencia que caracteriza a muchas enfermedades mentales.

Todo ello hace que si el legislador decide utilizar la figura del acogimiento en el campo de los incapacitados tenga que repensarla a la luz de estos caracteres para darle una configuración que se adapte a las necesidades de esta categoría (29). Entre otras cosas deberá:

- a) Definir con claridad los sujetos pasivos de este acogimiento. La mera existencia de una sentencia modificadora de la capacidad de obrar no puede abrir la puerta sistemáticamente al acogimiento, que es un me-

(28) GOUBEUX, «Les personnes», en *Traité de Droit Civil* —dir.: GHESTIN—, París, 1989, págs. 435 y sigs. De las reflexiones de GOUBEUX se hace eco en nuestro país, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ en «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., págs. 1412 y en «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, págs. 210 y sigs.

(29) En esta línea, entiende, de un modo genérico, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (en «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., pág. 1412), que la aproximación y tratamiento conjunto de la situación de menores e incapacitados, hasta el límite de lo posible y razonable, puede resultar fructífero, pero añade que también es verdad que las diferencias sustantivas entre ambas situaciones son claras y postulan un contenido específico, diferente para los mecanismos de protección atinentes a cada una de dichas categorías.

canismo cuyo contenido viene configurado por la guarda de la persona. Deberá exigirse que la persona carezca de capacidad de autogobierno en el ámbito personal. De otro modo, no necesitará un guardador.

- b) Dejar a un lado las modalidades de acogimiento de menores, que —como sabemos— son residencial y familiar, y dentro de este: simple, permanente y preadoptivo, y diseñar las modalidades que se adapten a los incapacitados. Para ello deberá tenerse en cuenta que la falta de capacidad suele ser permanente, pudiendo en algunos casos actuar de forma intermitente; que el destino natural de los mayores incapacitados no es la adopción; que puede resultar tentador para quienes tienen potestad sobre un incapacitado buscar vías de escape que constituyan dejación de sus deberes, puesto que, o bien los padres son ya mayores, o bien ya no existen, y corresponde la potestad a terceros que carecen de afectividad hacia el guardado, lo cual lleva a plantearse la conveniencia del acogimiento convencional y en qué términos, así como la necesidad, en su caso, de una correcta delimitación del acogimiento como ejercicio de una posible guarda administrativa; o que puede resultar conveniente instaurar una modalidad de acogimiento terapéutico con profesionales.
- c) Según las modalidades establecidas, delimitar los sujetos activos o acogedores, que en determinados casos deberán tener un perfil de cualificación asistencial y profesional.
- d) Determinar el modo de constitución y cese de estos acogimientos, prestando especial atención al papel que el consentimiento de los incapacitados tendrá en dichas actuaciones, sobre todo en atención a la variedad de capacidad de discernimiento en juego.
- e) Redefinir el contenido del acogimiento. Sin abandonar la esencia que caracteriza a la figura, que es la guarda del individuo en sus aspectos personales, se deberán matizar los derechos y deberes de las partes implicadas: acogedores y acogido. Ello porque la guarda de los incapacitados, a diferencia de lo que ocurre con los menores —que son homogéneos (30)—, podrá tener mayor o menor amplitud e intensidad dependiendo de la capacidad de autogobierno de cada acogido, e incluso puede requerir intervención y cuidados especializados. Habrá que prestar atención a la promoción, en su caso, de la adquisición o recuperación de la capacidad del acogido y de su inserción en la sociedad. Dentro del ámbito del contenido, será también interesante abordar el tema de

(30) El proceso de evolución de la persona desde el nacimiento a los dieciocho años, aunque es distinto en detalles en cada persona, es —en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. ult. cit.*, pág. 1423)— paralelo en sus líneas maestras. Ello permite el reconocimiento de capacidades especiales asociadas al cumplimiento de determinadas edades que presuponen habilidades naturales en la persona para realizar el acto concreto de que se trate.

los gastos y de la contribución a las cargas familiares, dado que puede ser frecuente, según las circunstancias previas a la incapacitación, que el propio acogido tenga patrimonio. Habrá que plantearse el tema de la atribución de responsabilidad civil, que se verá afectado por el grado de capacidad del acogido. Y habrá que aclarar en qué situación quedan quienes tenían la potestad de guarda del incapacitado.

2.2. TERCERA EDAD

Otro sector que precisa cuidados en relación con su persona es el de la tercera edad. El progresivo envejecimiento de la población, derivado de la prolongación de vida y de la reducción de la natalidad, hace que cada vez haya más personas mayores que precisan atención. Los valores familiares de solidaridad y apoyo a los mayores cuentan con gran arraigo en nuestra sociedad, es cierto, pero en los últimos tiempos han tenido que afrontarse de modo distinto como consecuencia, sobre todo, de la incorporación de la mujer al mundo laboral (31). Todo ello hace que nos encontremos con un número cada vez más elevado de ancianos y con una disponibilidad cada vez menor para prestarles el cuidado diario por parte de sus familias. La alternativa hasta ahora era el internamiento en un centro, pero ello, aparte de los problemas de dotación de plazas, no siempre es bien acogido por los propios mayores, ni está al alcance económico de todas las familias (32).

Por ello, algunos legisladores autonómicos han mirado hacia la figura que, en el campo de los menores, está funcionando con éxito y que consigue el objetivo de prestación de cuidados personales por una familia sustituta de la natural; como sabemos: el acogimiento familiar (33). La mayoría de las comunidades autónomas se han acercado a esta figura desde una perspectiva administrativa, regulando programas de ayudas económicas para el acogimiento familiar de personas mayores, como un servicio social (por ejemplo, Asturias, Valencia, Madrid, Galicia, País Vasco). Pero otras comunidades con precedentes históricos de normativa en el ámbito de la persona y la familia, en concreto Cataluña y

(31) Así lo reconoce el propio legislador: cfr. la Exposición de Motivos de la Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.

(32) Sobre estos inconvenientes del internamiento, vid. ARCOS VIEIRA, «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJN*, julio-diciembre de 2003, núm. 36, pág. 52.

(33) La doctrina ha aplaudido esta opción al considerar que la situación óptima de un anciano es la vida en familia, vid. JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA, «El acogimiento familiar de adultos mayores en España», en *Geriatrionet.com*, vol. 3, núm. 2, 2001; TEJEDOR MUÑOZ, «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores* (coord.: LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, 2007, pág. 235.

Navarra, han ido más allá y han llevado a cabo una regulación del acogimiento familiar de mayores desde una óptica civil: Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, y Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores. La Ley catalana justifica en su preámbulo la competencia del legislador catalán aludiendo, en concreto, a la rúbrica novena, que lleva por título «Dels afillaments e de emancipacions», del Libro VII de los Costums de Tortosa, y a las daciones o acogidas ante notario que en algunas comarcas pirenaicas de Lleida crearon la figura del donat.

El resultado ha sido la regulación de una figura que, si bien se ha inspirado en el originario acogimiento familiar de menores, tiene, sin embargo, sustantividad e identidad propias, como consecuencia de su adaptación al mundo de la tercera edad (34).

Ambas legislaciones autonómicas la configuran como una institución de naturaleza negocial:

La Ley catalana 22/2000 establece el pacto de acogida, que debe constituirse en escritura pública, que ha de inscribirse en el Registro correspondiente (35) —arts. 1 y 4.1—. En el entorno de la ley se habla de un auténtico contrato de acogida. Después, la Ley catalana 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores, regula la acogida de los mayores como servicio social. En caso de que se desee una acogida de este tipo, se deberá formalizar también un pacto de acogida, pero será necesario que previamente la Administración haya declarado la idoneidad de los acogedores, y esta acogida estará supervisada por dicha Administración —arts. 1 y 3—.

En Navarra, la Ley Foral 34/2002 destaca la idea de pacto de acogimiento, que deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro creado *ad hoc* (36), pero también será preciso que los acogedores hayan sido previamente autorizados por la Administración como requisito, en este caso, para la citada inscripción —arts. 4 y 9—. Y nuevamente la Administración velará por el cumplimiento del pacto —art. 4.5—.

Nótese que tanto en la acogida catalana de 2001, como en el acogimiento navarro, estamos ante instituciones configuradas como negocios jurídicos, pero no son pactos al uso en el que dos partes, por propia iniciativa, se ponen de acuerdo

(34) SÁNCHEZ GONZÁLEZ destaca que las diferencias sustanciales entre menores y ancianos hacen deseable una regulación específica del acogimiento de mayores. Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos», en *RJN*, núm. 46, abril-junio de 2003, págs. 219 y 222.

(35) Se trata del Registro de Acogida de Personas Mayores, creado por la Disposición Adicional única de la citada ley.

(36) La Disposición Adicional única de la Ley Foral regula la creación del Registro de acogimiento familiar de personas mayores.

en algo, sino que es un pacto mediatizado por la Administración: hay una fase previa a su constitución de intervención administrativa y, una vez constituido, hay una supervisión administrativa de cumplimiento. En el caso concreto de Navarra, cuya regulación está más desarrollada, quienes desean ser acogidos, y lo mismo quienes desean acoger, deben solicitárselo a los servicios de base. Estos seleccionarán y propondrán al Departamento de Bienestar las familias que consideran idóneas para atender a las personas demandantes del acogimiento, armonizando las necesidades de las personas mayores con las características de los acogedores. Para ello cuentan con un equipo técnico de apoyo que emitirá informes psicológicos, sociales, médicos... De forma que solo si esos informes revelan la idoneidad de un acogimiento concreto (de la familia acogedora, del acogido y del pacto), se llevará a cabo el pacto —arts. 4.4 y 8—. Naturalmente, habrá que pensar que nada obsta a que se lleve a cabo un pacto de convivencia entre una familia y un mayor al margen de este procedimiento, pero entonces no se aplicará lo dispuesto en la ley y estaríamos ante algo cercano a la guarda de hecho.

En cuanto a las partes del pacto, se exige que no tengan relación de parentesco hasta el segundo grado —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra— (37).

Los acogedores deben ser mayores de edad y tener plena capacidad de obrar —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra—. En Navarra, el cuidador principal debe tener entre veinticinco y sesenta y cinco años —art. 7.4.b) de la Ley Foral navarra—.

En cuanto al sujeto pasivo del acogimiento, debe tratarse, en ambas comunidades, de una persona mayor de sesenta y cinco años —art. 3.2 de la Ley catalana de 2000 y art. 4.1 de la Ley Foral navarra (38)—. Recuérdese que estamos ante un caso de acogimiento por razón de la edad, en este caso, de la avanzada edad. Avanzada edad que puede implicar la necesidad de ayuda para la vida diaria, pero que no va ligada a la modificación de la capacidad de

(37) Observan LLÁCER MATAÇS y GRAMUNT FOMBUENA (en relación con el proyecto de la ley catalana, pero la opinión es predicable también de la ley) que, al no especificar el legislador en qué línea, habrá que entender que quedan excluidos tanto los parientes en línea recta como los parientes en línea colateral; exclusión esta última que no parece tan justificada a juicio de las autoras. Vid., ampliamente: LLÁCER MATAÇS y GRAMUNT FOMBUENA, «Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad», en *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán*, Barcelona, 2000, págs. 416 y 417.

(38) En Navarra, la Ley Foral, en el artículo 4.1 se refiere al acogido como una persona mayor de sesenta y cinco años: «el pacto de acogimiento consiste en la vinculación de una persona mayor de sesenta y cinco años, a una persona o familia, que la aceptan en condiciones similares a las relaciones de parentesco»; y en el artículo 7.2 establece, sin embargo, que «las personas acogidas no podrán ser menores de sesenta años». ARCOS VIEIRA considera que, ante la citada contradicción, la edad que debe conservarse como referencia es la de sesenta y cinco años porque: a) es la edad convencional de corte para las personas mayores; b) es también la edad de jubilación; c) y, sobre todo, ello impide que el acogido pueda ser más joven que el acogedor (ARCOS VIEIRA, «El acogimiento familiar de mayores...», cit., pág. 61).

obrar. Lo que quiere decir que resulta indiferente para la constitución de este tipo de acogimiento si la persona tiene intacta o no su capacidad de obrar. Se diferencia, precisamente, este acogimiento del acogimiento de menores y del pretendido acogimiento de incapacitados en que el sujeto pasivo puede tener capacidad de obrar plena. En el supuesto de que no la tuviese, su voluntad en el pacto de acogimiento será suplida o complementada por sus representantes legales, la persona que ejerza la curatela o las personas designadas en documento de nombramiento tutelar no testamentario. Parece que dicha emisión de voluntad no tiene para el legislador la categoría de acto personalísimo, a diferencia de lo que ocurre en la regulación del Código Civil con el consentimiento del menor —de doce años cumplidos— que es acogido, que no está previsto que pueda prestarse por otros, ni siquiera por el juez. Prevén las leyes que en caso de voluntad suplida o complementada, será necesario autorización judicial y que se escuche al mayor, si tiene discernimiento suficiente —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra—. Resulta curioso después de esto que la Ley navarra incluya como causa de denegación de la solicitud la enfermedad mental —art. 13.2—. Habrá que entender que se refiere a aquel tipo de enfermedad que, por sus especiales características, haga precisa una cualificación de los acogedores de la que no se dispone. Por último, en cuanto a los acogidos, Cataluña exige que el de menor edad deberá tener quince años más que el acogedor de mayor edad, salvo si uno de los acogidos tiene una discapacidad —arts. 3.2 y 3.3—.

Por lo que se refiere al contenido del pacto, y por tanto del acogimiento, viene determinado por la ley en sus líneas básicas:

Estamos ante un supuesto de guarda, es decir, de atención en el ámbito personal. Las leyes en estudio excluyen expresamente del pacto de acogimiento la administración de los bienes y la representación —art. 1.3 de la Ley catalana de 2000 y art. 4.3 de la Ley Foral navarra—. Ello quedará en manos del propio acogido en cuanto que, como hemos señalado, tiene capacidad de obrar. En caso de que esta hubiese sido modificada, la administración de los bienes y la representación o asistencia las mantendrán el tutor o el curador. En cuanto a la guarda, se concreta de igual modo en ambas leyes en el deber de convivir los acogedores y los acogidos en una misma vivienda habitual, sea la de los primeros o la de los segundos, con el objeto de que los acogedores cuiden de los acogidos, los alimenten, presten asistencia, procuren su bienestar general y atiendan en situaciones de enfermedad —art. 2.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 2.1 de la Ley Foral navarra—.

Tienen, asimismo, acogedores y acogidos, el deber de prestarse ayuda mutua y participar en el trabajo doméstico en la forma pactada, que se corresponderá con las posibilidades reales de cada una de las partes —art. 2.2 de la Ley catalana de 2000 y art. 2.2 de la Ley Foral navarra—.

El cuidado de los acogedores está sujeto a una contraprestación procedente de los acogidos. La ley navarra habla de precio, que estará dentro del marco de los establecidos en los centros y servicios para personas mayores —art. 2.3—. Y la catalana establece que la contraprestación podrá realizarse mediante la cesión de bienes muebles, bienes inmuebles o dinero —art. 2.3—.

En Cataluña, la ley establece como deber de los acogedores la promoción de la constitución de la tutela si el acogido está en situación de ser sometido a ella —art. 2.4—. Ello en Navarra es solo una facultad de los acogedores —art. 2.4—.

Por último, la ley catalana otorga derechos sucesorios a los acogedores respecto del mayor acogido (39) si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años (40). Por supuesto, ello constituye una novedad en lo que a la regulación de acogimientos se refiere, puesto que, en cuanto que el acogimiento no genera relación alguna de parentesco, nunca se había atribuido a ningún acogedor un derecho sucesorio. Podría pensarse que la razón de tal atribución es la relación de afectividad que se crea entre los convivientes. Pero ello no es más que una presunción. Tal relación puede generarse o no. Por otro lado, si el fundamento fuese esa relación, ¿por qué solo se atribuyen derechos sucesorios en una dirección (del acogido al acogedor) y no recíprocamente? Quizá se busque con este derecho sucesorio compensar económicamente al acogedor, pero no debemos olvidar que estamos ante un contrato oneroso y además está prevista una posible indemnización por enriquecimiento injusto, si se diese el caso —art. 6.4—. Tal vez se trate simplemente de incentivar a posibles acogedores para que efectúen pactos de acogida. Probablemente ello animará, efectivamente, a familias a convertirse en acogedores de mayores; el problema es que también desanimará a los mayores a convertirse en acogidos, sobre todo si tienen potenciales herederos.

En cuanto a la duración de este acogimiento, será dato a tener en cuenta el carácter permanente de la ancianidad en una persona. Las leyes se remiten a lo pactado por las partes, estableciendo un plazo mínimo de tres años —art. 3.4 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.3 de la Ley Foral navarra—. En Navarra se admiten excepciones a dicho plazo, dado que se configuran dos modalidades de acogimiento: el permanente y el temporal, este último de carácter transitorio, para atender al mayor en los periodos de descanso o de enfermedad de sus familiares, que lo normal es que sea inferior al plazo citado —art. 3—.

(39) El acogedor tiene derecho a una cuarta parte del valor de la herencia del mayor acogido, aún cuando a la herencia concurren otros parientes, y con independencia de si la sucesión es intestada o testada (arts. 8 y 9 de la Ley catalana de 2000).

(40) HERAS HERNÁNDEZ observa que se deja sin resolver la cuestión relativa a si esos cuatro años han de ser inmediatamente anteriores al fallecimiento del acogido o si bien basta con reunir este periodo de convivencia aunque posteriormente se haya puesto fin al acogimiento, y se inclina por la primera alternativa. Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», en *RDP*, 2004, pág. 480.

2.3. *NASCITURUS*

El artículo 173 no menciona como sujeto de acogimiento al *nasciturus*. Ni era intención del legislador incluir a este en el ámbito de aplicación de las leyes sobre menores (41), ni, por tanto, el sistema diseñado en la actualidad por el Código Civil para la protección de los menores permite pensar en su aplicación al todavía no nacido. Sin embargo, existe inquietud al respecto a nivel doctrinal (a), legislativo (b) y jurisprudencial (c):

- a) Con frecuencia, los autores que estudian la protección de los menores, y en concreto el acogimiento, se plantean la posible aplicación de este mecanismo tuitivo al «menor» que todavía no ha nacido (42). La mayoría coinciden en que, con la actual normativa —como adelantaba— no es posible, pero califican: de deseable que en el futuro el legislador avance en ese sentido (43). Los autores que se atreven a defender, con el actual artículo 173 del Código Civil, el acogimiento del *nasciturus*, en realidad lo que propugnan es su constitución antes de nacer, comenzando a surtir efectos a partir del nacimiento (44). Lo cual, por otro lado, resulta también forzado.
- b) Algunas comunidades autónomas han previsto la declaración de desamparo del *nasciturus* y la adopción de las consiguientes medidas

(41) Recuértese que la LOPJM de 1996 alude solo a los menores de dieciocho años al describir su ámbito de aplicación en el artículo 1 («La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años...»), sin referirse al *nasciturus* ni en el citado precepto, ni en el resto del articulado.

(42) Vid., por ejemplo, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, cit., págs. 139 y sigs.; PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia, V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995, pág. 269; IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., págs. 76 y 77; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pág. 121; NORIEGA RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del *nasciturus*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2009-2010, págs. 81 y sigs. Algunos autores, si bien no se refieren directamente al supuesto del acogimiento, sí que se plantean la posibilidad de aplicar al *nasciturus* el desamparo o los mecanismos que giran en torno a él: MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., págs. 81 y sigs.; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 2001, págs. 44 y sigs.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO y JIMÉNEZ BAUTISTA, «La situación desamparo», en *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Madrid, 2007, págs. 96 y sigs.

(43) Sobre la inquietud de los autores por buscar medidas alternativas en beneficio del *nasciturus*, puede verse: IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., págs. 76 y 77; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, cit., págs. 119 y sigs.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO y JIMÉNEZ BAUTISTA, «La situación de desamparo», cit., págs. 96 y sigs.; NORIEGA RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del *nasciturus*», cit., pág. 85.

(44) Vid. MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, cit., págs. 141 y 142.

tuitivas, sin precisar, sin embargo, cuáles son estas y si el acogimiento se encontraría entre ellas, lo cual no parece probable. Es más, la letra de las leyes no permite siempre dilucidar con claridad qué consecuencias tiene la declaración del desamparo del *nasciturus*: unos efectos *ex nunc*, con la consiguiente adopción de medidas para proteger al *nasciturus*, o unos efectos que se difieren al momento del nacimiento, momento en el cual comenzarían a actuar las medidas de protección ya previstas. La jurisprudencia ha confirmado alguna resolución administrativa en la que se aprecia la situación de desamparo de un *nasciturus* y la asunción automática por parte de la entidad pública competente de las funciones tutelares respecto de aquel (del *nasciturus*) (45).

En este sentido, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (46), considera en su artículo 105.2.c) como situación de desamparo, «los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal», entendiendo por maltrato prenatal «la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación». Y admite en el artículo 110.4, la «declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido», aclarando que «en el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido».

La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, establece en su artículo 32.4, que «la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo» (47).

Por su parte, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia del País Vasco, que no establece el

(45) «[...] aprecia la situación de desamparo del *nasciturus* hijo de doña Virginia y la asunción automática por parte de la Sección Territorial de Atención a los niños y adolescentes de las funciones tutelares respecto de aquel» (sentencia núm. 313/2005, de 8 de septiembre, de la AP de Girona).

(46) Y antes el artículo 2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y de la adopción —actualmente derogada—.

(47) En la misma línea iba la Ley riojana 4/1998, de 18 de marzo, del menor —actualmente derogada—, en los artículos 3 y 45.

desamparo del *nasciturus*, sí se refiere con claridad a la adopción de medidas para proteger al *nasciturus* hasta el momento del nacimiento, aunque no determina cuáles son. Establece en su artículo 52.2 que «cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que pelagra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

También en el ámbito estatal comienza a existir preocupación por el tema. Así lo demostró recientemente el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, de 7 de julio de 2011, que preparó el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. En la modificación del artículo 17 de la LOPJM de 1996, que amparaba el anteproyecto, se preveía que el párrafo 8 del citado precepto estableciese: «El órgano competente para la declaración de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido (48)». Se buscaba, como vemos, adoptar medidas de prevención, apoyo y seguimiento a los efectos de evitar en el futuro (cuando el niño naciese) una situación desamparo. El anteproyecto dio un giro a la redacción del precepto que en el borrador planteaba «el seguimiento y la prevención de las situaciones de posible maltrato prenatal [...], a los efectos de una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido», que es distinto. El borrador justificaba la medida en la Exposición de Motivos, aludiendo a la Convención de los

(48) Quizá, por técnica legislativa, debería haberse indicado el plazo a partir del cual se consideraba que existía tal situación de riesgo prenatal, para evitar conflictos de aplicación con otras leyes, en concreto, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Nótese como la Ley vasca citada, en previsión de esta colisión, añade —en su art. 52.2—, tras prever la adopción de medidas que garanticen el bienestar del *nasciturus* cuyo desarrollo corre peligro: «todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

Derechos del Niño (49) y a la Recomendación del Consejo de Europa [79]17, de 13 de septiembre, sobre protección de los niños contra los malos tratos (50).

- c) Como anticipaba, también la protección del *nasciturus* ha tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia, que, conforme a las normas autonómicas ya citadas, ha confirmado resoluciones administrativas que declaraban en desamparo a *nascituri* (51).

Este interés, manifestado, como se ha visto, en los distintos ámbitos jurídicos (doctrinal, legislativo, jurisprudencial), resulta de las «habituales» situaciones de desprotección en que puede encontrarse el *nasciturus* como consecuencia de conductas de la madre, como el consumo de drogas, alcohol, tabaco, la dejación en los controles médicos... Si a esta inquietud le sumamos las importantes novedades de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se presenta como conveniente una nueva legislación que obedezca a un replanteamiento del acogimiento del *nasciturus*.

La Ley Orgánica 2/2010 tiene como objetivo, según hace constar en su Preámbulo, abordar «la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera *integral*», entendiendo por salud reproductiva, «la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y decidir cuándo tenerlos» (art. 2.c). Y ello porque «el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad» y «en una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales» (Preámbulo). En atención a ello, dispone la ley en el artículo 3 que «en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida (...) reproductiva» y reconoce «el derecho a la maternidad libremente decidida». Todo ello conduce al legislador

(49) Señalaba que la Exposición de Motivos de la Convención establece que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», y que el artículo 24.2.d) de la misma establece la obligación de los poderes públicos *de asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres* (cursiva del borrador).

(50) Apuntaba que esta Recomendación «se ocupaba de ofrecer soluciones a los supuestos en los que concurren factores de riesgo en la fase intrauterina».

(51) Vid., por ejemplo: sentencia núm. 432/2004, de 3 de junio, de la AP de Barcelona; sentencia núm. 313/2005, de 8 de septiembre, de la AP de Girona; sentencia núm. 307/2005, de 15 de diciembre, de la AP de Barcelona y sentencia núm. 600/2006, de 11 de octubre, de la AP de Barcelona.

a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, con ello no cumple las expectativas de protección y garantía de los derechos relativos a la salud reproductiva de manera *integral*, puesto que solo desarrolla una vía para la consecución de dicha salud reproductiva (vía que, por otro lado, no ha sido pacíficamente admitida al entrañar la destrucción del *nasciturus*). Por ello, sería deseable que el legislador desarrollara mecanismos por medio de los cuales se apoyara a la mujer que opte por otros caminos distintos. El propio legislador, reconoce en el Preámbulo que «la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad», sin embargo después no desarrolla tales políticas en la Ley. Se trata de una asignatura pendiente y el legislador deberá trabajar en la búsqueda de nuevas posibilidades desde esta óptica. Ello supone, entre otras muchas cosas, mirar hacia la figura del acogimiento, que tan buenos resultados ha dado en el ámbito de los menores, para, desde su interior (desde su núcleo funcional y estructural), articular un sistema de apoyo y protección a la mujer y su hijo.

Llevada a cabo esta tarea de búsqueda del citado sistema de apoyo y protección (52), desde la inmersión en el acogimiento y, de forma más amplia, en el sistema jurídico-civil de protección de los menores, presento los resultados de la misma, que se incardinan de forma natural y sistemática, sin choques ni roces, en el citado entramado protector, que, de este modo, queda completo.

La propuesta es la de crear una entidad propia, que podría tener un nombre distinto al del acogimiento, puesto que, si bien está inspirada en el mismo, es, como digo, algo distinto, con una configuración que responde a las especiales características de la necesidad que viene a satisfacer. Dicha figura, desdoblada en dos vertientes, sería la de la guarda prenatal o postnatal por entidad privada acreditada, que podría ser ejercida por una acogida residencial o semirresidencial. Su funcionamiento sería el siguiente:

La entidad pública competente, en materia de asistencia social, podría otorgar reconocimiento a entidades privadas (especializadas) para que asumieran, siempre gratuitamente, la guarda prenatal del concebido, así como la guarda postnatal del nacido.

La guarda prenatal podría ser solicitada únicamente por la madre gestante a la entidad privada. Entre la entidad privada y la madre gestante se formalizaría por escrito un contrato de guarda prenatal, en el que se recogerían los derechos y deberes de cada una de las partes, así como la forma en que se desarrollaría dicha guarda. Ello podría ser en régimen de acogida residencial, de acogida semirresidencial, de asistencia domiciliaria o mediante la adopción de otras

(52) Agradezco a Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ el intercambio de ideas mantenido, que me ayudó en esta tarea.

medidas que se ajustasen a las necesidades del caso. El modo de ejercerse la guarda podría variar a lo largo del tiempo, previo acuerdo de las partes.

La duración de la guarda prenatal sería el tiempo que restase de embarazo desde la firma del contrato. La madre gestante podría revocar unilateralmente la guarda en cualquier momento, sin necesidad de justificación, y sin que le fuese exigible compensación económica alguna, respetándose su libertad. De forma que el cese de la guarda prenatal se produciría exclusivamente: *a)* por decisión de la madre; *b)* o por el parto, en cuyo caso el nacido pasaría, si así se hubiera acordado previamente, a la situación de guarda postnatal.

La guarda postnatal se constituiría exclusivamente por solicitud de la madre gestante a la entidad privada. Dicha solicitud podría realizarse en cualquier momento del embarazo, en cuyo caso sería revocable libremente por la madre gestante tanto antes, como después del parto; una vez aceptada por la entidad privada, esta —la entidad— no podría, sin embargo, desvincularse. La solicitud de guarda postnatal podría ser formulada también después del parto y antes de transcurridos dos meses desde el mismo, siendo también revocable libremente por la madre en cualquier momento dentro de ese mismo plazo. De este modo se preservaría siempre la voluntad de la madre. Entre la entidad privada y la madre se formalizaría por escrito un contrato de guarda postnatal, en el que se recogerían los derechos y deberes de cada una de las partes, así como la forma en la que se desarrollaría. Podría ser ejercida dicha guarda por la entidad privada a través de la acogida residencial del nacido o, si así se hubiese acordado con la madre, a través de la acogida residencial o semirresidencial conjunta del hijo y de la madre, o por medio de asistencia a domicilio. La forma en que se ejercitase la guarda podría variar a lo largo del tiempo, previo acuerdo entre la entidad y la madre.

La constitución de acogida postnatal no privaría a la madre ni de la titularidad ni del ejercicio de la patria potestad sobre el nacido.

Sería deseable que, junto a estas medidas, se permitiese una emisión anticipada del asentimiento para dar al hijo en adopción, por supuesto revocable, y que, en modo alguno, constituiría una adopción del *nasciturus*. Así, podría permitirse que la madre pudiera emitir su asentimiento en cualquier momento del embarazo y después del parto, pudiendo revocarlo libremente antes de que transcurriesen dos meses desde el alumbramiento (53). A partir de los dos meses señalados, el asentimiento se convertiría en firme y ya no podría ser revocado.

(53) Con ello, no solo se respetaría el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, sino que, además, se ampliaría el plazo mínimo de reflexión de los treinta días actuales a dos meses, garantizándose así un mayor respeto a la voluntad «real» de la madre. Esta propuesta ha sido también defendida por JARUFE CONTRERAS, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, 2011 (Tesis Doctoral pendiente de publicación).

El marido de la madre gestante también podría prestar el asentimiento a la adopción en los mismos plazos y condiciones que la madre.

Si la madre hubiese prestado asentimiento para la adopción del nacido, tanto antes como después del parto, la guarda postnatal de la entidad privada finalizaría con la constitución del acogimiento preadoptivo, una vez transcurridos dos meses desde el parto, sin que dicho asentimiento hubiese sido revocado. En caso de que la madre no hubiera asentido a la adopción, o hubiese revocado el asentimiento, la guarda postnatal cesaría a los dos meses del parto, si antes no hubiese solicitado el cese la madre. En este caso, si el menor no se insertase en su familia biológica, la entidad pública competente en materia de protección de menores asumiría su tutela, salvo que la madre hubiese solicitado la guarda administrativa.

Las entidades privadas encargadas de la guarda prenatal y postnatal, así como todos cuantos interviniesen en ellas, tendrían obligación de confidencialidad tanto en relación con la madre como con el concebido o ya nacido. El incumplimiento de esta obligación podría ser sancionado, en su caso, conforme a lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, o conforme a la normativa vigente en materia de obligaciones profesionales de reserva y confidencialidad.

Incumbiría al ministerio fiscal la vigilancia de las actividades tuitivas de las entidades privadas guardadoras.

En caso de que el menor hubiese estado sometido a guarda prenatal o postnatal de entidad privada, no sería necesario, para la constitución de una adopción, la propuesta de la entidad pública, sino que sería la propia entidad privada guardadora la que propondría al juez la adopción seleccionando a los adoptantes de entre los declarados idóneos por la entidad pública. También, en ese supuesto, sería la propia entidad privada la que formalizaría, en su caso, el acogimiento preadoptivo.

Se presentó en las Cortes Generales una Proposición de Ley de protección de la maternidad (54) —actualmente caducada (55)—, pero no se atrevió a abordar una reforma en profundidad como la propuesta. Varias Comunidades Autónomas han aprobado leyes de apoyo a la maternidad (56), otras están en

(54) BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 222-1, de 9 de febrero de 2010, págs. 1 y sigs.

(55) BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 648, de 28 de octubre de 2011, pág. 17.

(56) Ley de Castilla y León 14/2008, de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada; Ley valenciana 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad y Decreto 13/2011, de 11 de febrero, del Consell, por el que se desarrolla la Ley de Protección a la Maternidad; Ley murciana 11/2009, de 1 de diciembre, por la que se establece y regula una Red de Apoyo a la Mujer Embarazada; Ley canaria 1/2010, de 26 de febrero, de Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley gallega 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada;

trámite de hacerlo, pero tampoco incluyen estos aspectos, sobre todo por cuestiones competenciales.

3. CONCLUSIONES

Es hora de valorar el horizonte de posibilidades que se atisba desde la atalaya del acogimiento, a la que nos habíamos subidos para trasladar el acogimiento más allá de los menores.

Ese traslado hemos visto que resulta muy oportuno, por razones distintas, en cada uno de los sectores analizados: en relación con los incapacitados, para acercar la protección funcional de los incapacitados, a la que el legislador se ha asomado tímidamente, a la protección funcional de los menores, completando y haciendo, en consecuencia, eficaz esa incipiente regulación que, en la actualidad, resulta de difícil aplicación. En relación con la tercera edad, para hacer frente desde un modelo familiar de sustitución a la disponibilidad cada vez menor para prestar el cuidado diario por parte de las familias de origen al cada vez más elevado número de ancianos de nuestra sociedad. Y en cuanto a los *nascituri*, para atender al vacío tuitivo de los mismos en su ámbito asistencial, que, si siempre había resultado inquietante, en la actualidad, tras la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, resulta necesario cubrir.

Repensando, por tanto, todas estas situaciones a la luz del acogimiento, lo que observamos es que es posible el traslado de su esencia y estructura interna a todas ellas, adaptándolo a las especialidades de cada grupo y desembocando en figuras con entidad propia que bien podrían ser modalidades del mismo:

Así, en el caso de los incapacitados, es posible, dada la proximidad de instituciones tuitivas de los menores y los incapacitados y de sus necesidades, un acogimiento, que requerirá, no obstante, un diseño específico para adaptarse a las diferencias que, a pesar de todo, hemos visto que existen. Acogimiento que, en la actualidad, no existe en el régimen del Código Civil, y que es deseable que el legislador estatal configure.

También el acogimiento en esencia resulta apto para atender a las necesidades de guarda de la tercera edad, si bien, nuevamente, con las oportunas especialidades. En el ámbito estatal no se ha abordado todavía este tema, pero algunos legisladores autonómicos, inspirándose en el acogimiento familiar de menores, sí han regulado la acogida de los mayores dotándola de caracteres propios al adaptarla al mundo de la tercera edad.

Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad; Ley madrileña 3/2011, de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

Por último, contemplar al *nasciturus* desde la perspectiva del acogimiento nos lleva a una figura, que manteniendo la esencia de aquel, tiene una entidad propia: la guarda en su doble vertiente: prenatal y postnatal, que podrá ser ejercida por una acogida en los términos ya apuntados.

Esta escalada a la atalaya del acogimiento para observar desde allí a otros sectores desprotegidos o, dicho de otra manera, esta búsqueda de soluciones a situaciones de desprotección en el modelo familiar de sustitución que el acogimiento representa resulta reconfortante porque permite comprobar que, en los tiempos que corren, la familia sigue siendo considerada como el hábitat idóneo para el crecimiento, el desarrollo, el cuidado y el ocaso de las personas. La familia es, continuando con el símil, como el agua para el pez. Y cuando el agua de la pecera tiene un problema, la sociedad y el legislador, lo acabamos de ver, buscan la solución en el cambio de agua.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS y PALACIOS: *Acogimiento familiar*, Madrid, 2004.
- ARCOS VIEIRA: «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJN*, julio-diciembre de 2003, núm. 36, págs. 51 y sigs.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997.
- CAPARRÓS CIVERA y JIMÉNEZ AYBAR: *El acogimiento familiar*, Madrid, 2001.
- DÍEZ GARCÍA: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, 2004.
- ESTEBAN DE LA ROSA: *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000.
- GARCÍA CANTERO: «Notas sobre el acogimiento familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1992, págs. 305 y sigs.
- GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA: *Acogimiento y adopción*, Madrid, 2004.
- GOUBEAUX: «Les personnes», en *Traité de Droit Civil* —dir.: GHESTIN—, París, 1989.
- HERAS HERNÁNDEZ: *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, 2002.
- «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», en *BDP*, 2004, págs. 443 y sigs.
- «La tutela legal del artículo 239 del Código Civil. El concepto de desamparo», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 2007, págs. 165 y sigs.
- IGLESIAS REDONDO: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.
- JARUFE CONTRERAS: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, 2011 (Tesis Doctoral pendiente de publicación).

- JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA: «El acogimiento familiar de adultos mayores en España», en *Geriatricanet.com*, vol. 3, núm. 2, 2001.
- LEGERÉN MOLINA: «Comentario al artículo 239 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 1118 y sigs.
- LINACERO DE LA FUENTE: *Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 2001.
- LLÁCER MATAACÁS y GRAMUNT FOMBUENA: «Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad», en *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán*, Barcelona, 2000, págs. 395 y sigs.
- LLEBARÍA SAMPER: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», de *ADC*, 1992, págs. 1391 y sigs.
- «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, págs. 185 y sigs.
- «La Convención sobre los Derechos del Niño veinte años después: una aproximación desde la perspectiva de familia», en la *Jornada: XX años de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 6 de febrero de 2010 (no publicada).
- MAYOR DEL HOYO: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999.
- «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 867 y sigs.
- «Comentario al artículo 173 bis del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 884 y sigs.
- MÉNDEZ PÉREZ: *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991.
- PÉREZ MARTÍN: *Derecho de Familia, V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ: *El desamparo de menores*, Navarra, 2005.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO, JIMÉNEZ BAUTISTA: «La situación de desamparo», en *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Madrid, 2007, págs. 93 y sigs.
- NORIEGA RODRÍGUEZ: «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del nasciturus», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2009-2010, págs. 81 y sigs.
- PÉREZ ÁLVAREZ: «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, págs. 709 y sigs.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI: *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos», en *RJN*, núm. 46, abril-junio de 2003.
- SERRANO GARCÍA, I.: «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, págs. 231 y sigs.

- TEJEDOR MUÑOZ: «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores* (coord.: LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, 2007.
- «La guarda y el acogimiento de menores», en *Protección jurídica del menor* (VV.AA.), Madrid, 2009.
- VAQUER ALOY: «El acogimiento preadoptivo», en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (eds.: ESPIAU y VAQUER), Madrid, 1999, págs. 117 y sigs.
- VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.
- VV.AA.: «El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados», en *Observatorio de la Infancia*, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, núm. 6, 2008.
- VICENT LÓPEZ: «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, núm. 652-653, enero-febrero de 1999, págs. 85 y sigs.

RESUMEN

ACOGIMIENTO
INCAPACIDAD
TERCERA EDAD
NASCITURUS

Tras veinticinco años de existencia en nuestro ordenamiento jurídico, el acogimiento, y especialmente el familiar, se ha consolidado como el mecanismo óptimo para hacer frente a las necesidades de guarda de los menores en situación de riesgo o desprotección efectiva. Por ello resulta oportuno plantearse su proyección más allá del ámbito de la protección de los menores a otros colectivos vulnerables: el de las personas incapacitadas judicialmente, que en la actualidad, salvo en Aragón, no tienen acceso a este mecanismo tuitivo; el de la tercera edad, cada vez más numeroso y con mayores dificultades asistenciales, al que ya se han acercado Cataluña y Navarra; y, por último, el de los nascituri.

ABSTRACT

FAMILIES OF RECEPTION
DISABILITY
ELDERLY
NASCITURUS

After twenty five years of existence in our legal system, the placement of minors specially in families of reception, has consolidated its position as the optimal mechanism to confront the need of protection of the minors who are in a precarious situation or experience effective desprotection. Therefore, it may seem appropriate to assess the extension of this mechanism, beyond the custody of minors, to other vulnerable groups, such as 1) persons with disabilities, who, except in Aragon, currently lack access to this tuitive mechanism; 2) the elderly, an increasingly populated group, whose case has been already tackled by Catalonia and Navarra; and 3) the nascituri.

(Trabajo recibido el 8-2-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

La hipoteca de la vivienda familiar en el Derecho catalán (*)

por

SUSANA NAVAS NAVARRO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA VIVIENDA «FAMILIAR» EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN:
 1. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR EL LIBRO II CCC.
 2. EL CONCEPTO DE VIVIENDA «FAMILIAR».
 3. EL DOMICILIO FAMILIAR.
- III. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA ESTABLE:
 1. DERECHOS HIPOTECABLES.
 2. EL HIPOTECANTE. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR LA HIPOTECA.
 3. EL «CONSENTIMIENTO» DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO *CONDITIO IURIS*:
 - 3.1. *Concepto de «negocio de disposición» del artículo 231-9 CCC y su relación con el artículo 569-31 CCC.*
 - 3.2. *El «consentimiento» del cónyuge o conviviente o, en su caso, su sustitución por la autorización judicial.*

(*) Este estudio se inserta en el programa de trabajo del «Grup de Dret Civil català 2009SGR221» y en el Proyecto de investigación DER2010-17949. Agradezco a la señora Esther SAIS RE, Registradora de la Propiedad de Roses-2 y profesora asociada de Derecho Civil en la UAB, la lectura detenida del presente trabajo. Los errores que haya solo son imputables a su autora.

- 3.2.1. La *conditio iuris* como requisito de eficacia del negocio.
 - 3.2.2. El «consentimiento» o, en su caso, «la autorización judicial» como requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca.
4. LA «MANIFESTACIÓN» DEL CARÁCTER «NO FAMILIAR» DE LA VIVIENDA:
 - 4.1. *Configuración jurídica de la «manifestación».*
 - 4.2. *Manifestación falsa o errónea.*
 5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE BUENA FE:
 - 5.1. *Concepto de «buena fe».*
 - 5.2. *La «impugnación» por el cónyuge o conviviente no titular. El «no perjuicio» del acreedor hipotecario.*
- IV. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL O EXTINCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE:
1. PACTOS DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN PREVISIÓN DE UNA CRISIS FUTURA.
 2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 233-25 CCC.
 3. EL «NO PERJUICIO» DEL DERECHO DE USO DEL NO TITULAR.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 231-9 CCC establece el régimen jurídico específico de la vivienda que ostenta el carácter de «familiar» en caso de matrimonio o de convivencia estable si se trata de una pareja de hecho (1). Este régimen regula esencialmente los requisitos para que, en general, un negocio de disposición que concierna a la vivienda familiar (2) y que lleva a cabo el titular exclusivo o el titular de una cuota del derecho real que recae sobre la misma sea eficaz. El negocio de disposición, al cual se aplica este régimen, tiene que comprometer el uso que se hace de la vivienda. En caso contrario, se aplica el régimen jurídico general en cuanto la vivienda es un bien («cosa») sometido al derecho patrimonial (3).

Dentro de los negocios de disposición se encuentran los dirigidos a constituir un gravamen sobre la vivienda, como es en el caso que nos ocupa, la cons-

(1) La Interlocutoria del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 2 de junio de 2004, afirmó que: «*tots aquests preceptes orienten una projecció comuna: la protecció de l'habitatge que és seu d'una família o de la parella a ella assimilada. No hi ha, per tant, cap mena de raó o base per a una regulació discriminatòria i, en l'àmbit estrictament registral en el que ara ens movem, és predicable la ininscripibilitat dels actes anul·lables, com són, segons s'ha vist, els dispositius de l'habitatge sense consentiment del convivent...».*

(2) No desconocemos que el artículo 231-9 CCC también se ocupa de los actos de disposición sobre los muebles de uso ordinario. Nosotros, sin embargo, nos centraremos solo en la vivienda familiar.

(3) Como se recordará, el artículo 511-1.1 CCC considera como «bienes» las «cosas» y los «derechos patrimoniales».

titución de una hipoteca que no necesariamente afecta ni compromete el uso que se extrae de aquella, al menos de forma directa e inmediata. El legislador catalán ha entendido, sin embargo, necesario extender ese régimen jurídico específico de la vivienda, que se encarna principalmente en el artículo 231-9 CCC, aunque no solo en él, por ser «familiar» también a la constitución de una hipoteca sobre la misma, si bien, en nuestra opinión, la extensión no ha sido total, ya que la configuración jurídica de la necesidad de «consentimiento» (*rectius*, asentimiento) del otro cónyuge o conviviente y los efectos jurídicos que se derivan en caso de ausencia no parecen ser los mismos.

Es el artículo 569-31 CCC el que reguló, por primera vez, aunque no en toda su extensión, en el Derecho catalán, la hipoteca de la vivienda familiar. Este precepto ha sido modificado por el Libro II CCC (Disposición Final tercera) que ha introducido dos novedades: la primera, se suprime la referencia a «*el cónyuge o la cónyuge y al conviviente y a la conviviente*» y se sustituye por «*el cónyuge y el conviviente*», como consecuencia de la Disposición Final primera del Libro IV CCC, en virtud de la cual se añade un nuevo artículo 7 al Libro I CCC, referido al trato del género en las denominaciones referidas a personas, entendiéndose que las denominaciones en género masculino incluyen tanto mujeres como hombres, salvo que del contexto se deduzca lo contrario. La segunda novedad se centra en el apartado 2 del artículo 569-31 CCC, en el que se ha sustituido la expresión «*la persona que hipoteca...*» por «*el cónyuge o convivient en parella estable que hipoteca*».

Por otro lado, se ha mantenido indebidamente el título del precepto aludiendo a *habitatge comú* que era la terminología propia de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas (arts. 11 y 28), ahora derogada por el Libro II CCC. En este, la vivienda «común» ha pasado a denominarse también «vivienda familiar» (arts. 234-3.2, 234-8 CCC). Cabe esperar que en una futura corrección de errores o en una eventual futura modificación del Libro II CCC este olvido sea corregido.

Como el objeto sobre el que recaen los derechos hipotecables es la vivienda familiar, conviene detenerse en cómo aparece esta contemplada por el Derecho Civil catalán. A ello dedicamos el siguiente epígrafe.

II. LA VIVIENDA «FAMILIAR» EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

1. LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA POR EL LIBRO II CCC

El CCC utiliza preferentemente la expresión *vivienda familiar* (arts. 231-9: disposición de la vivienda familiar; 231-17: embargo y concurso de acreedores en caso de que la vivienda familiar se haya adquirido con pacto de supervivencia; 232-22.2: pago del crédito en régimen de participación en las ganancias; 233-1.1

letra f): medidas provisionales; 232-2.3 letra b): medidas acordadas en convenio regulador; 233-4.2: medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial; 233-20: atribución o distribución del uso de la vivienda familiar; 234-3.2: uniones estables de parejas; 234-8: atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en caso de extinción de la pareja estable; 442-5: conmutación del usufructo universal; 569-5: derecho de retención de la vivienda familiar; 569-31: hipoteca de la vivienda familiar), si bien, a veces, también utiliza la expresión, aunque es menos frecuente de *vivienda conyugal* (arts. 231-30: derecho al ajuar doméstico de la vivienda conyugal; 231-31: año de viudedad; 232-38.2: división de los bienes comunes en caso de que el régimen económico matrimonial sea el de comunidad de bienes; 442-5: conmutación del usufructo universal).

Cuando el legislador emplea la primera expresión —vivienda familiar— está pensando en el grupo familiar, por tanto, no solo cónyuges o convivientes, sino también otros miembros y, concretamente, hijos comunes y no comunes menores de edad independientemente de su filiación, que tienen la sede, su domicilio, en esta vivienda. La expresión «familiar» tiene en el Libro II CCC un sentido más amplio que en la legislación derogada. En efecto, en el CF, la expresión «vivienda familiar» se reservaba a la familia de base matrimonial. En cambio, cuando la familia no tenía esa base matrimonial se usaba la expresión, como se ha indicado en la introducción, de «vivienda común». De acuerdo con la «heterogeneidad del hecho familiar» (art. 231-1 CCC), se amplía el sentido de la expresión «vivienda familiar» en el Libro II CCC. Ahora bien, no es lo mismo «vivienda familiar» que *vivienda de uso de la familia*, como lo evidencia el artículo 231-5.1 letra b) CCC. Viviendas de uso de la familia pueden serlo tanto la vivienda «familiar» como lo pueden ser otras; así, supuesto socialmente más típico, segundas residencias o viviendas de veraneo, etc...

La vivienda también aparece descrita por el legislador catalán como *llar* (hogar) (art. 233-12.1 CCC: plan de parentalidad) o como *casa seva* (art. 237-10.2 CCC: alimentos).

La expresión «vivienda conyugal» suele reservarla el legislador para hacer referencia a los derechos del cónyuge y su protección: es el caso de los beneficios viduales (arts. 231-30 y 231-31 CCC, para los convivientes) y la división de bienes comunes en caso de comunidad de bienes como régimen económico específico del matrimonio (art. 232-38.2 CCC) o la conmutación del usufructo universal (art. 442-5 CCC) donde el legislador utiliza la doble expresión «vivienda familiar o conyugal», precepto también aplicable a los convivientes. En cambio, en el régimen de participación en las ganancias, en caso de pago del derecho de crédito a un cónyuge, el legislador utiliza indebidamente la expresión «familiar» cuando debería de haber empleado la expresión «conyugal» (art. 232-22.2 CCC).

Vivienda «habitual» es una locución empleada por el legislador para designar la vivienda donde conviven acogedor y acogido (art. 2.1 LAPG) y en situaciones

convivenciales de ayuda mutua (arts. 240-1 CCC). Esto demuestra que el legislador catalán no ha contemplado estas situaciones de convivencia como situaciones de convivencia de un grupo familiar, es decir, que no considera estas situaciones como «familiares», como heterogeneidad del hecho familiar predicada en el art. 231-1 CCC. Sin embargo, existe un régimen jurídico específico que regula la situación de esta vivienda en caso de extinción del acogimiento (art. 7 LAPG) o de la convivencia de ayuda mutua (art. 240-6 CCC).

2. EL CONCEPTO DE VIVIENDA «FAMILIAR»

La vivienda es la sede específica donde se localiza el domicilio familiar (4), de ahí su denominación como vivienda «familiar» y la identificación entre los dos conceptos, aunque, desde un punto de vista jurídico, no signifiquen lo mismo.

La vivienda familiar pertenece a la categoría de los bienes inmuebles (art. 511-2 CCC) y, por tanto, es un objeto patrimonial. El dato de que sea la sede del domicilio familiar supone que se encuentre sometido, como se ha cuidado de destacar la doctrina (5), a un doble régimen jurídico: en primer término, como lugar de ejercicio y desarrollo de la relación conyugal o convivencial y de las diferentes relaciones jurídico-familiares y, en segundo lugar, como objeto patrimonial. Desde la primera perspectiva, el hecho de que la vivienda se califique de «familiar» supone «residencia» y «convivencia» de los miembros de la familia. Precisamente, para fijar el lugar que constituye la sede del domicilio familiar se requiere la «residencia habitual» (vid. art. 463-2.2 CCC). Una vez fijado el domicilio, este se independiza de la residencia habitual permitiendo que subsista el domicilio «familiar» en situaciones de crisis matrimonial donde no hay convivencia ni tampoco residencia entre los cónyuges o convivientes, aunque sí respecto de los otros miembros de la familia, concretamente, respecto de los hijos comunes menores de edad. Desde la segunda perspectiva, por el hecho de que es «familiar», la vivienda se encuentra sometida a una regulación especial diferente de la regulación ordinaria, esto es, si no se tratara de una vivienda «familiar» (v. gr., segundas residencias, que son viviendas de «uso familiar», no vivienda «familiar»), lo que se pone de manifiesto en el artículo 231-9 CCC.

Para que una vivienda pueda considerarse «familiar», se requiere un «acto de destinación» por parte de su o de sus titulares. Este «acto de destinación» supone una declaración de voluntad en virtud de la cual un determinado bien, en este caso, la vivienda, pasa a desarrollar una nueva función económica diferente de la que venía desarrollando y, como consecuencia de ello, se modifica

(4) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, págs. 36-37.

(5) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 37.

su régimen jurídico (hasta ese momento, ordinario) siendo sustituido por un régimen jurídico especial (6). El bien ha de ser idóneo para adaptarse al nuevo destino económico. Este régimen jurídico especial no afecta a la titularidad sobre la vivienda que se mantiene tal y como se configuró en su momento —ya fuera de carácter personal o real—, sino que afecta al ejercicio de esa titularidad en el sentido de que la modificación del régimen jurídico comportará una serie de limitaciones o restricciones que no existen en el régimen jurídico ordinario de este bien (7). Concretamente, como veremos, se verá afectado el poder de disposición sobre la vivienda familiar.

Este régimen jurídico es, además, independiente del régimen económico específico que rija el matrimonio (art. 231-9.1 CCC: *Amb independència del règim econòmic matrimonial aplicable...*) y de los pactos establecidos por los convivientes reguladores de su convivencia (art. 234-3.1 CCC).

3. EL DOMICILIO FAMILIAR

El Derecho catalán no regula el domicilio de modo específico aunque, como ha notado la doctrina (8), se refiere a él en diferentes normas o varias veces en una misma norma. El legislador catalán considera como domicilio el *lugar o lugares donde se vive habitualmente* (art. 233-9.2 CCC: plan de parentalidad; art. 236-17.2: contenido de la potestad parental). Por tanto, es el lugar donde se localiza habitualmente a la persona física o jurídica (art. 311-8 CCC: domicilio de las personas jurídicas) también a efectos de notificaciones o procesos judiciales [arts. 569-5.2 y 569-5.4 letra c) CCC: derecho de retención].

El domicilio puede ser tanto de «derecho» como de «hecho». Así, lo precisa, si bien indirectamente, el artículo 236-11.5 CCC, cuando se refiere a las obligaciones de guarda que corresponden a los progenitores en caso de vida separada de los mismos, atribuye esas obligaciones al progenitor con el que los menores *de hecho o derecho* residan habitualmente. Este último es acordado por los cónyuges o los convivientes (art. 231-3.1 CCC) en cuanto a ellos corresponde la dirección de la familia (art. 231-4 CCC). Elegir el domicilio supone tener plena capacidad de obrar (art. 211-3 CCC) o capacidad de obrar limitada pero que se pueda complementar, como en el caso del menor emancipado (art. 211-7 CCC).

(6) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 53-54.

(7) BADOSA COLL, Ferran, «El poder de disposició en el Dret Civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», en BADOSA COLL, Ferràn/GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, pág. 61; ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 60-62.

(8) BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2003, pág. 145.

En caso de menor de edad no emancipado o tutelado, el domicilio lo fija la ley: artículo 222-39 CCC, para el segundo, y artículo 233-11.1 letra a) (art. 38 LDOIA) (9) para el primero. También se considera «legal» cuando lo fija la autoridad judicial (art. 231-3.2 CCC: domicilio familiar; art. 233-4.2 CCC: como medida judicial definitiva en caso de crisis matrimonial).

El legislador catalán también da al domicilio un sentido «local», «territorial» («municipal» o «comarcal») (10) que depende de la norma de que se trate (art. 428-3 CCC: disposiciones para sufragios y obras pías; art. 442-3 CCC: en caso de la sucesión intestada de la Generalitat y destino de los bienes relictos).

Con la expresión «domicilio familiar», el legislador catalán designa un único lugar de localización de una pluralidad, de un grupo de personas que conforman el grupo familiar. Por tanto, es una designación unitaria de domicilios individuales. La familia, como tal, no tiene personalidad jurídica, por ello no puede tener un domicilio (arg. *ex art.* 311-8 CCC: personas jurídicas). El domicilio tiene que referirse a cada uno de los miembros que forman ese grupo familiar. El domicilio tiene una doble dimensión en el ordenamiento jurídico catalán: conyugal y familiar. Esta doble dimensión permite salvar el obstáculo de la falta de personalidad de la familia. La existencia de un domicilio familiar no excluye la existencia de domicilios individuales de cada uno de los miembros de la familia dado que, en nuestro ordenamiento jurídico, se admite la pluralidad de domicilios (11).

El domicilio familiar cumple otra función: ser el lugar donde se localizan legalmente unas concretas relaciones jurídicas que vinculan a las personas que tienen su sede en este domicilio independientemente de que la residencia efectiva de estas personas se dé en esta sede o en otra (12). Este hecho se patentiza en sede de tutela (art. 222-39 CCC), que diferencia entre lugar de residencia y domicilio del tutelado o en sede potestad parental [art. 233-9.2 letra a), art. 236-11,5 y art. 236-17.2, 17.6 CCC) donde se alude al lugar o lugares de residencia habitual de los menores independientemente de la sede su domicilio.

Estas relaciones jurídicas son de dos tipos: la relación conyugal o convivencial y la relación paterno-filial. En ambos casos existe un deber que es el *deber de convivencia* (art. 231-2 CCC: matrimonio; art. 234-1 CCC: es el elemento fáctico mismo en el que se asienta la pareja estable; art. 236-17.1 CCC: deber de convivencia de los progenitores con sus hijos sometidos a la potestad parental), lo que no quiere decir que dicho deber se deba cumplir en el domicilio designado como «familiar»; puede tener lugar también en otros lugares

(9) Llei 14/2010, de 27 de mayo, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (DOGC, núm. 5641, de 2 de junio de 2010. En adelante, esta ley será abreviada como LDOIA).

(10) BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual*, pág. 146.

(11) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 26-28.

(12) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 28-29.

de residencia que no tengan la consideración de domicilio, lo que se observa claramente en sede de potestad parental [art. 233-9.2 letra a) CCC]. Ahora bien, el lugar donde legalmente se puede exigir el cumplimiento de este deber es el que tiene la consideración de domicilio familiar (13). El deber de convivencia supone la residencia habitual de los miembros de la familia, que no quiere decir necesariamente conjunta. La convivencia es un criterio legal mientras que la residencia es un concepto fáctico. Por eso, pueden convivir legalmente diferentes miembros de la familia sin que materialmente vivan juntos (14).

Debe advertirse, no obstante, que así como en materia de potestad parental (art. 236-17.1 CCC), el legislador especifica que los progenitores deben convivir con los hijos menores de edad o en materia de tutela, el tutor debe convivir con el tutelado (art. 222-39 CCC), si bien en este caso, tutor y tutelado no constituyen familia; no sucede lo mismo en relación con los cónyuges. En efecto, el artículo 231-2 CCC alude a los deberes de respetarse mutuamente, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo. Nada advierte respecto de un deber de convivencia (15). Ahora bien, en la medida que el matrimonio, como advierte el precepto, establece un vínculo jurídico que origina una comunidad de vida (art. 231-2.1 CCC) y este vínculo jurídico está constituido por un conjunto de deberes y derechos, se debe deducir la existencia de este deber de convivencia para poder hacer efectivos, para poder cumplir estos deberes y para que se puedan exigir (16).

Si el grupo que convive no forma un grupo familiar, como en el caso del acogimiento de personas mayores o de las situaciones convivenciales de ayuda mutua, el domicilio donde residen no es el domicilio familiar sino el domicilio individual de cada uno de los miembros de este grupo. No existe, consiguientemente, la designación unitaria de los domicilios de diferentes personas entre las cuales sí tiene lugar la convivencia.

El artículo 231-3.1 CCC establece los criterios para determinar el domicilio familiar. Primero, los cónyuges (o convivientes dentro de los pactos que han de regir la convivencia, arg. *ex art.* 234-3.1 CCC) de común acuerdo, si bien, frente a terceros se considera domicilio aquel donde los cónyuges (o convivientes) conviven habitualmente o uno de ellos con la mayor parte de la

(13) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 30 y sigs.

(14) NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los artículos 236-14 y 236-15 del Libro II CCC, relativo a la persona y la familia», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 656-658.

(15) SALVADOR CODERCH, Pablo/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Comentari a l'art. 1 CF», en ÈGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 62.

(16) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 35.

familia, de suerte que el legislador hace coincidir, pero solo frente a terceros, el elemento fáctico (la residencia) con el jurídico (la convivencia). Se unifican así, para proteger a los terceros, los posibles domicilios individuales de cada uno de los miembros del grupo familiar (17). Entendemos aplicable la presunción *iusuris tantum* también a los convivientes en unión estable, dada la voluntad del legislador catalán de equiparación entre cónyuges y convivientes, lo que ha llevado a cambiar la terminología, como hemos advertido, respecto de la vivienda común, ahora, familiar.

Esta presunción *iusuris tantum* hará difícil, según el supuesto, la alegación por parte de los terceros de su buena fe, en el sentido de ignorancia del hecho de que la vivienda de la cual se dispone no era familiar (18).

Si los cónyuges o convivientes no se ponen de acuerdo, será la autoridad judicial quien fijará el domicilio familiar teniendo presente el interés de la familia. Esta determinación se hace «a los efectos legales» (art. 231-2.2 CCC), lo cual no elimina que la residencia efectiva se desarrolle en otro lugar. De nuevo, se hace patente la distinción entre convivencia legal y residencia efectiva.

III. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA ESTABLE

1. DERECHOS HIPOTECABLES

El objeto sobre el cual recae la hipoteca es, según prescribe el artículo 569-31.1 CCC, *drets o participacions de l'habitatge familiar*. El objeto de la hipoteca son los derechos de carácter real que se ostenten sobre la vivienda familiar, ya se trate de la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges o convivientes o de una titularidad por cuotas, en la que cada cónyuge o conviviente ostenta la titularidad de una o de varias, pero no todas, de esas cuotas. La redacción del artículo 231-9.1 CCC parece más acertada cuando alude a «...*disposició del seu dret...*». Las «*participacions*» a las que se refiere el precepto son las «*quotes indivises*» a las que alude el artículo 231-9.1 CCC.

Los derechos hipotecables son, como acabamos de afirmar, los derechos de carácter real (arts. 569-27 CCC, 106-107 LH) que, además, sean derechos reales

(17) SANTDIUMENGE FARRÉ, Josep, «Comentari a l'art. 2 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 75.

(18) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 421, nota a pie página núm. 542.

con contenido posesorio (19). Por tanto, no solo el derecho de propiedad, sino también otros derechos reales que tuvieran ese contenido, así, el derecho de usufructo (art. 561-9.1 CCC), el derecho de uso y habitación (art. 562-4 CCC) (20) o el derecho real de aprovechamiento parcial (art. 563-1 CCC) (21). Es decir, derechos reales que impliquen o puedan implicar la posesión de la vivienda familiar (22) ya se ostenten en titularidad exclusiva o solo una cuota de dicha titularidad por el cónyuge o conviviente (art. 552-3.1 CCC). Esa titularidad legítima, a su vez, la posesión del cónyuge o conviviente no titular.

En caso de cotitularidad en el usufructo conjunta y simultáneamente a favor de cónyuges, convivientes estables o hijos o hermano del constituyente, salvo que el título de constitución del usufructo estableciera otra cosa, cuando uno de ellos fallezca, la cuota de este acrece en proporción a los usufructuarios sobrevivientes (art. 561-14.1 CCC) (23). Esto plantea inmediatamente la cuestión de si a ese acrecimiento se extiende la hipoteca que se ha constituido sobre una cuota del derecho real de usufructo. En nuestra opinión, ello solo sería posible si se ha pactado expresamente en el momento de constitución de la hipoteca. El supuesto no es de los que los artículos 109-111 LH considera como extensión objetiva de la hipoteca. Lo mismo debe afirmarse en caso de renuncia a una cuota del derecho real de usufructo. Como se sabe, en este caso, también opera el acrecimiento a favor de los otros cotitulares (art. 552-5.2 CCC). Pero esta circunstancia no supone sin más la extensión de la hipoteca. De la misma manera que la división de la cotitularidad no debe perjudicar al titular del derecho real de hipoteca (art. 552-12.2 CCC), el cual conserva su derecho, tampoco puede beneficiarse de los acrecimientos que sobrevengan si no se ha pactado expresamente.

(19) GINEBRA MOLINS, M.^a Esperança, «Comentari a l'art. 569-31 CCC», en Colegio de Registradores (ed.), *Comentarios al Libro V de derechos reales*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 1943; MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Doctrina de la direcció general de dret i d'entitats jurídiques (desembre 2009-febrer 2010)», *Indret* 2/2010, pág. 8.

(20) Hay que tener presente que respecto de este derecho real solo se podrá constituir la hipoteca si el propietario del bien inmueble consiente la constitución de la misma (art. 562-4.1 CCC).

(21) En este caso, hay que entender que, por remisión del artículo 563-1 CCC, es aplicable la norma del artículo 569-1.1 CCC, relativa a la disposición del usufructo y, consiguientemente, el derecho de aprovechamiento parcial será hipotecable.

(22) En la *RDGDEJ de 20 de diciembre de 2009* (DOGC, núm. 5559, de 3 de febrero de 2010) se constituyó una hipoteca sobre la plena propiedad que recaía sobre una vivienda cuya titularidad se hallaba dividida en nuda propiedad y usufructo. Al hipotecarse la plena propiedad era necesario el consentimiento del usufructuario.

(23) Lo advertido en el texto también se aplica en caso de que el derecho real del cual se es cotitular y se hipoteca sea un derecho real de aprovechamiento parcial, dado que el artículo 563-1 CCC hace una remisión a las normas del usufructo en aquello que sean compatibles (al respecto, vid. NAVAS NAVARRO, Susana, «El derecho real de aprovechamiento parcial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 200 y sigs.).

2. EL HIPOTECANTE. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR LA HIPOTECA

El hipotecante o sujeto pasivo de la hipoteca puede constituir la en garantía de una deuda propia o de una deuda ajena del tipo que sea (art. 569-28 CCC y art. 105 LH). Ahora bien, para que esta hipoteca sea válida se requiere la capacidad de obrar necesaria y para que sea eficaz, el «consentimiento» del cónyuge o conviviente no titular o, en su defecto, la autorización judicial. Se trata, por tanto, de diferenciar entre requisitos de validez y requisitos de eficacia del derecho real de hipoteca constituido sobre la vivienda familiar.

A la capacidad para constituir una hipoteca se refiere el artículo 569-29 CCC (24). En concreto, interesa el segundo apartado (25) del mencionado precepto en el que se hace una remisión a los requisitos previstos en el propio CCC u otras leyes en relación con la enajenación y el gravamen de los bienes de los menores de edad e incapacitados.

Respecto de los menores de edad, necesariamente, debe diferenciarse, como viene siendo habitual en esta materia, entre menores emancipados y no emancipados. Los primeros necesitan el complemento de capacidad para realizar los actos a los que se refiere el artículo 236-27.1 CCC [art. 211-12.1 letra *a*) CCC]. Este precepto recoge aquellos actos para los cuales los progenitores titulares de la potestad parental necesitan la autorización judicial como hace respecto del tutor el artículo 222-43.1 CCC. Concretamente, en la *letra a*) se alude a gravar bienes inmuebles. Luego, para que un menor de edad emancipado pueda constituir un derecho real de hipoteca sobre un bien inmueble necesitará el complemento de capacidad correspondiente de su progenitor o, en caso de menor casado, del cónyuge mayor de edad (art. 211-7.2 CCC). No obstante, cabría la posibilidad para el menor emancipado, a tenor del artículo 211-13 CCC, de solicitar la autorización judicial y así poder llevar a cabo el acto de constitución sin necesidad de ese complemento de capacidad en caso de imposibilidad o desacuerdo entre las personas que han de prestar el complemento de capacidad o si estas no lo otorgan sin que exista causa que lo justifique. Esta autorización judicial será necesaria para aquellos actos que requieran el complemento de capacidad; no lo será, en cambio, para aquellos actos que no requieran el referido complemento permitiendo que el menor emancipado actúe por sí mismo. Una cuestión interesante se plantea en relación con la remisión que el artículo 211-12.1 letra *a*) CCC hace a los «actos» a los que alude el artículo 236-27.1 CCC. En efecto, el artículo 211-12.1 CCC considera que es necesario el complemento de capacidad en relación

(24) Este precepto ha sido modificado por el Libro II CCC (Disposición Final tercera).

(25) El primer apartado del artículo 569-29 CCC confunde legitimación para disponer de los bienes con capacidad de obrar (DEL POZO CARRASCOSA, Pere/VAQUER I ALOY, Antoni/BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil vigente en Cataluña. Derechos Reales*, 3.^a ed., Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2010, pág. 565).

con los actos que se refieren en el segundo precepto. Estos actos son actos para los cuales los progenitores precisan la autorización judicial. Cabría plantearse, pues, si cuando el legislador considera, en el propio artículo 236-27.1 CCC, que no es necesaria la autorización judicial para que los progenitores puedan actuar en nombre del menor, tampoco es necesario el complemento de capacidad del progenitor o tutor o, en su caso, del cónyuge mayor de edad o del curador (art. 223-5 CCC). Así, por ejemplo, para gravar un bien inmueble o subrogarse en un gravamen preexistente se necesita el complemento de capacidad de la misma manera que, si el acto de disposición se refiere a bienes de titularidad del menor de edad no emancipado, los progenitores precisan de la autorización judicial. En cambio, como se pone de relieve después, si la constitución del gravamen o la subrogación en el mismo se hizo para financiar la adquisición del bien (en nuestro caso, la vivienda) no es necesaria la autorización judicial, ¿quiere ello decir que no será necesario, en caso de menor emancipado, el complemento de capacidad? Interpretado literalmente el artículo 211-12.1 letra a) CCC, alude a «actos» prescindiendo de si esos actos requieren autorización judicial o no. La remisión es a los diferentes «actos» que en el listado del artículo 236-27.1 CCC se contienen. Ahora bien, esta interpretación abocaría a la práctica equiparación entre menor emancipado y no emancipado, puesto que pocos serían los actos que el primero podría hacer por sí mismo, aunque se lo equipare al mayor de edad (art. 211-7.1 CCC). Por eso, se podría entender que cuando el precepto excluye la autorización judicial por no considerarla necesaria, debería no ser necesario el complemento de capacidad para el menor emancipado. Con todo, al final, resulta que para donar, por ejemplo 10.000 euros, se necesita el complemento de capacidad; mientras que para tomar dinero a préstamo con la intención de financiar la adquisición de un bien (en nuestro caso, una vivienda), por ejemplo, 200.000 euros, no se necesitaría, como tampoco los progenitores necesitan la autorización judicial en este caso. Tampoco se necesitaría la autorización judicial y, por tanto, tampoco el complemento de capacidad, para la constitución de un gravamen o subrogación en uno ya existente como garantía de la devolución de ese préstamo.

En caso de menores no emancipados, la constitución de la hipoteca requerirá, como hemos advertido, la autorización judicial de los progenitores o tutor, representantes legales del menor, salvo cuando el gravamen (la constitución de la hipoteca) se constituye en garantía de un préstamo para la adquisición de un bien (v. gr., la vivienda familiar), en cuyo caso, solo sigue siendo necesaria la intervención de los progenitores o tutor del administrador patrimonial en cuanto ostenten la representación del menor (art. 236-27 CCC) (26). La autorización

(26) Este apartado es trasunto del artículo 151.1 CF que establecía que: «*El pare i la mare o, si és el cas, l'administrador especial, en relació amb els béns o els drets dels fills, necessiten autorització judicial per a: a) alienar béns immobles, gravar-los o subrogar-se*

judicial no es necesaria si el menor tiene al menos dieciséis años y consiente la constitución de la hipoteca en escritura pública o cuando quienes consienten el negocio de disposición son los dos parientes más próximos al hijo (art. 236-30 CCC).

En relación con los incapacitados, el artículo 223-6 CCC se refiere a ellos cuando regula la curatela. En este caso, al curador se le pueden haber conferido funciones de administración ordinaria en determinados aspectos relativos al patrimonio del incapacitado, lo que implica, en principio, el no poder llevar a cabo negocios de disposición como la constitución de una hipoteca. Si según la sentencia de incapacitación, la persona incapacitada está autorizada para poder celebrarlos, a ella corresponderá llevarlos a cabo. Si el incapacitado está sometido a tutela, el tutor o, en su caso, el administrador patrimonial (arts. 222-12, 222-27 CCC) precisará también la autorización judicial (art. 222-43.1 CCC) para gravar bienes inmuebles pero con la excepción antes referida, de manera que para donar 10.000 euros, el tutor o el administrador patrimonial precisarán de la autorización judicial; mientras que en caso de tomar dinero a préstamo y constituir o subrogarse en un préstamo con la intención de financiar y garantizar la adquisición de una vivienda no será necesaria la referida autorización judicial. No deja de resultar paradójico.

en un gravamen preexistent si no comporten l'adquisició simultània de l'immoble gravat per un preu en la fixació del qual es tingui en compte l'existència del gravamen...». El precepto puede justificarse en la idea de que la adquisición del bien inmueble no precisa de autorización judicial (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La administración de los bienes de los hijos en el Codi de Família*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 162 y sigs.). Luego la subrogación en el gravamen ya existente o la constitución de uno para adquirir dicho bien inmueble tampoco, este sería meramente instrumental o accesorio para poder celebrar el acto principal que es la adquisición del bien inmueble. Sin embargo, la doctrina, en relación con el artículo 151.1 CF, ha mantenido que no era así, que la adquisición de un bien inmueble en cuanto bien de extraordinario valor también necesita de la autorización y, consiguientemente, también necesitaría dicha autorización el gravamen (subrogación o sustitución de uno nuevo). Estas críticas pueden hacerse extensivas al texto vigente del CCC, en el que además se ha añadido un inciso que no presenta el artículo 151.1 CF, el tomar dinero a préstamo, salvo cuando se hace para financiar la adquisición de un bien (en este caso, un bien inmueble). Así, el resultado al que se llega es absurdo porque para donar, por ejemplo, 10.000 euros, se necesita autorización judicial, pero para tomar dinero a préstamo, por ejemplo, 100.000 euros, para la adquisición de una vivienda no se precisa la referida autorización judicial. Sin embargo, puede ser un «acto perjudicial» para el menor, sobre todo, en la actualidad, en la que los bienes inmuebles (también determinados bienes muebles) han dejado de ser un valor de inversión seguro.

3. EL «CONSENTIMIENTO» DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE COMO *CONDITIO IURIS*

3.1. *Concepto de «negocio de disposición» del artículo 231-9 CCC y su relación con el artículo 569-31 CCC*

Llama la atención que el legislador catalán haya dedicado un precepto en sede del derecho real de hipoteca a la hipoteca de la vivienda familiar (27), pues se podría pensar que el artículo 231-9 CCC ya recogía el supuesto cuando alude a «*acte... de gravamen o, en general, de disposició del seu dret...*». En efecto, la constitución de un derecho real de hipoteca representa un gravamen que sujeta directa e inmediatamente la vivienda familiar en garantía de una deuda propia o ajena y, por tanto, no hubiera sido necesaria una norma específica en relación con este gravamen. El hecho de que el legislador, sin embargo, haya considerado que debía dedicarle un precepto específico a la constitución de hipoteca de los derechos sobre la vivienda familiar permite indicar que el propio legislador muy probablemente no entendiera que el artículo 231-9 CCC (con anterioridad el artículo 9 CF) (28) cubriera la hipótesis que analizamos. Ello lleva, pues, a detenerse en la cuestión de a qué negocios de disposición en general (incluyendo en ellos la constitución de un gravamen) (29) de la vivienda familiar se refiere el artículo 231-9.1 CCC. El propio precepto delimita el ámbito de aplicación de estos negocios de disposición: son aquellos que «*comprometan el uso del bien*» (30). Para estos será necesaria la intervención del cónyuge o conviviente del titular de los derechos sobre la vivienda familiar (31) o, en su defecto, la

(27) En los materiales publicados sobre la elaboración del Libro V CCC no se hace ninguna referencia explícita a este precepto ni se dan razones que expliquen su introducción (*Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya. «Els drets reals»*. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial, Departament de Justícia i Interior, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2003).

(28) Hay que tener presente que cuando entra en vigor el primer artículo 569-31 CCC todavía estaba vigente el CF y el que ahora es artículo 231-9 CCC era antes el artículo 9 CF.

(29) La inclusión de la constitución de gravámenes en los negocios jurídicos de disposición viene siendo aceptada por la doctrina (vid., por todos, LARENZ, Karl/WOLFF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed., C. H. Beck, Munich, 1997, pág. 450).

(30) Esta acotación no aparecía en el primigenio artículo 9 CDCC introducido por la *Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges* (DOGC, núm. 1807, de 11 de octubre de 1993), con lo cual, en la interpretación de este precepto se hubiera podido pensar que se incluían todos: tanto los que provocaban una pérdida inmediata del bien como los que no. A pesar de ello, la doctrina siempre excluyó estos últimos [ESPIAU ESPIAU, Santiago, «Comentari al artículo 9 CDCC», en CASANOVAS I MUSSONS, Ana/EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen/MIRABELL I ABANCÓ, Antoni (coords.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, Barcelona, 1995, págs. 53 y sigs.].

(31) La RGDEJ de 22 de marzo de 2007 (DOGC, núm. 4854, de 2 de abril de 2007) consideró que la división material de una finca de 175 metros cuadrados en dos pisos de

autorización judicial. Se trata, por consiguiente, de negocios de disposición que impliquen una pérdida inmediata y directa de la titularidad que se ostenta sobre la vivienda, incluyéndose también aquellos negocios obligatorios que determinan que el titular lleve a cabo los actos necesarios para disponer del bien (v. gr., la celebración de un contrato de compraventa de la vivienda familiar) (32). La pérdida inmediata y directa de la titularidad compromete el uso del bien porque afecta a la legitimación posesoria que ostenta el cónyuge o conviviente no titular y, en la medida que le afecta, se requiere su intervención para que el acto que se pretenda realizar sea eficaz (33).

La constitución de un derecho real de hipoteca sobre la vivienda familiar no compromete la legitimación posesoria del cónyuge o conviviente del titular, puesto que no implica traspaso de la posesión de la vivienda familiar al acreedor hipotecario. Por tanto, este acto de gravamen no es de los recogidos en el artículo 231-9.1 CCC ni era de los recogidos en el artículo 9.1 CF. De ahí, la necesidad del legislador de establecer de modo expreso, en un precepto independiente, la intervención del cónyuge o conviviente no titular cuando de constitución de una hipoteca se trata. Dicho con otras palabras, hasta la existencia del artículo 569-31 CCC, se hubieran podido constituir hipotecas sin necesidad de la intervención del cónyuge o conviviente no titular, pues bastaba el consentimiento del titular de la vivienda familiar. La doctrina, sin embargo, sostuvo que la restricción al poder de disposición que establecía el artículo 9.1 CF comprendía también la constitución de hipoteca con el argumento de que, aunque no empezía al disfrute y uso actual, podía afectarle en el futuro si se dejara de pagar la obligación garantizada con el derecho real de garantía (34). De hecho, el riesgo de extinción de la legitimación posesoria debido al posible eventual y futuro incumplimiento

87,5 metros cuadrados destinados a vivienda, no afectaba al uso que el anterior copropietario, ahora propietario exclusivo de una de las viviendas, podía extraer del bien, lo que excluía la necesidad del asentimiento del hipotético cónyuge o pareja estable.

(32) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 142-143. Del mismo autor, vid., «La disposición de la vivienda familiar y los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», en *La Notaría*, núm. 4, 2001, págs. 17 y sigs. Más recientemente, también del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 420.

(33) Idéntica cuestión ha sido planteada por la doctrina en torno al artículo 1320 CCE (vid., por todos, ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 142 y sigs.). La constitución de un derecho real de usufructo no compromete el uso del bien ni afecta a la legitimación posesoria que ostenta el cónyuge o el conviviente no titular.

(34) LARRONDO LIZÁRRAGA, José Manuel, «Comentari al artículo 9 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 128; del mismo autor, vid. «El ejercicio de actos dispositivos sobre la vivienda familiar en el nuevo Codi de Família», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 1999, núm. 85, pág. 281. Respecto del artículo 1320 CCE, admite que la constitución de un derecho real de hipoteca afecte al uso de la vivienda familiar, CERVILLA GARZÓN, M.^a

de la obligación garantizada es un argumento que puede trasladarse a cualquier supuesto en que el cónyuge o conviviente titular no cumpla con las relaciones obligatorias que haya contraído, ya se haga con motivo de los gastos familiares o no (art. 231-8 CCC), puesto que, como consecuencia de ello, se le podrán embargar bienes, entre ellos, la vivienda familiar (35). No hay que olvidar que el deudor responde con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CCE), de manera que la contracción de una obligación va a comprometer su patrimonio, esté esa obligación asegurada o no con una garantía. En nuestra opinión, no nos parece un argumento definitivo para haber incluido la constitución de una hipoteca en el ámbito de aplicación del artículo 9.1 CF, ni tampoco en el del artículo 1320 CCE. Por eso, el legislador catalán ha contemplado este supuesto en un precepto propio, independiente del artículo 231-9 CCC. Pero, con ello, se sacrifica, a nuestro entender, la libertad del cónyuge o conviviente titular de la vivienda familiar o de una cuota sobre la misma restringiendo su poder de disposición sobre la misma más de lo estrictamente necesario.

El único argumento plausible, que es precisamente el que no se esgrime, aunque a nuestro juicio no es definitivo, por eventual, hubiera sido el de entender que, en caso de incumplimiento de una deuda, por parte del cónyuge o conviviente titular de la vivienda familiar, que no estuviera garantizada con una hipoteca, el artículo 144.5 RH (vid. art. 132 LH) obliga a notificar el embargo al cónyuge o conviviente no titular, pero solo si consta en el Registro de la Propiedad el carácter «familiar» de la vivienda. Si no resulta dicho carácter por manifestación inexacta (errónea o falsa), no se notificará al no titular el embargo que se hubiera trabado como consecuencia de un proceso de ejecución contra el deudor. Debe ser el cónyuge o conviviente no titular el que tenga la carga,

Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pág. 34.

Por su parte, la *RDGDEJ de 20 de diciembre de 2009*, con anterioridad citada, considera que el artículo 569-31 CCC es una aplicación concreta del entonces artículo 9 CF (Fundamento de Derecho primero). En nuestra opinión, el artículo 569-31 CCC constituye una excepción. En cambio, la *STSJC de 28 de febrero de 2008 (RJ 2009/3133)*, sentencia comentada por ESPIAU ESPIAU, Santiago, en *RCDPrivat*, vol. 9-2008, págs. 175-178) consideró que los negocios de disposición, a los que se refiere el artículo 9 CF, no son todos aquellos que pueden desembocar en la pérdida del bien. La sentencia excluye a la «ejecución forzosa» que conduce a la venta del bien. En cambio, a nuestro modo de ver, de forma contradictoria, sí admite la necesidad de asentimiento para la constitución de una hipoteca por la hipotética y eventual futura pérdida del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, aunque no compromete el uso y garantiza una obligación que probablemente se cumpla. Sin embargo, para la contracción de obligaciones cuyo incumplimiento conlleve la ejecución forzosa sobre la vivienda familiar no se necesita el asentimiento.

(35) Téngase presente que a tenor del artículo 693 LEC se permite al deudor hipotecario, aún en contra de la voluntad del acreedor hipotecario, liberar de la ejecución a la vivienda familiar cuando es esta el objeto hipotecado, con lo cual, el riesgo de pérdida de la legitimación posesoria del cónyuge o conviviente no titular también disminuiría.

por un lado, de impugnar la manifestación inexacta realizada por su cónyuge o conviviente titular o, si no hubo ningún tipo de manifestación y no resulta de los datos que constan en el registro que la vivienda tiene carácter familiar (36), deberá hacer constar dicho carácter por nota marginal pero solicitando la intervención del cónyuge o conviviente titular registral (37). Por el contrario, en caso de una ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar gravada, el proceso establecido ahora en los artículos 681 y siguientes LEC no prevé la notificación al cónyuge o conviviente del titular. La única posibilidad que tendría este de evitar la ejecución sería pagando él la deuda incumplida (arg. *ex art.* 1158 CCE), supuesto que conozca de la ejecución, que si la razón de la misma son deudas relacionadas con los gastos familiares, por el deber de información que pesa sobre el cónyuge ejecutado, debería conocer (art. 231-7 CCC). En cambio, la notificación del embargo que arbitra el artículo 144.5 RH, permitiría al notificado manifestar lo que tuviera por conveniente y oponerse a la ejecución, lo que no sucede en la ejecución hipotecaria.

La existencia del artículo 569-31 CCC confirma, pues, que la interpretación realizada respecto del artículo 9 CF, según la cual, como se ha indicado en líneas superiores, los negocios de disposición a los que se refiere el precepto son aquellos que no implican una pérdida futura y eventual del bien no era (ni sigue siendo en relación con el nuevo art. 231-9) una interpretación desacertada. Consiguientemente, el supuesto previsto en el artículo 569-31 CCC supone una excepción a la regla general, cual es, como se ha indicado, que se necesita el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para celebrar negocios de disposición de la vivienda familiar con eficacia jurídica siempre que aquellos comprometan el uso del bien. La excepción es la necesidad del asentimiento del cónyuge o conviviente no titular en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar por parte de su titular que no compromete el uso que del bien pueda hacer el cónyuge o conviviente no titular.

Otra cuestión es si se puede aplicar por analogía la norma del artículo 569-31 CCC a otros supuestos en los que no se constituya una hipoteca sobre la vivienda familiar pero, sin embargo, se garantice una deuda con el patrimonio del titular de la vivienda familiar dentro del cual, por tanto, se encuentra

(36) La RDGRN de 13 de julio de 1998 estableció, en relación con esta cuestión, que: «...habrá de considerarse que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir, en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de la vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del deudor titular, de modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación del embargo ya trabado no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que debe estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá suspender el asiento...».

(37) DURÁN DE LA COLINA, Pablo, «La vivienda habitual y su régimen jurídico», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 83, pág. 376.

esta (v. gr., una fianza, un aval bancario) y que no compromete el uso de la misma por el cónyuge o conviviente no titular. En nuestra opinión, no cabe la aplicación analógica del artículo 569-31 CCC, ya que este constituye una excepción en relación con el artículo 231-9 CCC (art. 4.2 CCE). En cambio, el artículo 569-31 CCC sí sería aplicable a las posibles modificaciones —como las ampliaciones de hipoteca— o subrogaciones hipotecarias siempre que re-cayeran sobre la vivienda familiar.

3.2. El «consentimiento» del cónyuge o conviviente o, en su caso, su sustitución por la autorización judicial

3.2.1. La *conditio iuris* como requisito de eficacia del negocio

La *conditio iuris* no aparece regulada en el CCE ni en el CCC. Sin embargo, la generalidad de la doctrina distingue entre la *conditio facti* y la *conditio iuris* (38). Respecto de la segunda, para algunos autores se trata de un requisito que concierne a la «validez» del negocio (39), si bien para la mayor parte de la doctrina se trata de un requisito que va directamente vinculado a la eficacia del negocio (40). Para algunos autores que comparten este planteamiento, la *conditio iuris* también consiste en un suceso futuro e incierto (41). En cambio, para otros, la *conditio iuris* comprende los presupuestos del negocio jurídico además de los requisitos legales de eficacia (42). Veamos seguidamente su aplicación en el caso que nos ocupa.

(38) ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Madrid, 1958, págs. 252-253; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por MARTÍN PÉREZ, Antonio, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1959, págs. 389-391; GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, Milán, 1988, págs. 142-143; LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil*, pág. 948; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.ª ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997, págs. 316-317.

(39) BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 390.

(40) ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, pág. 252; OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1968, págs. 28-29. La diferencia entre requisitos de eficacia y requisitos de validez aparece de forma nítida en CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, trad. por ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, Aguilar, Madrid, 1956, págs. 536 y sigs. En la doctrina española moderna, esta distinción es la base de la monografía elaborada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 15.

(41) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1975, pág. 677; LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil*, pág. 948; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, págs. 316-317.

(42) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, pág. 537.

3.2.2. El «consentimiento» o, en su caso, «la autorización judicial» como requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca

A partir de la entrada en vigor del artículo 569-31 CCC, en situación matrimonial o de convivencia estable, el titular de los derechos sobre una vivienda familiar que quiera hipotecarlos precisará del «consentimiento» del otro cónyuge o conviviente no titular de tales derechos o, al menos, de una cuota de ellos.

Pese al empleo de la expresión «consentimiento», en realidad, no se trata de tal, sino de un «asentimiento», cuya función es diferente a la de aquel al no formar parte del negocio jurídico de disposición, antes bien se coloca en un plano diferente, cual es el de la aprobación o autorización del negocio de disposición celebrado por el cónyuge o conviviente titular. Este negocio de disposición es válido cuando concurren los requisitos legalmente establecidos en el ordenamiento jurídico según el tipo de negocio jurídico de que se trate. Por tanto, este asentimiento no constituye un requisito de validez del negocio jurídico, sino un requisito de eficacia del mismo (43).

La necesidad del asentimiento del otro cónyuge o conviviente no titular implica una restricción o limitación legal que establece la ley al poder de disposición del titular, de suerte que si no cuenta con aquel, el acto o negocio de disposición realizado no es eficaz (44). Luego, la constitución de un derecho real de hipoteca es válida, pero no produce efectos hasta que conste el asentimiento que prescribe la norma. La ineficacia supone que el negocio de disposición realizado no afectará al cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió, para el cual el mismo no existe, lo puede desconocer.

Esta necesidad de asentimiento, que establece la ley, constituye un requisito de eficacia del negocio de disposición, esto es, representa lo que en la doctrina del negocio jurídico se ha denominado *conditio iuris*. Esta caracterización es importante, ya que permite diferenciar este supuesto del caso en que se haya constituido un usufructo con facultad de disposición, si bien con la autorización de terceras personas (art. 561-22 CCC) o la diferencia entre la limitación de dis-

(43) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 161-163. Del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar y los bienes de uso ordinario en el Derecho Civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)», en *La Notaría*, núm. 4, 2001, págs. 17 y sigs. Más recientemente, también del mismo autor, vid. «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 420. La distinción entre consentimiento y asentimiento es especialmente destacada en la doctrina alemana sobre la base del § 182 BGB, vid. FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 885 y sigs.

(44) BADOSA COLL, Ferran, «El poder de disposición en el Dret Civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», en BADOSA COLL, Ferrán/GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen, *La adquisición y la transmisión de derechos reales*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, págs. 56-57; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», en *ADC*, 1950, págs. 1054 y sigs.

poner y la prohibición de disponer recogida en el artículo 428-6 CCC o, incluso, la autorización de los fideicomisarios para que el acto de disposición de bienes del fideicomiso otorgado por el fiduciario produzca efectos (art. 426-36.1 CCC). A ello deberían añadirse las limitaciones voluntarias al derecho de propiedad que no representan solo derechos reales limitados (art. 545-4 CCC) (45). En estos casos, la necesidad de autorización de terceros al negocio de disposición tiene como fuente la autonomía privada, la voluntad del que es o era titular de esos derechos y, además, se establecen en títulos lucrativos. De ahí la importancia de que el tercer adquirente sea de buena o de mala fe (art. 34 LH y art. 528-1 CCC). En cambio, en el supuesto que nosotros estudiamos, el asentimiento del cónyuge o conviviente o, en su defecto, la autorización judicial es exigido por la ley como requisito de eficacia del negocio. Como consecuencia, se deriva que la muerte o incapacidad del cónyuge o conviviente que debe emitir el asentimiento no hacen la restricción del poder de disposición establecida por el legislador ineficaz, sino que deba sustituirse por la autoridad judicial. Por el contrario, cuando de una limitación de disponer voluntaria se trata, tales acontecimientos sí provocan la ineficacia de dicha limitación (art. 428-6.4 CCC), salvo que otra sea la voluntad del titular del derecho de que se trate.

Respecto de la renuncia a prestar el asentimiento, hay que tener en cuenta que el artículo 231-9.1 CCC establece que el consentimiento no se puede excluir por pacto ni prestarse con carácter general. La doctrina ha distinguido el «consentimiento» (*rectius*, asentimiento) de la «facultad de consentir» (46). Evidentemente, al ser el primero un requisito de eficacia que impone la ley, no se puede excluir, pero a la facultad de consentir sí se puede renunciar, lo que sería tanto como prestar un asentimiento tácito.

El artículo 231-9, que también exige ese asentimiento para realizar en general negocios de disposición que comprometan el uso de los bienes, entre ellos, la vivienda familiar, trata la ausencia del mismo no como ausencia de un requisito de eficacia, sino como ausencia de un requisito de validez del negocio (47), permitiendo que el cónyuge o conviviente demande, si así lo considera, la anulabilidad del negocio de disposición celebrado sin su asentimiento (48). En cambio, el artículo 569-31 CCC no trata de este modo la ausencia del asenti-

(45) MARCO MOLINA, Juana, «Comentari a l'art. 428-6 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, V. I, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 917.

(46) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, págs. 156-157. También hace esta distinción, BADOSA COLL, Ferràn, «Comentari a l'art. 26 CDCC», en AA.VV., *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, V. I, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 359-360.

(47) ESPIAU ESPIAU, Santiago, «La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho*, pág. 421.

(48) El artículo 231-9.2 CCC prescribe que: «L'acte fet sense el consentiment o l'autorització que estableix l'apartat 1 és anul·lable, a instància de l'altre cònjuge, si viu

miento en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar. En efecto, la única remisión que hace el precepto, en su apartado primero, es a los efectos de la autorización judicial. Así, si falta el asentimiento por imposibilidad de prestarlo o por denegarlo, el cónyuge o conviviente que quiere celebrar el negocio de disposición puede solicitar la autorización judicial y esta debe ser *d'acord amb el que estableix l'article 231-8* (49). Es decir, que la autorización judicial sustitutiva del asentimiento debe tener en cuenta el interés de la familia y es posible autorizar el acto si se da otra causa justa. La remisión, en definitiva, no se extiende a los otros párrafos del artículo 231-9, sino solo al primero, al 231-9.1 inciso final (50).

Este régimen de ineficacia protege verdaderamente al cónyuge o conviviente no titular, ya que sin su asentimiento el negocio de disposición —la constitución de la hipoteca— no producirá efectos para él y, por tanto, para él la situación jurídica será la misma que existía antes de constituir la hipoteca que ha prescindido de su asentimiento (51). La hipoteca surte plenos efectos entre las partes que la han constituido, esto es, el titular del derecho sobre la vivienda y el acreedor hipotecario, si bien no podrá perjudicar al cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió. Consiguientemente, este podrá oponer al acreedor hipotecario su legitimación posesoria en relación con la vivienda familiar gravada con la hipoteca. De todos modos, en este punto, debe tenerse en cuenta si el acreedor hipotecario es de buena o de mala fe (52).

El cónyuge o conviviente no titular podrá solicitar que se declare la ineficacia del acto realizado sin su asentimiento. La resolución se limitará a declarar que el mismo no produce efectos respecto de él, no respecto de las partes contratantes. La acción no prescribe, puesto que se trata de una acción declarativa (art. 121-2 CCC), salvo los efectos derivados de la buena fe del acreedor hipotecario.

De otra parte, la norma no establece si el asentimiento a prestar, negocio jurídico accesorio del principal (53), debe hacerse de forma expresa, en el

en el mateix habitatge, en el termini de quatre anys des que en pren coneixement o des que s'inscriu l'acte en el Registre de la Propietat».

(49) En este punto existe una errata, ya que la remisión al artículo 231-8 es, en realidad, al artículo 231-9 CCC.

(50) Se trata de una remisión parcial donde la norma de remisión —el art. 569-31.1 CCC— explicita qué regla de la norma a la que se remite —el art. 231-9 CCC— es aplicable. No existe una remisión genérica a todo el artículo 231-9 CCC, antes bien establece una clara especificación de la parte de la norma aplicable por efecto de la remisión llevada a cabo (GRETEL, *La forma de les lleis*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 237).

(51) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar*, pág. 171. En la doctrina alemana se ha tratado ampliamente las consecuencias de la ineficacia subjetivo-relativa del negocio jurídico diferenciándola de la nulidad relativa en el sentido que nosotros acogemos en el texto. OERTMANN, Paul, «Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos», en *RDP*, 1929, págs. 76-77; del mismo autor, vid. *Die Rechtsbedingung*, págs. 56 y sigs.

(52) Vid. epígrafe 5.2.

(53) OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, pág. 33.

sentido de explícita, o bien puede ser tácita. Al tratarse el asentimiento de una declaración de voluntad unilateral accesoria a la principal en virtud de la cual se aprueba o se autoriza el negocio de disposición (en nuestro caso, la hipoteca), puede emitirse a través de los diversos modos de exteriorización que las mismas admiten en nuestro ordenamiento jurídico y, consiguientemente, podrá ser tanto expresa como tácita (54).

Otro aspecto es quién ha de ser el destinatario de esa declaración de voluntad: el cónyuge o conviviente o el tercero acreedor hipotecario. La solución a este interrogante pasa por diferenciar el momento temporal en el que esa declaración de voluntad aprobando la constitución de la hipoteca es emitida: si es antes o simultáneamente a la misma el destinatario sería el cónyuge o conviviente hipotecante, sin perjuicio de que si es simultánea también lo sea el acreedor hipotecario; si es posterior a la constitución, el destinatario debería ser el acreedor hipotecario. Se trata, en definitiva, de una declaración de voluntad unilateral recepticia.

4. LA «MANIFESTACIÓN» DEL CARÁCTER «NO FAMILIAR» DE LA VIVIENDA

4.1. Configuración jurídica de la «manifestación»

El requisito de eficacia de la constitución de la hipoteca que exige el artículo 569-31.1 CCC solo debe existir cuando el bien gravado con la hipoteca es una vivienda que tiene el carácter de «familiar». Si no ostenta dicho carácter, la ley no exige la *conditio iuris*. Por ello se impone al cónyuge o conviviente hipotecante (55) la carga de manifestar de forma expresa en la escritura de constitución de la hipoteca que la vivienda no posee el aludido carácter familiar.

(54) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, págs. 892-893.

(55) Como hemos recordado al inicio de esas líneas, el derogado artículo 569-31.2 CCC aludía a «la persona que hipoteque», que daba un ámbito de aplicación más amplio al precepto que el actual, «el cónyuge o conviviente que hipoteque», ya que permitía exigir a las personas solteras, viudas o divorciadas que hipotecaran su vivienda que manifestaran el carácter no familiar de la misma. En relación con este extremo, pero referido a una compraventa celebrada entre dos hermanos, una viuda y un divorciado como vendedores y un tercero como comprador, la RDGDEJ, de 22 de mayo de 2006, consideró que el registrador no podía suspender la inscripción de la transmisión de la propiedad realizada por falta de asentimiento de los posibles hipotéticos convivientes, en el caso de que cualquiera de los hermanos o ambos hubiera constituido una unión estable y la vivienda que se transmitía constituyera su vivienda familiar. La DGD advierte que: «...el registrador està vinculat pel principi de legalitat i no pot exigir aquella manifestació que la llei preveu per a les unions estables de parella; i no n'hi ha prou amb una representació merament hipotètica de què el venedor pot constituir una unió estable perquè és una persona soltera, vídua o divorciada». En la nueva redacción del artículo 569-31.2 CCC, quien siendo soltero, viudo o divorciado, hipoteque una vivienda, no tiene la carga de hacer la referida manifestación.

El artículo 569-31.2 CCC se expresa en términos imperativos: *...no ha de manifestar*. En cambio, el artículo 231-9.3 CCC no establece dicha imperatividad. Consideramos que lo establecido por el legislador no es una obligación sino una carga, lo que aparece corroborado por el propio artículo 91.1 RH (56) y se comprueba claramente desde la perspectiva de los efectos que se derivan de su infracción. Si se tratara de una obligación, su incumplimiento supondría que naciera *in testa* del acreedor hipotecario una acción de cumplimiento para exigir forzosamente la referida manifestación; sin embargo, no existe ninguna acción para ello. Es más, el momento temporal en el que debe llevarse a cabo la manifestación «expresa» es el momento de constitución de la hipoteca («en la escritura de constitución de la hipoteca», reza el art. 569-31.2 CCC). En este momento, estamos en la fase precontractual o de tratos preliminares, en la cual existen cargas o deberes accesorios que se corresponden con la buena fe y la lealtad en los tratos (art. 111-7 CCC). Consecuencia de ello será la manifestación del carácter no familiar de la vivienda.

La manifestación a la que nos referimos es una declaración de ciencia o de conocimiento (arg. art. 569-31.2 CCC alude indistintamente a «manifestar» o a «declaración»), no se trata de una verdadera declaración de voluntad, pues no se emite una voluntad interna sino que se declara que se tiene conocimiento de un hecho, el carácter «no familiar» de la vivienda de la que uno es titular. La doctrina ha considerado este tipo de declaraciones como «actos semejantes a los negocios jurídicos» y a ellos les ha aplicado la regulación propia de las declaraciones de voluntad (57), entre ellas, la posibilidad de impugnarlas por vicios del consentimiento cuando se tiene, por ejemplo, una falsa representación mental del hecho que se manifiesta conocer. Por ello, si es una declaración falsa o errónea se puede impugnar por quien haya sufrido el vicio.

4.2. *Manifestación falsa o errónea*

El artículo 569-31.2 CCC califica a la posible manifestación del carácter «no familiar» de la vivienda como «falsa» o «errónea»; mientras que el artículo 231-9.3 CCC se refiere a una «manifestación inexacta». La primera expresión

(56) Este precepto preceptúa que: «1. 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».

(57) En la doctrina española, vid. ALBALADEJO, GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, págs. 30-31. Esta categoría (*Geschäftsähnliche Handlungen*) no es extraña a la doctrina alemana, así LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner*, págs. 436-437; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil*, págs. 74-85.

recuerda a la del artículo 1320.2 CCC, pero en orden inverso, ya que en este precepto se habla de manifestación errónea o falsa (58).

Es difícil que sea errónea, por cuanto el declarante titular de los derechos de hipoteca conoce si la vivienda es familiar o no (59). Pero pudiera pensarse en un error obstativo o incluso en una creencia errónea en caso de separación de hecho al entender que por ese motivo, la vivienda ya deja de ser «familiar» cuando no es así (60). En estos casos, el declarante podría impugnar su manifestación con la finalidad de que constara el carácter «familiar» de la vivienda.

Ahora bien, desde la perspectiva del acreedor hipotecario, una manifestación falsa, que no errónea, sobre el carácter de la vivienda, puede implicar que se le induzca a celebrar un negocio que de otra forma no habría celebrado o lo habría celebrado en condiciones diferentes, esto es, exigiendo el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular. Por tanto, desde la perspectiva del acreedor, le permitiría impugnar el negocio de constitución de la hipoteca por haber prestado el consentimiento interviniendo dolo (art. 1265 CCE).

Desde la óptica del cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió por la vía de emitir una declaración falsa, con la intención de defraudar sus derechos, este puede solicitar que se declare que el negocio de constitución de hipoteca sobre la vivienda no produzca ningún efecto para él porque se ha prescindido de su asentimiento al tener, en realidad, carácter familiar o bien solicitar que se declare que la manifestación realizada por su consorte o conviviente es falsa, puesto que la vivienda hipotecada sí tiene el carácter familiar con la consiguiente en su caso, modificación del asiento registral. A partir de ello, puede hacer que dicho acto devenga eficaz prestando su asentimiento *a posteriori* o, como se ha dicho, que se declare ineficaz dicha declaración de no poseer la vivienda el carácter familiar para él, con el límite de la «buena fe» del acreedor hipotecario.

5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE BUENA FE

El artículo 569-31.2 CCC prescribe que la impugnación por el otro cónyuge o conviviente no titular, en caso de declaración falsa o errónea, no puede perjudicar a los acreedores hipotecarios de buena fe.

(58) El artículo 9 CDCC se refería a manifestación «expresa y falsa».

(59) GORDILLO CAÑAS, Antonio, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», en *ADC* 1982, pág. 1136.

(60) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, pág. 177.

5.1. *Concepto de «buena fe»*

La primera cuestión a plantear es qué entiende el legislador, en el artículo 569-31.2 CCC, por «buena fe». Parece que la buena fe debe ir relacionada con la declaración falsa o errónea del carácter no familiar de la vivienda que se pretende gravar con la hipoteca. Por tanto, la «buena fe» se refiere al desconocimiento del carácter familiar de la vivienda, de suerte que si conoce o podía razonablemente conocer el carácter familiar de la vivienda (art. 231-9.3 CCC) será un acreedor hipotecario de mala fe, aunque la manifestación sea falsa o errónea. Así, no es suficiente con que la manifestación acerca del carácter no familiar de la vivienda sea falsa o errónea, sino que se requiere que el verdadero carácter de la vivienda no fuera conocido ni cognoscible para el acreedor hipotecario (61). La posibilidad de conocimiento del carácter familiar de la vivienda parte del dato de que en esa vivienda de la que se alega no tener carácter familiar sea, en cambio, sede del domicilio familiar, puesto que en ella residen los cónyuges o convivientes o uno de ellos con la mayor parte de la familia (art. 231-3.1 CCC) y frente a terceros se presume que ese es el domicilio familiar y como la sede este es la vivienda, le resulta posible conocer al acreedor hipotecario el carácter familiar de la vivienda que se pretende gravar con la hipoteca. De otra parte, debe recordarse que la buena fe se presume siempre (art. 521-7.2 CCC). La mala fe del acreedor determinará que la constitución de la hipoteca deje de producir efectos entre este y el cónyuge o conviviente hipotecante.

5.2. *La «impugnación» por el cónyuge o conviviente no titular. El «no perjuicio» del acreedor hipotecario*

La impugnación se refiere al ejercicio de una acción (62) que, entendemos, que el legislador piensa que se ejercita frente a la constitución de la hipoteca que no contó con el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular solicitando la ineficacia, pero esta acción solo produce la ineficacia respecto de este; mientras que la constitución de la hipoteca produce plenos efectos, como ya hemos advertido, entre las partes (63). Si el acreedor hipotecario es de mala

(61) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, págs. 177-178; GORDILLO CAÑAS, Antonio, *La protección*, pág. 1137.

(62) Un ejemplo de este empleo del término «impugnación» lo encontramos en el artículo 451-16.5 CCC, cuando se alude a la acción para impugnar un testamento o los codicilos por causa de preterición errónea. Norma que debe relacionarse con el artículo 422-7 CCC, que advierte que el testamento puede devenir ineficaz por la referida causa. Es decir, que la acción que se ejercita es una acción de ineficacia o, en su caso, de nulidad, no de impugnación en sentido estricto.

(63) OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, págs. 130 y sigs.

fe, puesto que conoce que la vivienda tiene carácter familiar, a pesar de la manifestación del hipotecante, el cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió podrá oponer al acreedor hipotecario su legitimación posesoria (y en ese sentido le perjudicará), puesto que para aquel la constitución de la hipoteca no producirá efectos.

La cuestión será cómo podrá afectar a los terceros, en caso de ejecución hipotecaria, si la vivienda finalmente es adjudicada a un tercero. *¿Puede el cónyuge o conviviente no titular oponer su legitimación posesoria de la vivienda familiar al tercero adjudicatario?* A nuestro modo de ver, ello será posible si la sentencia declarando la ineficacia de la constitución de la hipoteca respecto del cónyuge o conviviente no titular consta de alguna forma en el Registro de la Propiedad mediante una nota marginal o se haga constar —también mediante nota marginal— el carácter familiar de la vivienda. La mera constancia será suficiente para que en caso de ejecución posterior, el derecho del cónyuge o conviviente no titular sea respetado por el rematante. *«Ni siquiera tendrá que hacerse ninguna mención de tal circunstancia en el documento formalizador de la adjudicación, pues esta no puede perjudicar derechos inscritos con anterioridad al que la motivó»* (64).

Si no consta, de alguna manera, el derecho del cónyuge o conviviente no titular, no podrá oponer al tercero adjudicatario su legitimación posesoria al ser este protegido como tercero hipotecario (art. 34 LH).

Si el acreedor hipotecario es de buena fe, el cónyuge o conviviente de cuyo asentimiento se prescindió, no podrá oponer su legitimación posesoria a aquel, produciendo, entonces, la constitución de la hipoteca plenos efectos no solo para las partes contratantes sino también para el cónyuge o conviviente no titular. En este caso, la norma da preferencia a la protección del acreedor hipotecario respecto de la protección del cónyuge o conviviente no titular. Y este solo podrá demandar al disponente por los daños y perjuicios que esa constitución de la hipoteca le hubiera ocasionado (art. 1902 CCE). La indemnización podrá consistir en proporcionar a la víctima otra vivienda en la que poder residir (65). De todos modos, hay que recordar que, a tenor del artículo 231-3.1 CCC se presume, frente a terceros, que el domicilio familiar es aquel en el que residen los cónyuges o uno de ellos con la mayor parte de la familia, de lo que se colige que la vivienda en la que residen se presumirá «familiar». Por tanto, esta presunción dificultará, aunque no imposibilitará, la alegación de buena fe por parte del acreedor hipotecario (66).

(64) DURÁN DE LA COLINA, Pablo, *La vivienda habitual*, pág. 376.

(65) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar*, págs. 17 y sigs.

(66) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II del CCC*, pág. 421, nota núm. 542.

Las diferencias con la anulabilidad prevista en el artículo 231-9.2 CCC son evidentes. En primer lugar, los negocios de disposición comprendidos en este precepto son eficaces pero su eficacia es claudicante mientras no se ejercite la acción correspondiente, para la cual se concede un plazo de caducidad de cuatro años. En cambio, la acción de ineficacia es imprescriptible al tratarse de una acción declarativa (art. 121-1 CCC), lo que protege más al cónyuge o conviviente no titular de cuyo asentimiento se prescindió. En segundo lugar, la constitución de la hipoteca produce plenos efectos entre las partes que la han constituido, pero dicha constitución no producirá efectos frente al cónyuge o conviviente no titular si el acreedor hipotecario no es de buena fe. La no impugnación en el plazo de cuatro años (art. 1300 CCE) supone que la validez del negocio deje de ser claudicante y se convierta en definitiva independientemente de la buena o mala fe del acreedor hipotecario, lo que no sucedería de acogerse el planteamiento que aquí se propugna. En efecto, si se trata de un supuesto de ineficacia, que es el planteamiento que aquí hacemos, solo producirá plenos efectos frente al cónyuge o conviviente que no prestó su asentimiento cuando el acreedor hipotecario sea de buena fe.

IV. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL O EXTINCIÓN DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA

A los actos dispositivos sobre la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial o extinción de la unión estable de pareja se refiere el artículo 233-25 CCC y por remisión el artículo 234-8.4 CCC.

1. PACTOS DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES EN PREVISIÓN DE UNA CRISIS FUTURA

En relación con este aspecto, el Libro II CCC presenta dos novedades: la primera, la existencia de un régimen de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar no solo en caso de crisis matrimonial, sino también en caso de extinción de la unión estable de pareja, cosa que no hacía la LUEP, que no se ocupaba de este extremo en relación con las parejas de hecho (67); y la segunda, el cambio de criterio del legislador catalán respecto del régimen jurídico aplicable a los actos de disposición en estas hipótesis. En efecto, el legislador ha derogado el artículo 9.4 CF, según el cual el régimen jurídico para poder disponer

(67) Destaca este dato, ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar*, págs. 17 y sigs.

de los derechos sobre la vivienda familiar atribuida exigía el asentimiento del cónyuge no titular o, en defecto, la autorización judicial. Es decir, se mantenía el mismo régimen jurídico que antes de la crisis matrimonial, de suerte que se protegía al cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda.

El Libro II CCC, en el artículo 233-25 CCC ha suprimido la necesidad del asentimiento o de la autorización judicial al entender que el cónyuge o conviviente titular de los derechos sobre la vivienda puede disponer libremente, lo que se correspondería con el dato de que ya no estamos ante una vivienda «familiar», sino ante una vivienda que «era» familiar y que, en este momento, es «atribuida» (68). Sin embargo, en nuestra opinión, esta vivienda puede seguir siendo considerada vivienda «familiar» si existen hijos comunes que conviven con el progenitor que tiene atribuido el uso. La vivienda ha dejado de ser la vivienda «conyugal» pero sigue siendo vivienda «familiar» (69).

Por otro lado, el artículo 233-25 CCC se refiere a los supuestos de separación judicial, nulidad y divorcio. No contempla el caso de la separación de hecho. Respecto de esta, la vivienda, puesto que formalmente existe relación conyugal seguirá siendo vivienda «conyugal» además de «familiar» y el régimen jurídico de disposición de los derechos sobre la misma será el propio del artículo 231-9 CCC y del artículo 569-31 CCC. Luego, la necesidad de asentimiento se mantiene.

La cuestión es si los cónyuges o excónyuges o los exconvivientes pueden pactar en el momento en que se atribuye el uso de la vivienda (art. 233-2 CCC), la necesidad del asentimiento del beneficiario del uso de la vivienda en caso de que el titular decida disponer de los derechos sobre ella. Ello sería posible —también si lo hacen antes en previsión de una futura ruptura (art. 231-20 CCC) o en un acuerdo amistoso de separación (art. 233-5 CCC)— pero su alcance jurídico será meramente obligatorio, se trata de una obligación de no hacer (70), puesto que los cónyuges o convivientes no pueden establecer, en virtud de la autonomía de su voluntad, que el asentimiento se constituya en requisito de eficacia (71), ya que extravesaría los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a dicha autonomía. Tampoco pueden atribuirle alcance real.

(68) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda*, págs. 183 y sigs.

(69) Vid., lo advertido anteriormente en el epígrafe II.

(70) En virtud de lo preceptuado por el artículo 1115 CCE, no podría establecerse la necesidad de asentimiento como condición, y si se hiciera, esta sería nula por depender exclusivamente de la voluntad de la parte.

(71) FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, pág. 888; OERTMANN, Paul, *Die Rechtsbedingung*, págs. 45-46.

2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 233-25 CCC

El artículo 233-25 CCC advierte que: *el propietario o titular dels drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment...* Los actos dispositivo a los que se refiere el artículo 233-25 CCC, ¿cuáles son? Una primera interpretación llevaría a entender que se refiere a los actos aludidos en el artículo 231-9 CCC (72), es decir, actos de disposición, enajenación o gravamen que comprometan el uso de la vivienda familiar. Esta interpretación conduciría a excluir la constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar del artículo 233-25 CCC al representar, en nuestra opinión, una excepción al artículo 231-9 CCC. Sin embargo, el artículo 233-25 CCC no diferencia los actos de disposición que comprometan el uso del bien respecto de aquellos que no lo comprometan, lo que conduce a la segunda interpretación, en virtud de la cual, el precepto se refiere a cualquier acto de disposición para los cuales el legislador haya exigido el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular que, en ese momento, resulta ser beneficiario del uso de la vivienda (73). En este sentido, el artículo 233-25 CCC es aplicable también en caso de constitución de una hipoteca sobre la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido al no titular.

3. EL «NO PERJUICIO» DEL DERECHO DE USO DEL NO TITULAR

El acto de disposición, advierte el artículo 233-25 CCC, es «sin perjuicio del derecho de uso» que ostente el cónyuge, excónyuge o exconviviente no titular. Por tanto, dicho acto no puede afectar a este derecho, aunque respecto de los terceros se tendrá que tener en cuenta si este derecho de uso se inscribió en el Registro de la Propiedad o no (art. 233-22 CCC) (74), ya que si no se ha hecho, el derecho de uso no podrá oponerse al tercero de buena fe (art. 34 LH).

En nuestra opinión, una verdadera protección del cónyuge, excónyuge o exconviviente beneficiario del uso y, sobre todo de los hijos comunes que conviven en la vivienda, debería haber llevado al legislador catalán a mantener el mismo régimen jurídico respecto de los negocios de disposición que existía

(72) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II*, pág. 423, nota núm. 547.

(73) En sentido amplio, vid. DÍAZ FRAILE, Juan María, «El uso de la vivienda familiar en el Libro II sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial», en NASARRE AZNAR, Sergio/BARRADA ORELLANA, Reyes/GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 439.

(74) Ello no prejuzga el carácter real o personal del derecho de uso que puede tener ambas configuraciones (ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La disposición de la vivienda familiar en el Libro II*, pág. 424, nota núm. 548).

antes de la crisis matrimonial o de extinción de la convivencia como establecía el CF. La norma del artículo 233-25 CCC puede ofrecer una protección jurídica suficiente cuando no haya hijos comunes o estos no vivan ya en la que había sido su vivienda familiar.

Consiguientemente, en estos casos, la constitución de la hipoteca no se aparta de las reglas generales de constitución de cualquier hipoteca y si el beneficiario del uso quiere proteger su derecho ante la posible y eventual constitución de una hipoteca por el titular de los derechos sobre la vivienda, deberá ser diligente y procurar la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad. Incluso, si se ha atribuido como medida provisional, podrá anotar este derecho de uso preventivamente en el Registro de la Propiedad (art. 233-22 CCC).

RESUMEN

HIPOTECA DE VIVIENDA FAMILIAR DERECHO CATALÁN

El artículo 231-9 del Código Civil de Cataluña (CCC) establece el régimen jurídico específico de la vivienda que ostenta el carácter de «familiar» en caso de matrimonio o de convivencia estable si se trata de una pareja de hecho. Este régimen regula esencialmente los requisitos para que, en general, un negocio de disposición que concierna a la vivienda familiar y que lleva a cabo el titular exclusivo o el titular de una cuota del derecho real que recae sobre la misma sea eficaz. El negocio de disposición, al cual se aplica este régimen, tiene que comprometer el uso que se hace de la vivienda. En caso contrario, se aplica el régimen jurídico general en cuanto la vivienda es un bien («cosa») sometido al Derecho Patrimonial.

Dentro de los negocios de disposición se encuentran los dirigidos a constituir un gravamen sobre la vivienda —la constitución de una hipoteca— que no necesariamente afecta ni compromete el uso que se extrae de aquella, al menos de forma directa e inmediata. El legislador catalán ha entendido, sin embargo, necesario extender ese régimen jurídico específico de la vivienda, que se encarna principalmen-

ABSTRACT

MORTGAGE OF THE FAMILY HOME CATALAN LAW

Article 231-9 of the Catalan Civil Code (CCC) addresses the specific legal procedure for housing that is regarded as «the family home» of a married couple or stable partnership. This procedure essentially regulates the requirements that must be met in order for an act of disposal concerning the family home, carried out by the exclusive owner of the home or an owner of a share of a real right in the family home, to be effective. The act of disposal to which the procedure is applied must compromise the use that can be made of the home. Otherwise the general procedure is applied, under which the home is an asset («thing») subject to the law for economic rights.

Acts of disposal include acts intended to bring the home under some lien or burden that does not necessarily affect or compromise the use to which the home is put, at least not directly or immediately (e.g., a mortgage). Catalan legislators, however, deemed it necessary to extend the specific procedure for homes (embodied mainly but not only in the CCC, article 231-9) to the creation of mortgages on the family home as well (CCC, art. 569-31). In our opinion,

te en el artículo 231-9 CCC, aunque no solo en él, por ser «familiar» también a la constitución de una hipoteca sobre la misma (art. 569-31 CCC), si bien, en nuestra opinión, la extensión no ha sido total ya que las consecuencias jurídicas de la ausencia del «consentimiento» requerido (rectius, asentimiento) del otro cónyuge o conviviente no parecen ser las mismas: en el primer caso, son los efectos derivados de la anulabilidad; en el segundo, de la ineficacia.

however, the rules are not totally extended, because the legal consequences of the absence of the required «consent» (rectius, assent) of the other spouse or partner do not appear to be the same: In the first case, they are the effects stemming from annullability; in the second, they are the effects stemming from invalidity.

(Trabajo recibido el 17-9-2011 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

DICTÁMENES Y NOTAS

Concurrencia de hijos de anterior matrimonio y cónyuge supérstite en la sucesión intestada

por

CARLOS LASARTE ÁLVAREZ

Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED ()*

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

Presidente del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (1)

Al profesor y querido amigo José González García,
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Jaén,
con el dilecto recuerdo de su simpatía y cordialidad personales,
y el renovado afecto que le tributo a él,
extensivo a sus familiares y discípulos,
in memoriam

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA CUALIDAD SUCESORIA DEL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE O SUPÉRSTITE EN LA DOCTRINA CIVILISTA CONTEMPORÁNEA.
3. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y JURISPRUDENCIA: EN PARTICULAR, LA APORTACIÓN DE PUIG BRUTAU.

(*) Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid). Cualesquiera críticas, observaciones o sugerencias, pueden dirigirse a clasarte@estudiogranvia.es

(1) Abreviadamente, IDADFE: www.idadfe.es, donde pueden consultarse *in extenso* todas las actividades de la asociación desde su creación en 2003.

4. RÉGIMEN NORMATIVO CONCRETO DEL CÓNYUGE VIUDO EN SU CONDICIÓN DE LEGITIMARIO.
5. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CAUDAL HEREDITARIO:
 - 5.1. USO Y DISFRUTE DE LOS BIENES HEREDITARIOS.
 - 5.2. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN.
 - 5.3. ACTOS DE DISPOSICIÓN DURANTE LA INDIVISIÓN: LA ENAJENACIÓN DE BIENES HEREDITARIOS.
 - 5.4. GASTOS DE PARTICIÓN.
6. CUANTÍA DE LA CUOTA USUFRUCTUARIA DEL CÓNYUGE VIUDO.
7. LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL:
 - 7.1. LA CONMUTACIÓN POR INICIATIVA DE LOS HEREDEROS.
 - 7.2. LA CONMUTACIÓN EN EL CASO DE CONCURRENCIA DE CÓNYUGE E HIJOS DE SU CONSORTE: EL CASO DE LOS *HIJOS ADULTERINOS*.
8. LA AFECCIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS AL PAGO DEL USUFRUCTO VIUDAL.
9. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, en la última década del pasado siglo, un insigne compañero y conocido iuspublicista, Catedrático también de una de las Universidades sitas en Madrid y notorio Abogado en ejercicio, tuvo la gentileza de dirigirse al firmante solicitándole una *breve nota o informe sobre Derecho español*, en concreto sobre el comúnmente denominado *Derecho Civil Común*, en relación con diversas cuestiones relativas a la sucesión hereditaria del señor don Andrés Suárez de la Bárcena y Comendador (2).

Encontrándose ahora el autor en su última década en activo como profesor universitario y considerando oportuno ir recopilando, si no todos, al menos algunos de sus trabajos técnicos o forenses realizados por encargo y para terceros, ha recuperado el presente estudio con ocasión de su aportación al libro homenaje de su querido amigo y compañero, don José GONZÁLEZ GARCÍA, Catedrático de la Universidad de Jaén, prematura y precipitadamente fallecido, por causa de la enfermedad tumoral que a todos nos atenaza en estas décadas y que parece, en verdad, una maldición bíblica.

Retomando el hilo de nuestro caso concreto y, al mismo tiempo, ahora, plenamente ficticio, don Andrés Suárez de la Bárcena, tras haber enviudado con

(2) Naturalmente, la identificación nominal de las personas interesadas en la sucesión abintestato consultada es puramente imaginaria.

anterioridad, se había casado posteriormente, bajo el régimen de separación de bienes y en segundas nupcias, con la señora doña Carlota Bustamante Gándara.

Llegado el momento del fallecimiento de don Andrés, hace unos años, lo hizo, consciente o inconscientemente [cuestión que en absoluto debe preocuparnos en este momento (3), pero que en su día sí conturbó el espíritu del propio señor Suárez de la Bárcena] en situación abintestato, por lo que sus hijos del primer matrimonio, a quienes identificaremos, en este breve estudio, por su primer apellido, como los señores o los hermanos Suárez de la Bárcena, situados en una posición personal de absoluto respeto hacia la memoria y actuación de su padre, de un lado, y de otro, de reconocimiento hacia la señora Bustamante, como segunda esposa de su difunto padre, desean conocer *pro veritate* las facultades y derechos tanto de la viuda, en su condición de cónyuge supérstite, cuanto de ellos mismos en su condición de hijos y herederos.

Atendiendo con sumo gusto la solicitud de nuestro compañero y prestigioso abogado y en el entendido de que se nos ha reiterado que este informe debe ser preciso y conciso, sin superar en ningún caso las pautas consuetudinariamente aceptadas, así como resultar fácilmente inteligible no solo para juristas, sino también para personas legas en Derecho, ante una consulta general del tipo que nos ocupa, pasamos a considerar las distintas cuestiones de interés en este supuesto de coexistencia entre hijos de anterior matrimonio, disuelto por viudedad, y cónyuge supérstite de las segundas o, en su caso, ulteriores nupcias.

2. LA CUALIDAD SUCESORIA DEL CÓNYPUGE SUPERVIVIENTE O SUPÉRSTITE EN LA DOCTRINA CIVILISTA CONTEMPORÁNEA

Aunque no existen, que sepa el firmante, estadísticas indiscutibles al respecto, no resulta exagerado afirmar que en los territorios en los que rige el Derecho Civil Común la mayor parte de las *herencias testamentarias* se encuentran presididas en España por la idea de que al cónyuge viudo se le designa comúnmente heredero, junto con los descendientes (o, más raramente, ascendientes) que,

(3) Pero que, en cambio, sí preocupó y mucho al causante según las informaciones concretas de que dispusimos en su día, conforme a una sensación extendida en las últimas décadas en que algunas personas, llegado el momento de *rendir cuentas familiares* y establecer (o no) reglas sucesorias de carácter testamentario optan por el conocido *laissez faire, laissez passer*, dando ocasión a la entrada en juego de las reglas de sucesión intestada. En dicha decisión, sin duda, no hay que plantear necesariamente la existencia de una segunda o ulterior relación matrimonial, pues a veces basta con que la conducta de algunos de los descendientes sea poco acorde con el respeto de las pautas familiares que el causante considera dignas de respeto, aunque no puedan dar causa a la desheredación propiamente dicha. Ni que decir tiene que en supuestos de nupcias posteriores, por muchos motivos y consideraciones de diversa índole, el problema se agrava por exquisita que sean la educación o las buenas maneras de los diversos grupos de personas interesadas.

en todo caso, tengan derecho a la, denominada en nuestro sistema normativo, *legítima o sucesión forzosa* (cfr. arts. 806 y sigs. del CC).

Exista o no testamento que rija la sucesión hereditaria, entre tales *legitimarios* (o *herederos forzosos*, en terminología legal) ha de considerarse sin duda alguna al cónyuge supérstite, pues —conforme a los términos literales del art. 807.3.º CC— tiene la condición de heredero forzoso «el viudo o la viuda en la forma y medida que establece este Código».

Veremos más adelante cuál deba ser «la medida» hereditaria en el caso que nos ocupa, pero antes deseamos subrayar que en el cuerpo del ensayo y, precisamente, en demostración de que su redacción es *pro veritate*, insertaremos de cuando en vez nuestra opinión, tal y como se encuentra expresada en la séptima edición del tomo séptimo de nuestros *Principios de Derecho Civil* (4), en la versión que se encuentra actualmente en distribución en el momento en que hemos decidido publicar estas páginas.

En tales casos, al igual que cuando recojamos otras opiniones ajenas *in extenso* las transcribiremos en párrafo adentrado. Comencemos:

«¿La condición de legitimario atribuye al cónyuge viudo también la cualidad de heredero? —nos planteamos enfáticamente en la pág. 232—. Naturalmente, el causante, mediante testamento, no solo puede instituir heredero a su cónyuge (para cuando sea viudo) sino que es lo normal que así lo haga. Pero la pregunta formulada lo que trata de establecer es si la mera condición de legitimario otorga al cónyuge la condición de heredero.

La doctrina clásica respondía afirmativamente a semejante pregunta. Sin embargo, en la actualidad si bien se predica de forma general la condición de legitimario del cónyuge viudo, la generalidad de la doctrina no une a tal condición la cualidad de heredero. No obstante, tanto la legislación en algunos extremos cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúan de hecho al cónyuge viudo, en cuanto legitimario, en una especie de categoría intermedia, negando a veces su condición de heredero (no responde, según el TS, de las deudas hereditarias), mientras que en otros aspectos se le reconocen facultades o se le imponen prohibiciones características de los herederos propiamente dichos, como iremos viendo a lo largo de esta exposición».

Demostrar o acreditar que la generalidad de la doctrina española del siglo XX no considera coincidente la condición de legitimario *stricto sensu* con la cualidad propia de heredero instituido es ciertamente fácil. Basten algunas citas, eso sí sumamente autorizadas, sin abusar en exceso de la prosa ajena:

(4) C. LASARTE, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 232.

1. En términos relativamente contemporáneos, la superación de la indebida asimilación entre heredero propiamente dicho y heredero forzoso o legitimario se debe al insigne profesor Demófilo DE BUEN, con ocasión de sus espléndidas notas sobre Derecho español al conocido *Cours de Droit élémentaire de Droit Civil français* de COLIN y CAPITANT (5).
2. Sigue su opinión, citándolo por supuesto expresamente y transmitiendo a la doctrina posterior el nuevo y correcto enfoque de la cuestión (así como las dudas y vacilaciones jurisprudenciales a las que después haremos referencia más detenida de la mano de los profesores Clemente DE DIEGO y LACRUZ, entre otros), el maestro José CASTÁN TOBEÑAS (presidente del TS de 1945 a 1967), quien tras recordar que, en cambio, F. SÁNCHEZ ROMÁN y C. VALVERDE eran de la opinión clásica, afirma que:

«DE BUEN, en cambio piensa —seguramente con más acierto— que a la cuota viudal no puede dársele el carácter de una institución de heredero, porque el cónyuge viudo no tiene derecho a ser instituido, sino a que se le asegure la cuota señalada, como lo demuestra que su preterición en el testamento no anula la institución, y porque, en realidad, el del cónyuge viudo queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal, reducido a una entidad numérica, según resulta del artículo 838» (transcribimos de la 6.^a ed. del *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo 4, Madrid, 1944, pág. 541).

3. En la década inmediatamente anterior, en los años treinta del pasado siglo, el profesor Clemente DE DIEGO (predecesor precisamente de CASTÁN en la Presidencia del TS, de 1938 a 1945) dio a las prensas sus *Instituciones de Derecho Civil Español* (1929-31), en las que expresa las dudas existentes sobre la calificación de la posición sucesoria del cónyuge viudo:

«...como dice RUGGIERO, si el heredero es el que sucede en el *universum ius* del difunto o cuota parte de él [el cónyuge viudo] no sucede de esa suerte, sino tan solo en una relación singular (en un derecho determinado), el que alcanza el usufructo de todos o parte de los bienes; aparte de que la cualidad de heredero es perpetua e indeleble una vez adquirida; mientras que es esencialmente temporal la del usufructuario.

(5) La edición española, en ocho tomos, fue publicada por la Editorial Reus entre 1922 y 1928, bajo el título de *Curso de Derecho elemental Derecho Civil francés*; vid. tomo VIII, págs. 327 y sigs.

RUGGIERO afirma por esto que es un legatario *ex lege*», poniendo de manifiesto nuestro autor sus dudas personales de manera inmediata y dedicando un jugoso párrafo a la jurisprudencia del TS, «indecisa y vacilante», que merece ser transcrita: «Las sentencias de 8 de febrero de 1892, 13 de junio de 1898 y 16 de noviembre de 1929 reconocen al viudo la cualidad de heredero. La de 16 de enero de 1889 niega esa cualidad al usufructuario vitalicio (y en tal forma había sido instituida una esposa). Las de 26 de octubre de 1904, 4 de julio de 1906, 26 de enero de 1911, 10 de enero de 1920, declaran que el viudo, como usufructuario, no tiene el carácter de heredero para el efecto de poder ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia, pues la obligación de pagar estas incumbe solo a los herederos universales o que sucedan en todos los derechos y obligaciones del causante, no a los llamados singularmente al disfrute temporal de una porción hereditaria, que tienen el carácter de simples acreedores» (págs. 222-223).

4. Veinte años después exactamente, publica su *Derecho Sucesorio mortis causa* el profesor M. ROYO MARTÍNEZ, pronunciándose clara y paladinamente sobre la cuestión que a nosotros nos concierne, en línea con lo afirmado anteriormente por el profesor DE BUEN, cuya opinión suele ser muy atenta y cuidadosamente seguida por el profesor ROYO: «La participación del cónyuge viudo, cuya proporción varía según los supuestos, tiene siempre la nota de ser asignación en usufructo vitalicio sobre una cuota del activo hereditario neto. Y fácilmente supondrá el lector que si, por ser sus derechos referibles al activo neto, ha sido puesta en duda la condición de heredero del legitimario, con doble razón cabe dudar de que el cónyuge viudo sea heredero, puesto que le es asignado simplemente un usufructo» (6).
5. A finales de la misma década, las ya consideradas «Instituciones de Derecho Civil Español», de Clemente DE DIEGO aparecen actualizadas por mi maestro A. DE COSSÍO y mi condiscípulo A. GULLÓN, quienes, en el tema desarrollado, incorporan un párrafo concreto, para resaltar que:

«La [sentencia] de 11 de enero de 1950 dice que el cónyuge viudo es heredero forzoso, aunque por su carácter de usufructuario, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 del Código Civil, su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad por

(6) M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, pág. 220.

deudas hereditarias, pero es indudable que la identidad existe en punto a responsabilidad por razón de gastos comunes en la partición» (7).

6. La prolongada *auctoritas* del profesor CASTÁN, largo tiempo Magistrado y durante décadas inolvidable Presidente del Tribunal Supremo, se ha dejado sentir, con razón, en la doctrina posterior. Así, el siguiente tratadista, cronológicamente hablando, el profesor Diego ESPÍN CÁNOVAS, lo sigue de cerca y, aunque, con su habitual eclecticismo, no se pronuncia de manera expresa sobre el particular, apunta hacia la solución hoy mayoritaria (8).
7. Atendiendo a razones de especialidad, esta reseña doctrinal acaso debería haber comenzado por resaltar la opinión del prematuramente fallecido profesor José Luis LACRUZ BERDEJO, sin lugar a dudas uno de nuestros mejores tratadistas del Derecho Sucesorio durante la segunda mitad del pasado siglo (don José Luis LACRUZ falleció a finales de 1989), sobre todo, de añadidura, porque en su propia exposición recoge detenidamente el giro marcado por el profesor DE BUEN, así como la diseción jurisprudencial hecha años atrás por J. PUIG BRUTAU al respecto:

«DE BUEN, en los años veinte, mantuvo que el viudo, en cuanto legitimario, no es heredero; ya porque un usufructuario no puede serlo; ya porque el derecho del viudo consiste solo en que se le abonen los beneficios que le concede la ley, por lo cual su preterición no anula la institución de heredero (art. 814); ya porque del (actual) artículo 839 resulta que, en último término el derecho del cónyuge viudo puede reducirse a una cantidad de dinero, en función del caudal y de la edad y salud del usufructuario. Añádase a esto que el viudo —sigue diciendo el profesor LACRUZ— es solamente *heredero forzoso*, según dice el artículo 807-3.º, *en la forma y medida* que establecen determinados preceptos, por tanto no de una manera absoluta».

[...]

La jurisprudencia sobre este punto es abundante y poco orientadora, ya que emplea la condición de heredero o no heredero del viudo, alternativamente, para justificar soluciones arbitradas antes, y todas ellas justas, pero en virtud de distintos argumentos. Como dice PUIG BRUTAU, «es invocada muchas veces, en la práctica profesional e incluso en trabajos doctrinales, con vaguedad e imprecisión, dejando que reluzca solamente

(7) F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, Artes Gráficas San Martín, Madrid, 1959, pág. 223, de la edición citada, en la que las actualizaciones van en un tipo de letra menor.

(8) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. V, *Sucesiones*, 3.ª ed., 1970, pág. 461.

la afirmación general de algún considerando y sin presentar lo que el caso tenía de problema concretamente planteado y resuelto [...]» (9).

8. Mediada la década de los setenta del siglo pasado, mi maestro, A. DE COSSÍO Y CORRAL da a las prensas de Alianza Editorial, en dos tomos, sus propias y personalísimas «Instituciones de Derecho Civil» (que tuviera oportunidad de ver el firmante en primeras pruebas en su despacho sevillano de la calle Castelar), revisadas y puestas al día con posterioridad una década después (hasta finales de los ochenta) por M. DE COSSÍO y J. LEÓN ALONSO (edición que, por mera comodidad personal, es la que voy a utilizar para citar). Con un planteamiento perspicaz y sumamente original, tras resaltar las «características muy particulares frente a las demás» legítimas de la cuota usufructuaria del viudo, plantea A. DE COSSÍO el tema partiendo del artículo 839 del Código Civil y deduce de ello lo siguiente:

«Este planteamiento de la posición del cónyuge viudo hace pensar más bien en la de un acreedor que en la de un heredero... Podría, por tanto, pensarse que la posición del cónyuge viudo frente a tales bienes no sería, en esencia, distinta a la que correspondería a un legatario, o más concretamente, a un legatario de parte alícuota, lo que ha hecho pensar a algunos que nos hallábamos ante un verdadero *legado legal*» (10).

9. Pocos años después, en la propia década de los citados años setenta, en la segunda mitad, si mal no recuerdo, da inicio la publicación por parte de los profesores L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN de una obra señera durante décadas en el ámbito universitario: los cuatro tomos del manual universitario intitulado «Sistema de Derecho Civil», en el que insisten de manera particular en que «la comunidad hereditaria está formada por todos los herederos, cualquiera que sea su título (testamentario o legal). Hay comunidad también cuando concurren herederos cuyo llamamiento y condiciones de suceder son distintas (llamamiento sujeto a condición resolutoria, a plazos, etc.)...» y donde, sin ambages, ni duda de especie alguna, afirman en relación con el cónyuge viudo que «...su situación jurídica, sin embargo, no permite afirmar que es un heredero ni un legatario de parte alícuota, ya que el

(9) Lo transcrito corresponde al tratado de J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Librería Bosch, Barcelona, 1973, págs. 87-88. En lo fundamental, aunque algo más abreviado, puede verse en la actualidad en el *Derecho de Sucesiones* que integra el tomo V de los *Elementos de Derecho Civil* de ambos autores, actualizados en los últimos años por sus discípulos más cercanos y, ahora, publicados en Ed. Dykinson, Madrid.

(10) A. DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, para las que cito ahora por la edición de Editorial Civitas, Madrid, 1988, tomo II, pág. 587.

llamamiento que la ley hace en su favor es al usufructo de una parte de la herencia y el usufructo no es título de sucesor universal» (11).

10. Recordando asimismo el giro marcado por el profesor D. DE BUEN, durante el primer tercio del pasado siglo XX, y siguiendo de cerca al citado profesor LACRUZ BERDEJO, más recientemente ha rememorado F. LLEDÓ YAGÜE lo siguiente:

«...como ha hecho notar DE BUEN, tanto el Código Civil como la jurisprudencia, cuando denominan al cónyuge viudo heredero forzoso, emplean la palabra heredero en un sentido lato e impropio.

Como destaca la doctrina que citamos, el Tribunal Supremo ha declarado que el viudo no puede ser demandado por razón de las deudas hereditarias (sentencias de 26 de octubre de 1904, de 4 de julio de 1906 y de 25 de enero de 1991, etc.)...» (12).

11. Ya en nuestros días, justo antes de finalizar el siglo XX, el Catedrático de la Universidad de Extremadura, Antonio ROMÁN GARCÍA, tras recordar las pautas fundamentales en la evolución histórica del cónyuge supérstite, afirma:

«Finalmente, aparece la regulación del Código Civil en los artículos 834 y 835 de los derechos del cónyuge supérstite, que, como bien dice J. L. LACRUZ, nunca será un heredero por esta causa. Es un legitimario *sui generis* que sucederá en una cuota usufructuaria, de cuantía variable, en función de los parientes que con él concurren...» (13).

12. En similares fechas, ve la luz el «Curso de Derecho Civil» coordinado por el profesor Bernardo MORENO QUESADA y, tras su jubilación (acaecida en 1999), por nuestro colega Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO. En la tercera edición del tomo IV (14), afirma el citado autor que la LEC-2000 ha cambiado el criterio en la materia que nos interesa, «pues su artículo 782.1 limita la legitimación para solicitar la división judicial de la herencia a los coherederos y legatarios de parte alícuota, lo que excluye al cónyuge viudo por su carácter de sucesor *ex lege* a título singular».

(11) Díez-PICAZO/GULLÓN, 8.^a ed. del volumen IV del *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 512-513.

(12) F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, pág. 237.

(13) A. ROMÁN GARCÍA, *Instituciones de Derecho Civil Español*, VII, *Derecho de Sucesiones*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 222.

(14) Intitulado *Derechos de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 441.

3. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y JURISPRUDENCIA: EN PARTICULAR, LA APORTACIÓN DE PUIG BRUTAU

En algunas de las citas anteriores existe una referencia expresa y concreta a la aportación personal de J. PUIG BRUTAU, lo cual, a nuestro juicio, es absolutamente oportuno y ecuánime, pues al igual que, en muchas otras materias, también en esta que nos ocupa ahora, resulta especialmente reseñable el profundo estudio jurisprudencial llevado al efecto por nuestro autor en sus conocidos *Fundamentos*, obra inolvidable y extraordinariamente detallista de un brillantísimo y peculiar abogado, cuya obra conviene resaltar de manera especial, aunque nunca haya pertenecido al sector académico propiamente dicho y su extraordinaria humildad le llevara incluso a afirmar que carecía de altura para impartir docencia alguna (tal y como manifestara hacia mitad del siglo XX en la Universidad de Puerto Rico).

Efectivamente, dedica a la materia PUIG BRUTAU casi cuarenta páginas y lo hace comenzando por establecer un epígrafe de rúbrica particularmente significativa: *«El problema de si el viudo o viuda es heredero en virtud de sus derechos legitimarios y la jurisprudencia del Tribunal Supremo»*.

Naturalmente, ni podemos, ni debemos, transcribir tales páginas, todavía de cómodo acceso para la mayor parte de los eventuales lectores de este ensayo, a las que sí reenviamos con sumo gusto. Pero quedaría incompleto el presente estudio si no indicáramos las líneas maestras establecidas por J. PUIG BRUTAU al respecto, al tiempo que enumeramos, al menos las más importantes, de las numerosas resoluciones jurisprudenciales que sirven de soporte a las conclusiones fundamentales de nuestro autor sobre el particular.

Compartiendo con VALLET DE GOYTISOLO la brillante afirmación de que «el viudo o viuda solo es heredero en sentido honorífico», inicia José PUIG BRUTAU el desarrollo de la cuestión afirmando que, «precisamente este hecho de que el artículo 807 llame herederos forzosos, indistintamente, a los descendientes y ascendientes legítimos, al viudo y a la viuda, a los descendientes y ascendientes naturales, pone de relieve que usa tal expresión sin un sentido preciso. No todo legitimario ha de ser, ni efectivamente es, un heredero, Por otra parte, no ha de pasarse en brusca oscilación al otro extremo y sostener que si no es heredero solo puede ser acreedor personal de la herencia. Puede ser titular de un derecho respaldado por un efecto real, como sucede precisamente con el viudo o viuda en virtud del artículo 839, párrafo segundo» (15).

A continuación, plantea nuestro autor la necesidad de «entrar en el examen concreto de las decisiones a que estamos haciendo reiterada alusión», pasando a comentar de manera precisa y diversificada, entre algunas otras (que, obvia-

(15) Así, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, 2.^a ed., vol. III, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 111.

mente, vamos a omitir en esta relación, por evidentes razones de economía gramatical), las siguientes Resoluciones:

- Sentencia de 8 de febrero de 1892 (el viudo, y padraastro, administraba y se beneficiaba de la herencia indivisa a título de albacea testamentario).
- RDGRN de 12 de noviembre de 1895 (prohibición al cónyuge viudo para ser contador partidor).
- Sentencia de 13 de junio de 1898 (igualmente considera tal prohibición al cónyuge viudo cuando existan otros herederos, propiamente tales).
- Sentencia de 26 de octubre de 1904 (caso en que el testador legaba el quinto de todos los bienes a su segunda esposa, instituyendo herederos a los hijos de este segundo matrimonio).
- Sentencia de 4 de julio de 1906 (niega que, en cuanto legitimaria, la viuda sea heredera de su marido y, por tanto, que quepa reclamarle el pago de una deuda de la herencia).
- Sentencia de 31 de diciembre de 1907 (condena a que el cónyuge viudo de una heredera entregara a las actoras los bienes correspondientes).
- Sentencia de 25 de enero de 1911 (la viuda carece de la condición de heredera, a efectos de ser demandada por razón de las deudas de la herencia).
- Resolución de 6 de noviembre de 1912 (resolución sumamente criticable, por incurrir en graves generalizaciones «que tan pronto se apoyan en que el legitimario es heredero como en la afirmación opuesta», según afirma el propio PUIG BRUTAU).
- Sentencia de 28 de enero de 1919 (caso en el que la viuda incurre en responsabilidad pero a causa de una obligación dimanante de la comunidad que formaban los sucesores antes de la partición).
- Sentencia de 10 de enero de 1920 (que llega a afirmar, erróneamente, que solo del tercio libre pueden pagarse las deudas del causante, pretiriendo gravemente lo establecido en el art. 818 CC).
- Sentencia de 24 de febrero de 1926 (la viuda de un arrendatario de un local de espectáculos compareció en un juicio de desahucio, que prosperó, alegando que no era arrendataria ni heredera del arrendatario).
- Sentencia de 16 de noviembre de 1929 (reconocimiento del ejercicio de acciones al viudo en caso de indivisión).
- Sentencia de 20 de junio de 1932 (el cónyuge viudo tiene derecho a intervenir en la liquidación del caudal relicto, en defensa sea de su cuota viudal, sea de su mitad de gananciales).
- Sentencia de 26 de marzo de 1940 (no es inscribible la partición realizada sin intervención de la viuda).
- Sentencia de 29 de junio de 1949 (conoce un supuesto en que la viuda fue condenada por deudas de la herencia, pero en virtud de su cuali-

- dad de heredera testamentaria y no por razón de sus meros derechos legitimarios).
- Sentencia de 11 de enero de 1950 (resumida por COSSÍO y GULLÓN, afirmando que el cónyuge viudo debe participar en los gastos comunes de partición).
 - Sentencia de 17 de abril de 1950 (la viuda carece de responsabilidad como heredera de la cuota viudal en usufructo).
 - Sentencia de 30 de junio de 1950 (posible ejercicio de acciones por parte del cónyuge viudo si actúa, durante la indivisión, en beneficio de la universalidad hereditaria).
 - Sentencia de 6 de febrero de 1970 (principio de la unanimidad en la partición, consagrado por el art. 1059 CC, exigiendo la intervención del cónyuge viudo en las operaciones de liquidación de la herencia).
 - Sentencia de 9 de enero de 1974 (carencia de legitimación pasiva del cónyuge viudo cuando se ejerciten acciones cuyo cumplimiento corresponda solo a los herederos).

Realizada semejante calicata jurisprudencial, con todo fundamento, puede concluir J. PUIG BRUTAU que, «cabe afirmar, en síntesis, que el Tribunal Supremo ha resuelto que el cónyuge viudo ha de intervenir en la partición de la herencia, que no puede ser contador-partidor, que puede reivindicar bienes hereditarios en beneficio de todos los interesados (...), que no responde personalmente de las deudas de la herencia, etc. ... Pero que frente a esta variedad de soluciones se busque el apoyo de la decisión en el calificativo de heredero forzoso que emplea, sin ninguna precisión, el artículo 807, resulta sin duda una tarea ilusoria. Las excesivas generalizaciones deben desaparecer y ceder el paso a una doctrina clara y congruente con las decisiones dictadas, y para ello hay que abandonar la equiparación entre legitimario y heredero forzoso» (16).

4. RÉGIMEN NORMATIVO CONCRETO DEL CÓNYUGE VIUDO EN SU CONDICIÓN DE LEGITIMARIO

Tras este recorrido doctrinal, que esperamos haya resultado esclarecedor, recordemos el punto de partida que habíamos tomado en nuestro propio «Derecho de Sucesiones», conforme al cual indicábamos en una obra de naturaleza pedagógica y propedeútica, que, en la actualidad, se predica de forma general la condición de legitimario del cónyuge viudo, al tiempo que la generalidad de la doctrina no une de manera necesaria a tal condición la cualidad de heredero.

(16) Así, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, 2.^a ed., vol. III, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 133.

Si el cónyuge viudo, conforme a la regla práctica habitual y en virtud de la correspondiente cláusula o estipulación testamentaria, es instituido heredero a través de una *cautela sociniana* o cualquier otra fórmula parecida (tal y como constituye la regla práctica generalizada en los territorios de Derecho Común), habrá de ser considerado, por supuesto, heredero voluntario.

En caso de sucesión abintestato, por el contrario, el cónyuge viudo no es propiamente heredero, sino un legitimario *stricto sensu*, «solo un sucesor *ex lege*» conforme a la calificación defendida por el profesor LACRUZ en sus obras más recientes, en el último tercio del siglo XX.

Pese a ello, decíamos también, tanto la legislación en algunos extremos cuanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúan de hecho al cónyuge viudo, en cuanto legitimario, en una especie de categoría intermedia, negando a veces su condición de heredero, mientras que, en otros aspectos, se le reconocen facultades o se le imponen prohibiciones características de los herederos propiamente dichos. Pero ese resultado se produce siempre en las declaraciones jurisprudenciales y en los casos concretos, atendiendo única y exclusivamente a su condición de legitimario.

Esto es, el cónyuge supérstite es heredero si resulta instituido como tal o, por el contrario, meramente legitimario si no es contemplado expresamente como heredero en una estipulación testamentaria. Pero lo que no deja de ser un dislate semántico y lógico es pretender atribuir la condición de heredero al cónyuge viudo solo por el mero hecho o dato normativo de que el cónyuge supérstite sea considerado «heredero forzoso» en el artículo 807, como de manera particular ha desarrollado últimamente Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, conocido tratadista en materia sucesoria (a la que ha dedicado miles de páginas), notario jubilado y Presidente Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, quien ha concluido en tal sentido en el conocido *Comentario del Código Civil*, publicado por el Ministerio de Justicia (tomo I, pág. 2064), compartiendo el anterior análisis de la jurisprudencia de J. PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, V-2, Bosch, Barcelona, 1977 pág. 100).

5. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CAUDAL HEREDITARIO

Con carácter general y de manera especial para el supuesto sometido a análisis, interesa de forma especial determinar si el cónyuge supérstite (en nuestro caso, la viuda doña Carlota Bustamante Gándara) tiene facultades o capacidad de administración y/o disposición sobre el caudal hereditario.

Entendemos que son de aplicación, a tales cuestiones, las consideraciones hechas en el tomo séptimo de los *Principios de Derecho Civil* (págs. 356 y sigs.)

que, con ligeras variantes, pero manteniendo siempre la argumentación *pro veritate*, pasamos a reproducir seguidamente.

5.1. USO Y DISFRUTE DE LOS BIENES HEREDITARIOS

En relación con el uso y la posesión de los bienes hereditarios, resulta de aplicación el artículo 394 del Código Civil, conforme al cual, «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

En consecuencia, en el supuesto de comunidad hereditaria, los coherederos pueden usar y poseer las cosas hereditarias, siempre y cuando ello no implique excluir a los demás del derecho correlativo.

En cambio, parece que debe excluirse la facultad de disfrute, en sentido técnico (percepción de los frutos), pues conforme a lo establecido en el artículo 1063 los coherederos no pueden hacer suyos los frutos y rentas de los bienes hereditarios que cualquiera de ellos hubiera poseído.

No obstante, conviene tener en cuenta que la primera fuente normativa del régimen aplicable a la comunidad hereditaria viene representada por la voluntad del causante, o, en su caso, por los acuerdos de los herederos. Por tanto, en caso de previsión testamentaria [que, en el caso, resulta imposible, por tratarse de un supuesto abintestato] o haberlo acordado así los coherederos, resulta perfectamente posible asignar en posesión exclusiva determinados bienes a cada uno de los coherederos e incluso atribuirles la facultad de hacer suyos los frutos generados durante la situación de comunidad hereditaria.

Obsérvese, en todo caso, que cuanto venimos afirmando con carácter general en relación con el uso y disfrute de los bienes hereditarios en situación de indivisión, viene referido estrictamente a los herederos, propiamente dichos, por lo que de existir algún legitimario que —frente a aquellos— no llegue a alcanzar la condición de heredero, trátase de algún descendiente o ascendiente o cónyuge viudo, no podrá autoatribuirse facultades de uso y disfrute sobre el as hereditario basándose exclusivamente en su condición de legitimario o «heredero forzoso».

5.2. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN

La salvedad antes indicada en relación con la posibilidad o existencia de cláusula testamentaria concreta, tiene naturalmente relevancia también respecto de los actos de administración propiamente dichos. Pero, presupuesta la inexistencia de previsión alguna en relación con los actos de administración, habrá de

tenerse en cuenta lo dispuesto para la administración de la copropiedad ordinaria en el artículo 398: acuerdos que han de representar, de forma necesaria, la *mayoría de cuotas*. Por aplicación de su párrafo tercero, en caso de no obtenerse semejante mayoría, procederá la administración judicial de la herencia.

Al igual que ocurre en los casos de copropiedad ordinaria, la jurisprudencia ha tenido ocasión de reiterar que cada uno de los coherederos puede ejercitar por sí mismo, en beneficio de la comunidad hereditaria (cfr., por ejemplo, STS de 16 de septiembre de 1985), cualesquiera acciones que puedan resultar beneficiosas para la misma, estableciendo igualmente que la sentencia favorable aprovechará a los demás coherederos, sin que, en cambio, pueda perjudicarles la sentencia que resulte adversa al heredero accionante.

5.3. ACTOS DE DISPOSICIÓN DURANTE LA INDIVISIÓN: LA ENAJENACIÓN DE BIENES HEREDITARIOS

Respecto de los bienes concretos que forman parte de la masa, la comunidad hereditaria reclama la idea de mancomunidad o actuación común de todos los coherederos. Conforme a ello, es obvio que ninguno de los coherederos tiene capacidad ni legitimación para realizar ningún acto de carácter dispositivo, ya sea de carácter material o propiamente jurídico.

En relación con el primer aspecto, resulta de aplicación supletoria el artículo 397 del Código Civil, que establece que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos».

Respecto de la eventual enajenación de la cosa común, no existe en el Código ningún precepto en el que, de forma expresa y directa, se establezca la necesidad de la unanimidad de los copropietarios. Sin embargo, tal conclusión es indiscutible atendiendo al conjunto del sistema y, de otra parte, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que ha establecido la necesidad de la actuación unánime de los coherederos para llevar a efecto la enajenación o el gravamen de cualquiera de los bienes hereditarios (cfr. SSTS de 8 de julio de 1988 y 14 de abril de 1986, entre otras). Pero de nuevo se trata de cuestiones atinentes a los herederos propiamente dichos y no a legatarios o legitimarios.

Esta eventualidad de enajenación unánimemente consentida, por lo demás, no es extraña en la práctica, pues son numerosas las ocasiones en las que la obligación del pago del impuesto de sucesiones (en un período temporal relativamente corto: seis meses) obliga a los herederos a enterrar a toda suerte de diferencias y a ponerse de acuerdo en el señalamiento de un bien o de una serie de bienes que les permita obtener, con prontitud, la necesaria liquidez frente a Hacienda, en evitación de recargos e intereses por demora.

5.4. GASTOS DE PARTICIÓN

Desde que así lo afirmara la sentencia del Tribunal de 11 de enero de 1950, es común resaltar que el cónyuge viudo debe participar en el pago de los gastos comunes de la partición.

Como últimamente ha escrito J. VALLET DE GOYTISOLO (Com. Min. Justicia, cit., pág. 2064) en relación con el cónyuge viudo, «dada su participación en los beneficios de la herencia, es justo que contribuya proporcionalmente al pago de los gastos que origine la partición en beneficio de todos, incluido él mismo [...]».

6. CUANTÍA DE LA CUOTA USUFRUCTUARIA DEL CÓNYUGE VIUDO

La existencia de sucesión intestada o abintestato no afecta en absoluto al alcance de la cuota legitimaria que, en usufructo y con cuantía variable, fija el Código Civil español en beneficio del cónyuge viudo.

En el caso sometido a dictamen, de concurrencia con descendientes en primer grado del causante, no hay duda de que a doña Carlota Bustamante Gándara, por aplicación del artículo 834, le corresponde el usufructo del tercio destinado a mejora.

Interesa destacar que en absoluto resulta aplicable al caso estudiado lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 837, el cual establecía (desde la Ley 30/1981, de 7 de julio hasta su derogación por la Ley 15/2005, de 8 de julio, posterior, por cierto, al fallecimiento de don Andrés Suárez de la Bárcena) que «cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos solo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos», la cuota viudal usufructuaria ascenderá a la mitad de la herencia.

La norma, obviamente, se estaba refiriendo a los hijos que el (o la) causante hubiera procreado con otra persona. En efecto, como además recalca el precepto, debían haber sido «concebidos durante el matrimonio de ambos» (del causante y su cónyuge), es claro que se trataba de hijos, no solo extramatrimoniales, sino nacidos a consecuencia del adulterio. Algunos autores han llegado a criticar la perífrasis utilizada por el Código, por no haber utilizado directamente la expresión, de indudable raigambre histórica, de *hijos adulterinos* (temática que hemos de reenviar al Derecho de Familia; en todo caso, ha gustado afirmar siempre al firmante, mejor sería hablar de padre o madre o, sencillamente, de *cónyuge, adúltero*).

En cualquier caso, parece extravagante extenderse en esta cuestión cuando los señores Suárez de la Bárcena son hijos matrimoniales nacidos con anterioridad a las segundas nupcias celebradas entre don Andrés Suárez de la Bárcena y Comendador y doña Carlota Bustamante Gándara.

7. LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL

Desde su redacción originaria, el Código Civil español ha contenido una norma que faculta a los herederos para conmutar la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, por el producto de determinados bienes, una renta vitalicia o un capital en efectivo. Hasta la reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958, tal norma se contenía en el artículo 838.

Desde entonces, obra como el artículo 839, cuyo primer párrafo dispone lo siguiente: «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo o, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

De otra parte, pero en relación con la misma materia, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha regulado en el nuevo artículo 840 la facultad de conmutación para el supuesto de que el cónyuge concorra a la herencia con hijos que lo sean exclusivamente de su consorte fallecido. Naturalmente una y otra norma, aunque mantienen cierta cercanía responden a un fundamento y una filosofía diferentes, por lo que las analizaremos por separado.

7.1. LA CONMUTACIÓN POR INICIATIVA DE LOS HEREDEROS

En su redacción vigente, como hemos dicho antes, establece el primer párrafo del artículo 839 que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte del usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandamiento judicial».

Según ello, la facultad de conmutar el usufructo corresponde a los herederos, a los hermanos Suárez de la Bárcena, mientras que el mutuo acuerdo o la autorización judicial supletoria a la que se refiere la última parte del precepto hay que entenderlo referido a la forma de conmutación elegida por los herederos.

A tal efecto, al no realizar el Código distingo alguno, habrán de considerarse herederos tanto los voluntarios o testamentarios, cuanto los herederos abintestato, o los legitimarios que sean simultáneamente herederos.

Aunque la expresión «mutuo acuerdo», como hemos dicho, habrá de entenderse referida al acuerdo entre los herederos y el cónyuge viudo, aquellos habrán de adoptar una decisión unánime en relación con la forma de conmutación que, entre las señaladas por el Código, pueden elegir.

Respecto al tema de las formas de conmutación, bastará señalar que el «capital en efectivo» puede consistir tanto en una cantidad dineraria cuanto en la atribución en propiedad de bienes determinados, pero siempre a elección de los herederos (en tal sentido, puede confrontarse la STS de 28 de junio 1962).

7.2. LA CONMUTACIÓN EN EL CASO DE CONCURRENCIA DE CÓNYUGE E HIJOS DE SU CONSORTE: EL CASO DE LOS HIJOS ADULTERINOS

Para el especialísimo (y delicado) supuesto en que el cónyuge viudo concurra legitimariamente con los hijos exclusivos de su consorte (tras la Ley 15/2005, que también ha modificado este precepto «...con hijos solo del causante»), el artículo 840 del Código Civil determina que «el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de estos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios» (alternativa que no ha sido objeto de modificación alguna por parte de la Ley 15/2005).

Así pues, en este caso, la iniciativa de la conmutación corresponde al cónyuge viudo, si bien queda igualmente claro que serán los hijos de su consorte quienes optarán por entregar un capital en metálico dinerario o, por el contrario, el conjunto de bienes hereditarios que corresponda una vez realizada la capitalización del usufructo del cónyuge viudo.

Pero, en todo caso, como ya hemos reiterado suficientemente, el artículo 840 es absolutamente extravagante e inaplicable en relación con la sucesión abintestato de don Andrés Suárez de la Bárcena y Comendador.

8. LA AFECCIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS AL PAGO DEL USUFRUCTO VIUDAL

El segundo párrafo del artículo 839 establece que mientras no se haya llevado a efecto la conmutación, «estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte del usufructo que corresponda al cónyuge».

Dicha garantía, establecida sin duda en beneficio del cónyuge viudo, creemos que es de aplicación general a cualesquiera casos de conmutación del usufructo viudal y, por tanto, también al supuesto de hecho considerado en este informe. Pero en caso de satisfacerse mediante una renta vitalicia, o por la asignación de frutos determinados bienes, o si se aplazare el pago del capital en efectivo, total o parcialmente, será cuestión del cónyuge viudo y de los herederos convenir las garantías que aseguren su pago; y, a falta de acuerdo, deberá imponerlas la autoridad judicial, a tenor del artículo 839.1, inciso final» (Com. Min. Justicia, tomo I, pág. 2070).

En tales términos, parece que —existiendo una afección general a favor del cónyuge viudo— los herederos podrán retirar cualesquiera fondos bancarios o de cualquier otro tipo cumpliendo las normas aplicables a los actos de administración y procurando integrar los saldos correspondientes en el acervo o caudal hereditario. Con mucha mayor razón, podrían proceder a dicha retirada si de manera simultánea o previa proceden a la conmutación del usufructo viudal a través de la oportuna capitalización.

9. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, pueden dejarse establecidas las siguientes:

Primera:

En los supuestos de sucesión intestada, como es el sometido a informe, dada la antonomásica inexistencia de testamento, el cónyuge viudo ha de ser considerado, *stricto sensu*, como legitimario (o, en terminología legal, «heredero forzoso»: cfr. art. 807 del Código Civil español), pero no heredero propiamente dicho o sucesor *in universum ius*.

Segunda:

En su condición de legitimaria y por aplicación del artículo 834 del Código Civil, la señora doña Carlota Bustamante Gándara tiene derecho al usufructo de un tercio de la herencia, en concreto del tercio destinado a mejora.

Tercera:

Dicha cuota legal usufructuaria puede ser objeto de conmutación por iniciativa de los señores Suárez de la Bárcena, conforme a lo expuesto en el cuerpo del Informe.

Cuarta:

Cuenta a su favor la señora doña Carlota Bustamante Gándara con la afectación general de los bienes hereditarios al pago de su cuota legal usufructuaria sobre el tercio de la herencia anteriormente indicado.

Quinta:

Durante la fase de indivisión de la herencia o constante la comunidad hereditaria, los actos de uso, disfrute y disposición en sentido técnico corresponden en exclusiva a los herederos propiamente dichos, es decir, a los hermanos Suárez de la Bárcena.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

- Sentencia de 25 de enero de 1991.
- Sentencia de 9 de enero de 1974.
- Sentencia de 6 de febrero de 1970.
- Sentencia de 30 de junio de 1950.
- Sentencia de 17 de abril de 1950.
- Sentencia de 11 de enero de 1950.
- Sentencia de 29 de junio de 1949.
- Sentencia de 26 de marzo de 1940.
- Sentencia de 20 de junio de 1932.
- Sentencia de 16 de noviembre de 1929.
- Sentencia de 24 de febrero de 1926.
- Sentencia de 10 de enero de 1920.
- Sentencia de 28 de enero de 1919.
- Sentencia de 26 de enero de 1911.
- Sentencia de 25 de enero de 1911.
- Sentencia de 31 de diciembre de 1907.
- Sentencia de 4 de julio de 1906.
- Sentencia de 26 de octubre de 1904.
- Sentencia de 13 de junio de 1898.
- Sentencia de 8 de febrero de 1892.
- Sentencia de 16 de enero de 1889.

RESUMEN

SUCESIÓN INTESTADA
CONCURRENCIA DE HIJOS
Y CÓNYUGE SUPÉRSTITE
CUALIDAD SUCESORIA
DEL CÓNYUGE VIUDO
ACTOS DE ADMINISTRACIÓN
Y DISPOSICIÓN
CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO
VIDUAL
AFECCIÓN DE LOS BIENES
HEREDITARIOS

En los supuestos de concurrencia de hijos de anterior matrimonio y cónyuge supérstite en la sucesión intestada, o abintestato, el cónyuge viudo ha de ser considerado, stricto sensu, como legitimario (o,

ABSTRACT

INTESTATE SUCCESSION
CONCOMITANCE OF CHILDREN
AND SURVIVING SPOUSE
SUCCESSORAL CAPACITY
OF THE WIDOWED SPOUSE
ACTS OF ADMINISTRATION
AND DISPOSAL
COMMUTATION OF THE WIDOWED
SPOUSE'S USUFRUCT
ENCUMBRANCE OF
HEREDITARY ASSETS

Where children of a prior marriage and a surviving spouse are concomitant in intestate or ab intestato succession, the widowed spouse is to be considered, stricto sensu, entitled to a legitime (i.e., a fixed

en terminología legal, «heredero forzoso», según dispone el art. 807 del Código Civil español), pero no como heredero propiamente dicho o sucesor in universum ius.

En consecuencia, el cónyuge sobreviviente que no haya sido objeto de una designación testamentaria, en virtud de la cual resulte instituido heredero, solo tiene derecho, en su condición de legitimario, al usufructo de un tercio de la herencia, en concreto del tercio destinado a mejora.

Dicha cuota legal usufructuaria, de otro lado, puede ser objeto de conmutación por la mera iniciativa de los herederos, si bien el cónyuge viudo cuenta a su favor con la afección general de los bienes hereditarios, establecida normativamente en el artículo 839 del Código, para garantizar el pago de su cuota legal usufructuaria sobre el tercio de la herencia anteriormente indicado.

*Durante la fase de indivisión de la herencia o constante la comunidad hereditaria, en cambio, el cónyuge supérstite carece, como regla, de facultad alguna en relación con el *as hereditario*, pues los actos de uso, disfrute y disposición en sentido técnico corresponden en exclusiva a los herederos propiamente dichos.*

portion of the estate under art. 807 of the Spanish Civil Code) but is not an heir in the true sense of the word or a successor in universum jus.

As a consequence, if the surviving spouse was not declared an heir in a will, then the surviving spouse, in his or her capacity as a person entitled to a legitime, has the right only to the usufruct of one third of the estate, namely that third that may be apportioned at will to any or all of the lawful heirs.

Furthermore, the legal share under usufruct may be commuted simply at the heirs' initiative, although the widowed spouse has in his or her favour the general encumbrance on hereditary assets established by law in article 839 of the Code to guarantee payment of the spouse's legal share of the third of the estate stated above, as usufructuary.

*During the phase where the estate has not yet been divided or the community of heirs remains constant, the surviving spouse as a rule has no power whatsoever in connection with the *as hereditario*, as all acts of use, enjoyment and disposal in the technical sense are to be performed only by the heirs in the true sense.*

(Trabajo recibido el 18-9-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

Reconstrucción y Registro: análisis de los problemas registrales

por

JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ

Registrador de la Propiedad de Lorca 3

SUMARIO

- I. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS REGISTRALES.
 - II. OBRAS NUEVAS Y RECONSTRUCCIÓN.
 - III. PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCIÓN.
 - VI. PREDOMINIO DEL DERECHO DE COPROPIEDAD.
 - V. LAS CARGAS.
- CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.
- ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA.

I. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS REGISTRALES

Es inevitable enfrentarse a la realidad. Los terremotos de 11 de mayo de 2011 han causado, entre otros males, la destrucción total o parcial de numerosos edificios, muchos de ellos de finalidad residencial y constituidos en régimen de propiedad horizontal, que son los que presentan los problemas sociales y humanos más agudos.

A pesar de haberse promulgado varias normas de carácter estatal, apenas han tratado las implicaciones civiles y registrales de la reconstrucción. A pe-

sar de que la excepcionalidad de la situación pudiera hacer esperar otra cosa, ninguna de ellas (1) ha proporcionado hasta la fecha una regulación *ad hoc* o dictada especialmente con el objeto de resolver los problemas jurídicos ante los que nos encontramos.

Ni siquiera se han introducido excepciones o modalizaciones en las normas jurídicas aplicables a la reconstrucción de los edificios, con la puntual salvedad del Real Decreto-ley 11/2012, en cuanto a edificación o ejecución forzosa, que en el fondo no es más que una concreción de normas ya existentes. La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha aprobado la Ley 7/2012, de 20 de julio, *reguladora de la reedificación por sustitución forzosa para la urgente reconstrucción de Lorca* en la cual, además de regularse con mayor precisión el mecanismo de la sustitución forzosa, indirectamente se tratan de superar problemas derivados del régimen de propiedad horizontal, al menos en los casos que se produzcan en su ámbito de aplicación (2).

Por consiguiente, la normativa civil y registral, incluso urbanística, aplicable a los problemas que vamos a tratar, es la legislación vigente ordinaria, con la que resolveríamos los problemas urbanísticos y de propiedad horizontal o propiedad de que tenemos que ocuparnos habitualmente.

El propósito del presente trabajo es compendiar y plantear los problemas fundamentales que la reconstrucción de edificios origina desde el punto de vista jurídico-registral y apuntar las soluciones posibles dentro de la legalidad sin desconocer la existencia de conflictos de intereses ni de los inconvenientes de aplicar una legislación ordinaria a situaciones extraordinarias.

Subyacen en la exposición dos convicciones: primera, la propiedad es un derecho civil fundamental, reconocido como tal en la Constitución y en la Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal y como nos ha recordado varias veces el Tribunal de Estrasburgo. La teoría de la función social ha hecho evolucionar el derecho de dominio, pero alrededor de ella se han tejido derivaciones que a veces conducen a banalizar los derechos del propietario, favoreciendo injerencias administrativas espurias y exagerando las limitaciones del dominio. La propiedad, insisto, es un derecho fundamental de la Carta europea y no convendría desdeñarlo ni siquiera cuando la propiedad de unos pueda colisionar con los intereses de la mayoría.

La segunda idea inspiradora de estas notas es que (aunque de alguna manera hubiera sido preferible una legislación excepcional, temporalmente limitada o no), si bien hay legislación, sobre todo reciente, que permite afrontar jurídi-

(1) Es el Estado a quien corresponde exclusivamente la competencia sobre las materias de propiedad civil y del Registro de la Propiedad (art. 149.1.8.ª de la Constitución).

(2) Que es más restringido de lo que parece: «los inmuebles que, habiendo estado en régimen de propiedad horizontal, hayan sido demolidos o deban demolerse como consecuencia del terremoto acaecido el 11 de mayo de 2011 en el municipio de Lorca» (cfr. art. 1 de la Ley Autonómica 7/2012)».

camente los problemas derivados de la reconstrucción, concediendo enérgicas prerrogativas a la Administración pública, esto no debería hacernos olvidar que los derechos privados, la propiedad, están creados para el interés de quienes los ostentan.

Por esto es de esperar que la iniciativa de los propietarios sea suficiente para llevar a buen puerto la reconstrucción de los edificios que es de su interés, en el marco de la legislación de propiedad horizontal, que será suficiente en muchos casos. El hecho de que la propia Ley de Economía Sostenible dote a las comunidades de propietarios de nuevas facultades para las tareas de rehabilitación constituye un reconocimiento al papel fundamental de la iniciativa de los propietarios. Y probablemente la realidad de los hechos beneficiará y primará a las comunidades de propietarios que sean capaces de lograr acuerdos mientras la falta de consenso actuará en sentido contrario, perjudicando a todos.

II. OBRAS NUEVAS Y RECONSTRUCCIÓN

Consideramos el supuesto de hecho de un edificio destinado principalmente a vivienda (y en régimen de propiedad horizontal). La reconstrucción de viviendas unifamiliares o de un solo propietario es, por regla general, mucho más simple.

La reconstrucción de los edificios tiene acceso al Registro de la Propiedad mediante declaración de obra nueva. En este punto no hay especialidades destacables.

Son presupuestos o requisitos esenciales de toda obra nueva una licencia y un certificado expedido por técnico competente de que el proyecto se ajusta a la misma, llamémosles licencia y proyecto [a estos se sumarán otros requisitos, algunos recientemente introducidos por la ley (3), que expondremos después].

Y dichos presupuestos o requisitos de la obra nueva, naturalmente, son extensibles a la reconstrucción *ex novo* de la obra derruida o a la alteración de la morfología de un edificio y a las modificaciones estructurales que afecten a plantas o volumetría.

La declaración de obra nueva será llevada a cabo por los propietarios del inmueble mediante el otorgamiento de una escritura pública que describa sus características fundamentales (número de plantas, superficie construida, superficie ocupada...) y en la que se justifique el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley de Suelo y otras leyes de aplicación, principalmente los que acreditan el cumplimiento de la legalidad urbanística: licencia municipal y certificado expedido por técnico competente de que la obra realizada se ajusta al proyecto aprobado por la licencia.

(3) Real Decreto-ley 8/2011, como veremos.

Licencia y certificado técnico se exigirán para la inscripción de la obra nueva en construcción, es decir, en una primera etapa.

Más adelante, como veremos, cuando la obra esté terminada, será preciso justificar o aportar los demás requisitos o documentos que las leyes han venido imponiendo para garantizar las responsabilidades derivadas de la construcción del edificio o asegurar la habitabilidad y la sostenibilidad del mismo —1) seguro decenal, siempre que el edificio esté destinado a vivienda, con la excepción a favor de los autopromotores; 2) licencia de primera ocupación; 3) el certificado de eficiencia energética, y 4) libro del edificio—.

Demolido o derribado un edificio que va a ser sustituido por otro, ¿es necesario o conveniente promover la cancelación de las inscripciones anteriores de obra nueva y división horizontal?

A tenor de lo que veremos en la parte segunda de esta exposición, la respuesta a esta cuestión dependerá, en cierto modo, de la decisión de los propietarios, de cómo gestionen la reconstrucción de su edificio y sus intereses.

Puede decirse, *a priori*:

- Que en el caso de que la situación lo hiciera necesario, porque la diferencia entre el edificio que se va a construir y el anterior sea tan ostensible que no guarden semejanza, o simplemente porque el modo de actuar que los propietarios han escogido lo aconsejan, estos podrían instar la cancelación de la inscripción del anterior edificio que ocupara el solar mediante escritura pública otorgada por todos ellos, acompañada del acto administrativo justificativo de la demolición de aquel.
- Y, de otro modo, si no es preciso (porque no hay un cambio radical y lo aconsejable son modificaciones), la cancelación de la inscripción del antiguo edificio se hará constar en el Registro de modo abreviado cuando se inscriba la nueva edificación que reemplace a la que hubiera existido sobre la finca, en la medida que la desaparición del antiguo edificio resulte del nuevo título de obra nueva y de la licencia para el nuevo edificio (que normalmente subsumirá las previas que el Ayuntamiento haya tenido que dar).

Las declaraciones de obra nueva y sus modificaciones, en cualquier caso, deben ser realizadas por todos los propietarios.

Si se trata de una obra nueva destinada a vivienda unifamiliar o el propietario es único, o una única sociedad de gananciales, no hay más cuestión. No la habrá tampoco si la finca pertenece a varias personas en proindiviso y todas ellas concurren a la declaración de obra nueva.

Es en el caso de los edificios en régimen de propiedad horizontal, como decimos, donde pueden aparecer los problemas propios de alcanzar un acuerdo entre una pluralidad de interesados: igualmente los títulos deberán ser otorgados

por todos los propietarios del edificio a reconstruir (entendiendo por tales, a efectos de Registro, los propietarios inscritos), al menos en la medida que afecten al «contenido esencial» del «derecho singular y privativo de propiedad», como define el artículo 3 LPH al derecho exclusivo de cada uno de los propietarios.

La propiedad horizontal se extingue por la destrucción del edificio, según el artículo 23 LPH, surgiendo una comunidad de bienes sobre el solar y, en consecuencia, los actos de disposición de derechos sobre el mismo deben otorgarse por unanimidad por aplicación del Código Civil (art. 397). Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, unanimidad significa exactamente consentimiento de todos los propietarios vigentes según las respectivas inscripciones. La única salvedad posible son aquellos casos en que las modificaciones exigidas por la reconstrucción se limitan a los aspectos comunes de la obra nueva y la propiedad horizontal sin afectar al contenido esencial del derecho de dominio privativo de cada propietario (4). En estos supuestos, la unanimidad podría expresarse en junta de propietarios (5).

Además de las disposiciones del Código Civil, así lo exige también el principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 40 de la LH) de cuyo carácter imperativo no hay duda y al que la DGRN viene reiteradamente considerando el «corolario registral» de la tutela de los derechos reconocida en el artículo 24 de la Constitución.

La unanimidad aparece como exigencia tan ineludible legalmente como difícil de gestionar en la práctica, y es por esto por lo que podría resultar conveniente —que no obligatorio—, llevar a cabo una unificación (transitoria) de la titularidad del solar mediante la aportación de los derechos de los propietarios a

(4) Muy relevante en este contexto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de diciembre de 2010 (*BOE* de 31 de marzo de 2011), que insiste en esta idea (Fundamento 4.º, por ejemplo): «...actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes...». En idéntico sentido, la Resolución de 5 de julio de 2005. Por ejemplo, ha bastado la unanimidad en junta de propietarios, sin exigirse consentimiento individualizado de los propietarios, para la división de locales con rectificación implícita de superficies (R. de 23 de febrero de 2005); segregación de parte del terreno de la finca (R. de 30 de marzo de 2005); configuración de anejos de uso exclusivo para los pisos (R. de 31 de marzo de 2005); desvinculaciones de anejos (R. de 17 de enero de 2006); desafectación de la cubierta del edificio —en principio un elemento común por naturaleza de conformidad con el art. 396 CC— para su adjudicación en propiedad, mas allá del uso exclusivo (R. de 20 de julio de 2007); construcción de una piscina en terreno común (STS de 9 de octubre de 2008).

(5) Forma idónea de acreditar los acuerdos de la Junta de Propietarios ante el Registro de la Propiedad es una certificación del secretario (con el visto bueno del presidente) con relación al libro de la comunidad de actas, con la aseveración notarial de su facultad certificante y vigencia de su cargo, según Resolución de 26 de junio de 1987. En la práctica, la certificación vendrá incorporada o unida a la escritura pública donde se formalice la modificación de que se trate, que podrá ser otorgada por el presidente en representación de la comunidad —conforme al art. 13 LPH—, siendo usuales las habilitaciones hechas especialmente a su favor en el propio acuerdo para que lo ejecute o lo eleve a público.

un solo sujeto derecho —por ejemplo, una cooperativa, o la propia comunidad de propietarios en el marco de los arts. 19 y 20 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio— a través del que se centralicen todas las operaciones jurídicas que exija la reconstrucción del edificio o conjunto inmobiliario, con el fin de que, finalizadas estas, se instrumente la atribución de la propiedad de cada uno de los pisos o locales divididos horizontalmente a los propietarios que corresponda.

A efectos registrales, la existencia de un solo sujeto o titular registral en lugar de muchos, simplifica los problemas de tracto registral y también de procedimiento. No obstante, hay que insistir en que tal unificación o unidad de propietario no es en modo alguno imperativa y, de no producirse, el registrador de la propiedad cuidará en su calificación de que las operaciones registrales a llevar a cabo —las que implique la reconstrucción de un edificio y que constituyan actos de disposición sobre este o su solar, y que afecten también a su derecho privativo de propiedad— sean otorgadas por todos y cada uno de los propietarios vigentes o con el consentimiento de los mismos.

En todo caso, con independencia de otras posibilidades legales, la comunidad de bienes que surge sobre el solar tras la extinción de la propiedad horizontal tendrá uno de estos dos desenlaces posibles: *a)* la construcción de un edificio nuevo susceptible de ser dividido horizontalmente en pisos o locales que puedan ser adjudicados a los propietarios, o *b)* la extinción del condominio porque alguno de los propietarios exija la división de la cosa común.

Si la división de la cosa común fuera exigida en vía judicial, sería conveniente —no obligatorio— solicitar del juez competente que expida mandamiento para la anotación preventiva de la demanda, con el fin de que el resultado del proceso pueda afectar a terceros que adquieran posteriormente derechos de cualquiera de los condóminos.

Finalmente, vamos a recapitular los requisitos de la obra nueva, refiriéndonos al supuesto fundamental, que es el de un edificio cuyo destino principal es el de vivienda. Para ello distinguimos las dos fases, obra nueva en construcción y obra nueva terminada.

En la primera fase u obra nueva *en construcción*, los elementos de la misma, desde el punto de vista registral, son:

1. El otorgamiento de escritura pública definiendo reglamentariamente la nueva construcción; el precepto a tener en cuenta es el artículo 45 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, que exige que en el título se hagan constar, imperativamente, el número de plantas del edificio, la superficie construida (concretamente, el total de metros cuadrados edificados) y la superficie ocupada dentro de la parcela; en algunos casos (básicamente cuando la licencia lo impone), el número departamentos que forman el edificio —y cualquier modificación de estas circunstancias descriptivas será registralmente considerada como modificación de obra nueva—.

2. La licencia, llamada «acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística (por exigencias del art. 20 de la Ley de Suelo).
3. Proyecto, concretamente su manifestación formal a efectos registrales, la certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto (art. 20 de la Ley de Suelo).

Posteriormente, a la *terminación de la obra*, es decir, en una segunda y última fase, deberá añadirse el cumplimiento o aportación de los requisitos siguientes:

1. Acta notarial de terminación de obra con las formalidades y requisitos previstos por los artículos 46 a 50 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio.
2. Seguro decenal (*LOE* de 5 de noviembre de 1999, arts. 19 y 20 y DA 2.^a); *salvo que concurra excepción*, como en los casos de autopromotores o de construcción en el denominado régimen de comunidad valenciana (equiparables a la autopromoción) o edificios que tengan un destino diferente del de vivienda.
3. Licencias de primera ocupación o autorización administrativa necesaria «para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable» (art. 20 de la Ley de Suelo).
4. Certificado de eficiencia energética (Ley de Suelo en redacción dada por RDL 8/2011 y RD 47/2007), y
5. El libro del edificio (art. 7 de la Ley de Ordenación de Edificación, de 5 de noviembre de 1999; Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio; Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007; Ley regional 8/2005, de 14 de diciembre, de calidad en la edificación —art. 15—, Orden de la Consejería de Obras Públicas, de 4 de octubre de 2010).

Naturalmente, se entiende que la nueva construcción habrá de cumplir las exigencias cuya finalidad es un urbanismo más sostenible, como las derivadas de los códigos técnicos de edificación o las citadas normas de eficiencia energética (6) o los documentos básicos (ruido, consumo de agua). Tales exigencias no son objeto de una especial actuación registral y su reflejo tendrá lugar, si su importancia lo merece o en la medida que los propietarios lo consideren relevante, a través de la descripción o de alusiones o indicaciones que consten en los estatutos de la propiedad horizontal simultánea o posteriormente constituida.

(6) DEL OLMO ALONSO, «Urbanismo y medio ambiente», pág. 429 del volumen *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Ordenación del territorio y urbanismo*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2008.

Evidentemente, también puede influir en esta materia la evolución del planeamiento, que puede determinar que haya variado la edificabilidad del solar sobre el que se asienta o asentaba el edificio, o imponer la necesidad de construir plazas de aparcamiento.

En teoría puede reconstruirse un edificio exactamente igual que el que viene a sustituir. Es posible que el proyecto técnico nuevo mantenga parámetros parecidos a los del primero. La práctica decidirá si esto sucede así o no. Si lo que cambia en el nuevo edificio son algunas de las características esenciales de su configuración (el número de plantas, el total de metros cuadrados edificados, la superficie ocupada) deberá procederse a modificar formalmente la obra nueva otorgando el título pertinente, en la medida que se alteran circunstancias que conforman la obra nueva a tenor del expuesto artículo 45 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio.

Un ejemplo nos puede proporcionar una idea más precisa acerca de los límites entre una modificación sustantiva de la obra nueva y entre una mera modificación o actualización en la descripción de la finca (que no exigiría el cumplimiento de los requisitos impuestos a las obras nuevas y sus modificaciones). Es el que constituye el supuesto de hecho de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 16 de abril de 2007: cuando las obras de rehabilitación del edificio alteran la configuración arquitectónica del mismo y producen una variación *esencial* (es decir, no una variación *cualquiera*) en su volumetría, se entiende que hay una modificación de obra nueva a efectos del cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación del suelo (y, por remisión de la misma, de los exigidos por la legislación especial) y no puede entenderse que estemos ante variaciones intrascendentes. Dicha rehabilitación, considerando las relevantes modificaciones que implica, requerirá proyecto técnico y licencia declarando que se ajusta a él (dicha Resolución fue dictada con motivo de advertir de la exigibilidad del seguro decenal a la rehabilitación, al modificarse sustancialmente la obra nueva) (7).

Cabría incluso que en la práctica ocurriera que, a pesar de realizarse modificaciones de elementos estructurales del edificio, estos no repercutieran en los pisos o locales de modo verdaderamente significativo, lo que nos conduce a una cuestión sobre la que es obligado volver más veces (y volveremos en estas notas): en qué medida afecta la modificación al «contenido esencial» del dominio de los pisos o locales privativos al objeto determinar qué tipo de intervención corresponde a los propietarios (acuerdos en junta o consentimiento individualizado).

(7) Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de febrero de 2003, viene a señalar que la rehabilitación de un edificio normalmente estará incluida en el ámbito del seguro decenal.

En todo caso, parece oportuno insistir en que la declaración de obra nueva de un edificio en régimen de propiedad horizontal, que ha sido demolido, debe ser otorgada por todos sus propietarios, por sí o por representante.

Otra cosa muy diferente es que sobre la base, bien de las normas de la ley de propiedad horizontal bien de conformidad con el artículo 398 del Código Civil, puedan adoptarse acuerdos por los que se adopten disposiciones para comenzar la edificación de la obra, básicamente realización de preparativos adoptados por otra mayoría en el marco del artículo 17 LPH (8).

III. PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCIÓN

La destrucción de un edificio afecta radicalmente a la propiedad horizontal en que se ha constituido, extinguiendo este régimen.

El artículo 23 LPH establece las causas de extinción de la propiedad horizontal:

«El régimen de propiedad horizontal se extingue:

1. Por la *destrucción* del edificio, salvo pacto en contrario. Se estimará producida aquella cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro, a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro.
2. Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias».

De la jurisprudencia del TS me gustaría destacar dos sentencias que parecen definir el alcance de la primera de estas causas de extinción de la propiedad horizontal:

- La STS de 24 de abril de 1999 (Fundamento de Derecho 3.º) destaca: «el único precepto a tener en cuenta a los efectos y fines del recurso es el 21 LPH [hoy 23]... Como evidencia la redacción del artículo 21, viene a contemplar dos supuestos de extinción del régimen de propiedad horizontal, totalmente diferenciados e independientes entre sí, refiriéndose el primero al de la destrucción física o material del inmueble, el que tan solo toma en consideración la total del edificio, si bien, a la

(8) El Tribunal Supremo ha entendido que no es necesaria unanimidad en diferentes supuestos, como obra menor en elemento común (STS de 23 de marzo de 1991), obras de seguridad en la cubierta del edificio (STS de 3 de diciembre de 1993); la reparación de una fachada para evitar desprendimientos (STS de 10 de marzo de 1997). En cambio, sí es necesaria la unanimidad, por ejemplo, para la realización de obras en el subsuelo (STS de 7 de octubre de 1999) o para la construcción de entreplanta (R. de 13 de junio de 2002) o para ampliar la construcción a otra planta (R. de 13 de septiembre de 2003).

misma viene a equiparar aquella en que el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro, con lo cual, parece estar aludiendo a un caso en que no se produce la total destrucción física del edificio, aunque por la trascendencia económica del coste de la reconstrucción merezca igual consideración que el de ruina total. La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario».

- Y, según la STS de 22 de julio de 2008 (Fundamento 2.º): «la íntegra destrucción del edificio, en principio, provoca la extinción de la propiedad horizontal». Esta sentencia parece exigir un acuerdo claro entre los propietarios para la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, basado en la voluntad de reconstrucción (9).

Ahora bien, también me gustaría resaltar la doctrina de la sentencia de la AP de Murcia (Sección 5.ª, Cartagena), que precisamente se sustenta en la de las mencionadas sentencias del TS de 24 de abril de 1999 y 22 de julio de 2008, que cita explícitamente. En su Fundamento 5.º precisa que las excepciones —taxativas, únicas— a la extinción de la propiedad horizontal solo son dos: *a)* el pacto en contrario, y *b)* que el exceso del valor del 50 por 100 del coste de la reconstrucción esté cubierto por un seguro, pero respecto de esto último, precisa que «una vez decretada su ruina inminente por el Ayuntamiento de Cartagena... implica que estamos ante un caso de destrucción total y no meramente parcial, único supuesto en el que sería posible acudir a la excepción del valor de reconstrucción prevista en el propio artículo 23 LPH».

Al comentar el artículo 23 LPH y la jurisprudencia que lo complementa, la doctrina llega, o parece llegar, a varias conclusiones que no se desprenden literalmente del precepto:

- 1.º No ya la destrucción del edificio, sino *la mera concurrencia de causa de demolición total* del mismo determina la extinción de la propiedad horizontal

Parece lo más lógico suponer que la declaración administrativa de ruina con orden de demolición equivale a la destrucción y por tanto produce la extinción de la propiedad horizontal. Desde luego, en mi opinión es así y debemos considerar que estamos en realidad en el supuesto del artículo 23.1.º LPH.

Ahora bien, una cosa es que la existencia de causa de demolición total dé lugar a la extinción de la propiedad horizontal y otra que el documento administrativo que lo declare sea título suficiente para practicar las operaciones de cancelación

(9) (Que se rechazó en la instancia y en casación por basarse la pretensión en una reserva de derechos).

por extinción del derecho subsiguientes, que no lo es porque es preciso el consentimiento de los propietarios o resolución judicial.

Se han planteado dudas sobre si el efecto extintivo es similar en caso de ruina parcial. Es cierto que existen sentencias de la Sala 3.^a del TS que parecen aceptar la compatibilidad entre la declaración de ruina y la conservación del edificio. Y también lo es que cuando el coste de la rehabilitación es elevado (cuestión del seguro aparte) el destino de los edificios afectados (residenciales, no nos referimos a los que merezcan una especial protección) no parece otro que el de su demolición. No parece lógico ni práctico tratar a un edificio seriamente deteriorado, inviable económicamente, de modo diferente al de un edificio en ruina total.

2.º La concurrencia de causa de extinción produciría la *apertura de un periodo transitorio de liquidación*

Esto debería ocurrir así en pura lógica, pero no parece que ello quiera decir que mientras dicho periodo no finalice deba tenerse por prorrogado de alguna manera el estatus jurídico de propiedad horizontal.

Llama la atención DÍAZ MARTÍNEZ (10) sobre lo sencillo que es decir que los derechos antes existentes sobre los pisos o locales o los elementos del edificio pasan a recaer sobre el solar en proporción a las cuotas de participación que cada unidad privativa tuviere fijada, pero «llegar a ello requiere de modo necesario pasar por una fase intermedia en que no parece desacertado aplicar alguno de los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal para dar solución a los problemas que se presenten». La autora ha apoyado esta afirmación en la SAP de 6 de febrero de 1998, de Tenerife que, a su juicio, establece un paralelismo entre la fase última de un régimen de propiedad horizontal que se extingue y el periodo de liquidación de una sociedad.

Es cierto que la liquidación de un *status quo* puede hacer conveniente una fase intermedia, pero en mi opinión la existencia de esa fase intermedia no es esencial ni exige esperar a su conclusión para observar las normas propias de la comunidad romana, del mismo modo que puede disolverse una sociedad de gananciales sin haberse verificado liquidación alguna y comenzarse otro régimen, incluso nuevamente el de gananciales. El artículo 1409 del Código Civil permite suponerlo sin dificultad.

(10) VV.AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

- 3.º El pacto en contrario del artículo 23.1.º o acuerdo de los propietarios en mantener el régimen de propiedad horizontal debe adoptarse de modo unánime

Al menos debería serlo si se quiere disipar toda duda jurídica en torno suyo, pues es cierto que el adjetivo «unánime» no aparece explícitamente en la redacción del precepto. Para algunos autores también debería tomarse en un periodo de tiempo razonable, pero esto no es indiscutible. No creo que la Ley rechace un acuerdo tardío ni tácito. Supongamos que los propietarios otorgan alguno de los títulos o escrituras que exige la reconstrucción del edificio, sin necesidad de hacer ninguna manifestación especial al respecto, incluso tardíamente. ¿Quién iba a negarles legitimación para hacerlo?

- 4.º La situación que surge de la extinción de la propiedad horizontal parece, fundamentalmente, la propia de una *comunidad de bienes* sobre el solar

Será una comunidad de bienes que será proporcional a la cuota de participación que en su día se fijó a efectos de los artículos 3 LPH y 8.4 LH, o simplemente coincidirá con ella.

Indica expresamente la DGRN (Resoluciones de 27 de diciembre de 2011 o 23 de julio de 1966) que la cuota de participación del propietario «determinará su participación en los nuevos departamentos en caso de elevación del edificio o del solar si aquel se destruye».

En otras palabras, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (11), «la extinción del régimen de propiedad horizontal determinará que el dueño de un piso pasará a ser simple condueño del todo, por la cuota que le corresponda».

En cambio, este autor encuentra variaciones respecto del régimen ordinario en el caso de extinción de un complejo inmobiliario (12). En su opinión, el complejo integra edificios o parcelas y no puede ser esencial para que se sostenga que alguno de los edificios no mantenga su integridad. Y llega a negar que rijan la causa de extinción 1.ª del artículo 23, mas, en realidad, atendiendo a su explicación, parece más bien que la causa queda modalizada: si queda destruido uno de los edificios del complejo, se extinguirá su propia propiedad horizontal; evidentemente en el caso de que queden destruidos todos no se producirá una comunidad ordinaria sobre el todo del complejo, sino comunidades ordinarias sobre cada una de las parcelas. Asimismo, sostiene PEÑA, que no se extinguirá el complejo mientras existan elementos comunes.

(11) PEÑA, *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 555.

(12) PEÑA, *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 567.

En caso de conversión en régimen de condominio, sea pactado, sea como consecuencia forzosa de la extinción (aunque con ciertas reservas, dado lo especial de la situación en que nos encontramos), no hay que olvidar que la comunidad de bienes se rige por lo dispuesto en el Código Civil en defecto de pacto (art. 392)... pero, como acabamos de ver, la doctrina no descarta que puedan aplicarse algunas normas de la propiedad horizontal, máxime si entonces (o más adelante) los propietarios lo acuerdan así.

5.º La opción de los propietarios por continuar el régimen de propiedad horizontal en realidad parece dar lugar a una situación asimilable a la *pre-horizontalidad*

En cualquier caso, al faltarle la base fáctica, el edificio o casa por pisos, se desdibujan los presupuestos de hecho de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, y no parece razonable que se pretenda su aplicación de un modo absoluto, como si el edificio estuviera intacto y en el mismo los condueños haciendo vida rutinaria. Pero al mismo tiempo vemos en la comunidad de bienes subsiguiente un evidente elemento finalista, resaltado por obligaciones no civiles, que es el de la reconstrucción del edificio que, llevada a cabo, conducirá nuevamente a la organización de la propiedad horizontal sobre el mismo.

Es cierto que ya existía un título constitutivo de propiedad horizontal, inscrito en el Registro. Pero desde un cierto punto de vista que parece surgir de una directa aplicación del artículo 23 LPH, puede considerarse extinguido como consecuencia de la destrucción o ruina absoluta del edificio, una vez perdido totalmente su objeto, la realidad fáctica para cuya organización se constituyó. Al mismo tiempo hay una vocación (puede hablarse también de obligación) (13) de

(13) La Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca establece (art. 2. Deber de edificar y plazo): «1. Los copropietarios de inmuebles descritos en el artículo 1 deberán solicitar licencia municipal de obras para su reedificación en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la presente ley, si se tratara de solar, o desde la notificación de la declaración de ruina si la presente ley ya estuviera en vigor, siempre y cuando haya transcurrido, igualmente, el plazo de dos meses desde la concesión de la correspondiente ayuda para la reconstrucción de viviendas reguladas en el Real Decreto-ley 11/2012. 2. El incumplimiento del plazo previsto habilitará al Ayuntamiento para la edificación forzosa mediante el mecanismo de expropiación forzosa por urgente ocupación, por causa del incumplimiento de la función social de la propiedad o, en su caso, mediante el mecanismo de sustitución forzosa regulado en esta ley». El Real Decreto-ley 11/2012 y el Decreto autonómico 273/2011 establecen pronunciamientos imperativos sobre el inicio de la ejecución de las obras de reconstrucción en Lorca. El artículo 203 del TRLS regional (aprobado por RD legislativo 1/2005) establece: «Los propietarios de parcelas y edificaciones en ruina deberán proceder a su edificación en el plazo fijado por el planeamiento y, en su defecto, en el de dos años desde que la parcela merezca la condición de solar o desde la declaración firme de ruina. 2. El Ayuntamiento, por causa justificada, podrá prorrogar por otros dos años el plazo anterior».

edificar de nuevo sobre el solar o terreno en el que se asentaba, puede esperarse que también en propiedad horizontal, y que podrá ser el mismo régimen, idéntico o modificado, o un régimen de propiedad horizontal radicalmente distinto. En cualquier caso, en mayor o menor medida, ha de surgir de un nuevo pacto o título constitutivo otorgado por los propietarios.

Desde la perspectiva de una futura construcción de un nuevo edificio en una nueva propiedad horizontal, en mi opinión sí cabría considerar que los casos que tratamos participan de la naturaleza de las situaciones de prehorizontalidad que examina sistemáticamente ARNÁIZ EGUREN (14). La prehorizontalidad es una situación de carácter temporal, requiere un plazo o término, el que medie hasta la edificación y concreción del régimen de propiedad horizontal, de origen convencional o legal según los casos.

El término convencional es el propio de situaciones derivadas de contratos de permuta de terreno por obra futura o de constitución del derecho de vuelo (en los que es esencial señalar plazo, desde el punto de vista registral al menos). En los casos de reconstrucción de que nos ocupamos, la situación de prehorizontalidad y la duración que la caracteriza parecen derivar de pronunciamientos normativos, los que establecen la obligación de realizar la reconstrucción en plazo de conformidad con la Ley autonómica 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca, el Real Decreto-ley 11/2012 (15), el Decreto autonómico 273/2011, de 23 de septiembre (16) o la aplicación de las normas sobre venta o sustitución forzosa (17) (siguiendo la opinión de ARNÁIZ, es claro este último caso) (18).

La situación de prehorizontalidad se traduce en que entre los propietarios hay una comunidad de bienes y que por tanto se rige por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, pero matizadamente, porque se reconoce en ella la finalidad de construir (19) y, como señala ARNÁIZ, sus dos notas fundamentales dentro del Código Civil, la unanimidad para los actos dispositivos y la *actio communi dividundo*, «como mínimo perturban extraordinariamente el funcionamiento de la comunidad». Pero además de esta realidad que el autor destaca, los

(14) ARNÁIZ EGUREN, *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, 2010, Civitas. Capítulo dieciocho, pág. 627 y sigs.

(15) Su artículo 7.1 establece que las ayudas para la reconstrucción de las viviendas destruidas o demolidas constituyen a su beneficiario en la obligación legal de proceder a la reconstrucción de las mismas mediante la presentación de la correspondiente solicitud de licencia municipal en el plazo de dos meses desde la concesión de las ayudas correspondientes, en los términos previstos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

(16) Que establece (cfr. art. 1) que el plazo máximo de ejecución de las obras de reconstrucción no podrá exceder de 24 meses a contar desde el pago efectivo del 50 por 100 anticipado de la cuantía de la ayuda y 12 en el caso de rehabilitación o reparación de daños.

(17) Con especialidades para Lorca de conformidad con el Real Decreto-ley 11/2012, de 30 de marzo. Los artículos 204 y 205 del TRLS regional, regulan la inclusión de los solares en los Registros Municipales al efecto y su venta forzosa.

(18) ARNÁIZ, *op. cit.*, pág. 630.

(19) ARNÁIZ, *op. cit.*, pág. 744.

matices en nuestro caso proceden de que sobre los comuneros pesan deberes de reconstrucción, evidentemente no de naturaleza civil (sobre todo los que surgen del hecho de haber obtenido ayudas públicas). Además, pende la posibilidad de la sustitución forzosa en la facultad de edificar de conformidad con el artículo 36 de la vigente Ley de Suelo y, especialmente para Lorca, por aplicación de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca y el Real Decreto-ley 11/2012, de 30 de marzo.

Como más adelante resaltaremos, la STS de 22 de mayo de 1993 declara que en situación de prehorizontalidad son ajenos los asuntos de los propietarios a la esfera de representación orgánica. No parece que el tercero pueda oponer un convenio celebrado con quien ostente la representación de la comunidad cuando el objeto del mismo sobrepasa los intereses comunes y alcanza a la esfera de los derechos privativos, por consiguiente, la STS citada rechaza que la legitimación (pasiva en este caso) corresponda a la comunidad formada para la construcción del edificio y mantiene que la legitimación permanece en los comuneros *ad aedificandum* por ser distinta esta situación de la prevista por la LPH.

IV. PREDOMINIO DEL DERECHO DE COPROPIEDAD

Según la DGRN, el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (art. 3 LPH y 396 del CC), no dos propiedades yuxtapuestas sino un único derecho (20).

Son las circunstancias de hecho, la destrucción de los edificios, no obstante, las que hacen predominar o destacar la dimensión de la copropiedad sobre los elementos comunes y, en particular, sobre el solar donde se asentaban.

Producida la extinción de la propiedad horizontal por destrucción del edificio, la cuota de cada elemento determina su participación en el solar y se origina una comunidad especial sobre el solar o terreno en que se asentaba el edificio, el suelo que era y es elemento común. Este es uno de los problemas prácticos más notorios. Una cosa es gestionar los gastos y elementos comunes y otra muy distinta y de mayor alcance comenzar el edificio desde los cimientos desde una situación de comunidad.

La Ley dedica 22 artículos a regular el ordenado uso y disfrute de la propiedad horizontal, pero solo uno a la extinción y sus consecuencias. La propiedad horizontal es una institución orientada a facilitar la construcción de casas por pisos, y parte del hecho de un promotor o agrupación de autopromotores que

(20) Resoluciones de 19 de abril de 2007 o 27 de diciembre de 2010.

en unidad de acto construyen un edificio, declaran una obra nueva, constituyen el edificio en régimen de propiedad horizontal y a continuación venden o se adjudican cada uno de los pisos o locales. La Ley de 16 de julio de 1960 establece una regulación básica de la propiedad horizontal, prevé la adopción de unos estatutos para regular la organización y el adecuado uso y disfrute de los pisos o locales divididos horizontalmente y de los elementos comunes, y aquí finaliza la contemplación de la realidad que ha efectuado el legislador. Dicho de otro modo, poco más encontramos en el guión.

Y, como decíamos, la situación de la que ahora partimos, y en la que no mucho más abunda la LPH, es la de un condominio (especial, pero en el fondo una comunidad de bienes más) en proporción a la cuota de cada uno de los propietarios.

Al condominio, desde el Derecho romano, le sigue casi automáticamente un calificativo: antieconómico. O, como dice un clásico libro de Derecho romano, la consideración de situación «difícil de sobrellevar» (21). ¿Por qué? Por las dificultades de unificar la voluntad de los copropietarios para llevar a cabo actos de administración y disposición sobre el mismo.

Es por ello que advertimos que se produce una especie de *disgregación* en la gestión o actuación. La propiedad horizontal comprende el derecho privativo de propiedad singular sobre un piso o local y un anejo derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. En cuanto que no hay «espacio delimitado», alguno que resulte idóneo para su aprovechamiento, el ejercicio de las facultades que concede el derecho de propiedad singular queda restringido a los actos sobre la cuota, al menos mientras no se lleve a cabo la reconstrucción.

Por tanto, la mayor dimensión de los derechos de los propietarios en este estadio corresponde a la copropiedad o comunidad de bienes. Un estatus colectivo donde todo acto de disposición requiere legalmente, en principio, unanimidad (art. 397 del CC); y también la requiere el tracto registral (art. 20 de la LH).

Y dicha situación de condominio o comunidad de bienes, tras la extinción de la propiedad horizontal, está llamada a finalizar de una de dos maneras: de un modo llamémosle natural, mediante la construcción de un edificio nuevo susceptible de ser dividido horizontalmente, por aplicación del artículo 401.2 del Código Civil, o bien, de un modo llamémosle abrupto, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*. De conformidad con el Código Civil, cualquiera de los condóminos está legitimado para ejercer, en cualquier momento, la acción de dividir la cosa común y, por la vía del artículo 406, ser de aplicación el artículo 1062 y procederse a la venta de la cosa común, el solar, en pública subasta y con admisión de licitadores ajenos al condominio. No hace falta insistir en que basta que uno solo de los comuneros lo pida.

(21) Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1981.

En este sentido, ARNÁIZ (22) apunta los principios que deberían regir las *comunidades de bienes con finalidad de construir*: 1) el principio de unanimidad para los actos de disposición —cfr. arts. 397 y 399 CC—; 2) el de indivisibilidad de la cosa común —cfr. art. 400.1.º CC—; 3) su duración limitada, diez años —cfr. art. 400.2.º CC—, y 4) la existencia de derechos de adquisición preferente —arts. 1521 y 1522 CC—. Este autor se muestra partidario de su regulación específica para resaltar sus singularidades dentro de la comunidad de bienes.

Es un tema sugestivo por sí mismo cuyo examen rebasa este trabajo, pero desde luego invita a reflexiones inmediatas que hacen al caso, sobre la indivisibilidad transitoria de la cosa común y en qué medida el acuerdo de reconstrucción podría implicar la indivisibilidad de la cosa común y la suspensión de la *actio communi dividundo* mientras está vigente, consecuencias jurídicas que de alguna manera podrían desprenderse de la naturaleza de la prehorizontalidad.

SITUACIÓN DE LOS PROPIETARIOS. RENUNCIA A LA PROPIEDAD

En todo caso, la copropiedad sobre el inmueble tiene civilmente una parte onerosa que los propietarios habrán de afrontar. O lo que es lo mismo: la propiedad o la copropiedad implican responsabilidades económicas. El propietario al que no conviene la reconstrucción no puede desentenderse de sus costes mientras continúe siendo propietario.

El propietario en régimen de propiedad horizontal está sometido a la regla de contribuir a los gastos de la comunidad en proporción a su cuota o coeficiente de propiedad [arts. 3 y 9.e) LPH]. El partícipe de una comunidad de bienes (como la subsiguiente a la extinción de la propiedad horizontal), deberá contribuir a los gastos de la cosa común en proporción a su cuota conforme al Código Civil (art. 393 CC).

En suma, quien conserve la propiedad y mientras la conserve, debe cumplir las obligaciones que surgen en estas comunidades de bienes y en particular pagar los gastos de las mismas. Sería delirante pretender que solo se atienden las responsabilidades derivadas de la copropiedad mientras esta está llena de contenido económico favorable. La responsabilidad por gastos de la cosa común es *propter rem*.

Agreguemos que, en cuanto incluida en el ámbito del concepto legal de rehabilitación en los términos de los artículos 107 a 111 de la Ley de Economía Sostenible, las obras a realizar tienen, a los efectos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, el carácter de necesarias, y «deben ser obli-

(22) *Op. cit.*, pág. 748.

gatoriamente costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades, no siéndoles de aplicación las reglas del artículo 17 de dicha Ley y debiéndose limitar el acuerdo de la Junta correspondiente a la distribución de la derrama pertinente y la determinación de los términos de su abono».

Por consiguiente, solo si el propietario se despoja de la propiedad del piso o local afectado cesará su obligación de contribuir proporcionalmente a los gastos que la propiedad horizontal o el condominio exijan. Si dichos gastos se devengan y no los atiende, habrá un incumplimiento civil de sus obligaciones.

Naturalmente, el propietario podría deshacerse de su propiedad, puede vender su derecho a los demás comuneros o a un tercero; también puede hacer la renuncia abdicativa de su propiedad, en documento público (art. 1280 del CC) o en su caso a favor de uno o de todos los demás comuneros (renuncia traslativa que tiene efectos fiscales determinados). Civilmente, en cuanto exista condominio, podrá jugar a favor de los copropietarios el retracto de comuneros (art. 1522 CC).

Asimismo, podrá llevarse a cabo la expropiación forzosa de su derecho (a raíz de una declaración de utilidad pública y por aplicación general de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 o incluso por el procedimiento de tasación conjunta previsto por el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, o por incumplimiento de la función social de la propiedad de conformidad con los arts. 63 y siguientes de la Ley de Suelo —o ejecución forzosa— o quizá en el marco señalado de la rehabilitación regulada por la Ley de Economía Sostenible). Pero, mientras la expropiación no se haga efectiva, no hay ninguna razón jurídica que le exima de afrontar los gastos comunes.

Desde luego, como veremos más adelante, la expropiación forzosa se inscribirá con arreglo a las normas previstas para la misma, sin grandes peculiaridades destacables.

No hay muchas singularidades tampoco en cuanto a la venta de su derecho que pueda hacer el propietario sin interés en la reconstrucción a un tercero o a otro de los comuneros o a todos ellos —tal como constara inscrito, dicho derecho o bien siendo el objeto de la venta la cuota o participación en el solar si se ha formalizado e inscrito la extinción de la propiedad horizontal—. Acaso puede resultar la peculiaridad de que se haga una manifestación, en la escritura pública que vaya a otorgar, acerca de la situación real del edificio, acreditando en su caso la demolición del edificio, con el fin práctico de justificar la baja valoración que probablemente se consignará en la escritura pública a fines fiscales.

Sin embargo, encontramos algunas dudas o complicaciones en el supuesto de que el propietario opte por llevar a cabo una *renuncia abdicativa* de su derecho en escritura pública, con el fin de que cesen sus responsabilidades en la cosa común.

La validez e inscribibilidad de la renuncia abdicativa —unilateral, irrevocable y gratuita—, es decir, la que no se efectúa a favor de persona determinada, ha sido reconocida por la DGRN en Resoluciones de 19 de enero de 1994, 10 de enero y 18 de febrero de 2003, por estar incluida dentro de los supuestos de

los artículos 1 de la LH y 7 del RH, como acto relativo al dominio que implica su pérdida, y permitirle el artículo 6.2 del Código Civil.

Pero se plantea el problema de a favor de quién debe inscribirse el derecho renunciado. La situación no está exenta de complicaciones y se podrían barajar hipotéticamente hasta tres posibilidades:

- El acrecimiento a favor de los condóminos, por la denominada descomposición del dominio. Este efecto se desprende también del artículo 395 del Código Civil, que trata la renuncia como modo de librarse de las responsabilidades de los gastos en la cosa común. La adquisición de los condóminos será proporcional a su cuota y mediante la aceptación hecha por todos ellos. Conviene tener en cuenta que la renuncia se inscribirá en todo caso, no es ningún impedimento que falte la correlativa aceptación de los demás, y tendrá desde luego el efecto de cancelar la titularidad del propietario que ha renunciado (23).
- La inscripción a favor del Estado. Actualmente, el artículo 15.e) de la Ley 33/2003, declara que las Administraciones Públicas pueden adquirir los bienes por ocupación. De conformidad con el artículo 17.1, «pertencen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño». Según precisa el artículo 17.2, «la adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado». El Estado aplicará los procedimientos de investigación de bienes y derechos (previsto por el art. 47 de la Ley) y de «regularización registral» objeto de los artículos 48 a 53 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, a cuya conclusión se expedirá una certificación administrativa de dominio *ex* artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la cual será, como dice el artículo 49 del Reglamento, «el título que accederá al Registro de la Propiedad».
- ¿Cabría inscribir dicha finca a favor del último titular resultante del contenido del Registro (el transmitente) como si recobrara vigencia la titularidad anterior al extinguirse la vigente? Desde mi punto de vista, aquel titular nunca podría ser considerado sin más como titular de dominio *vigente*. Su título se agotó y no ostenta ningún otro título o modo hábil, originario o derivativo, para adquirir el dominio. Las inscripciones

(23) PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, 2.º, pág. 145, Bosch, 1979), se plantea qué efectos ha de producir la renuncia o abandono de un piso o local que se halle situado en un edificio en régimen de propiedad horizontal, declarando compartir la opinión de BATLLE VÁZQUEZ de que no se trata de una verdadera renuncia abdicativa, sino traslativa, sin producir una exoneración de cargas de efecto retroactivo, correspondiendo el piso abandonado a los restantes propietarios en proporción al valor del que previamente ya tenían en propiedad.

se extinguen por la inscripción de transferencia del derecho a favor de otra persona (art. 76 de la LH).

V. LAS CARGAS

No hay dudas de que las cargas que graven los diferentes elementos de la propiedad horizontal extinguida van a subsistir sobre los derechos que conservan los propietarios y, si el objeto de su propiedad es nada más un solar, proseguirán sobre las cuotas que cada uno de los propietarios mantenga.

La subsistencia de las cargas se modalizará en función del marco en que los condóminos ejerciten sus derechos para reconstruir el edificio. Podemos distinguir dos posibilidades:

Una, que el solar del edificio resulte incluido en una actuación urbanística ejecutada a través de un proyecto de equidistribución, o distribución de beneficios y cargas [y en el que eventualmente se actúen tanto previsiones del planeamiento y como del plan especial de rehabilitación (24), como veremos más adelante]: las cargas se trasladarán a las nuevas fincas en la forma que el proyecto determine, en conformidad con lo previsto por la Ley de Suelo (art. 18) y con aplicación de las reglas establecidas por el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio (art. 11, sobre todo). Este traslado deberá ser notificado a los titulares activos de las cargas para que puedan ejercer los derechos de la manera que estimen oportuno. Ahora bien, no hay que olvidar que su aquiescencia o participación directa no es un requisito para que se hagan efectivas las determinaciones del expediente o proyecto tramitado (25). La práctica de la inscripción de los proyectos de equidistribución acredita una fácil trazabilidad de las cargas (entendemos por trazabilidad la posibilidad de relacionar el origen y las diferentes etapas que a lo largo del proceso de reconstrucción experimentará la carga).

Otra, que la reorganización de la propiedad horizontal se verifique fuera del anterior marco, sin recurrirse a procedimientos de equidistribución por convenio entre los propietarios, la subsistencia, prioridad o traslado de las cargas se acomodará a las reglas generales de la legislación civil e hipotecaria, sin particularidades. En este caso, no partiremos de una foto fija de las cargas una vez extendida la nota marginal de tramitarse procedimiento de equidistribución (art. 5 del RD 1093/97, de 4 de julio). La legislación ordinaria no facilita tampoco nada especial que nos permita manejar la continuidad de las cargas, por lo cual puede decirse que las cargas se arrastrarán con arreglo a las normas generales o en virtud de los con-

(24) De conformidad con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

(25) Cosa distinta es que por convenir a titulares activos y pasivos de las cargas, acreedores y deudores, puedan otorgarse acuerdos que decidan la distribución, prioridad o subsistencia de las mismas, en el marco del artículo 11.8 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio.

venios celebrados puntualmente con los acreedores, y en su caso conforme a lo que se decida en los juicios ordinarios a los que puedan abocar las pretensiones de los interesados.

Es evidente que en este supuesto de múltiples cargas y alteraciones potenciales en las fincas sobre las que recaen, la trazabilidad de las cargas es posible pero no tan simple como en el caso anterior, cuyas variantes están reguladas de antemano. No obstante, insistimos en que esto se entiende sin perjuicio de la continuidad y subsistencia de las mismas.

En este segundo caso, no pueden olvidarse los principios elementales que regulan la conservación de las cargas inscritas:

- 1.º En primer lugar, los del Código Civil: los copropietarios tienen la plena propiedad de su parte y pueden «en su consecuencia» enajenarla, cederla o hipotecarla, y el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad (art. 399). La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición (art. 405). Los acreedores pueden concurrir a la división de la cosa común pero, excepto el caso de fraude, no tienen derecho a imputarla (art. 403).
- 2.º Desde el punto de vista registral es conveniente tener en cuenta el principio de que no cabe la modificación de los derechos inscritos sin consentimiento de su titular registral o resolución judicial, por el elemental principio del tracto sucesivo establecido en los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria, según la DGRN, «corolario registral del principio de la tutela de los derechos proclamado por el artículo 24 de la constitución».
- 3.º Al mismo tiempo, jurisprudencia constante sostiene que los derechos de los acreedores, incluido el hipotecario, no limitan las facultades dispositivas del propietario o copropietario. El acreedor hipotecario siempre podrá ejecutar la hipoteca en la extensión inscrita de su derecho.
- 4.º Se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública (art. 111.2 de la LH).

No es admisible interpretar que el artículo 110 LH confiera al acreedor hipotecario facultades de apropiarse de la indemnización por pérdida de la cosa.

Este precepto, según unánime postura doctrinal y jurisprudencial, establece la subrogación real. Eso significa que, aunque un objeto (la indemnización) venga a reemplazar a otro (la finca) recaerá sobre el mismo exactamente la misma relación jurídica, y esta es la de garantía, no de propiedad. La alternativa no es un derecho del acreedor.

Lo que ocurre es que la cosa hipotecada ya no es un inmueble sino un bien mueble y esto origina un cambio en la naturaleza de la garantía, que ya no es la hipoteca sino la prenda, una prenda sobre el crédito mientras se halle pendiente de desembolso la indemnización y sobre el dinero en una segunda etapa, cuando esta sea pagada. Así lo han entendido PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ROCA SASTRE o GULLÓN BALLESTEROS. Como dice ROCA, prenda e hipoteca comparten la naturaleza de derechos de garantía y realización del valor (ambos están dotados del *ius distrahendi*, cfr. art. 1858 del CC). En suma, si bien sufre una alteración la relación jurídica de afección sobre la cosa, subsiste la función real de garantía. En cualquier caso, como señala el artículo 1859 del Código Civil, «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

El caso de indemnización por siniestro o pérdida de la cosa hipotecada no es objetivamente igual al de la expropiación forzosa. En el primer caso, y es patente que sucede así en el derecho de propiedad horizontal, la hipoteca subsiste sobre el solar. En el segundo, la hipoteca no puede subsistir en absoluto: la cosa expropiada se adquirirá «libre de cargas» (art. 8 LEF). No conviene olvidar que la propiedad horizontal consiste en un derecho de propiedad único cuyo objeto es complejo (26), un derecho singular privativo sobre los pisos o locales más la participación en copropiedad sobre los elementos comunes, entre ellos el suelo (arts. 3 LPH y 396 CC), sobre el que recaerá la titularidad dominical en proporción a la cuota de participación y con respeto al derecho del acreedor dentro del juego previsto por el Código Civil en sus artículos 399, 403 y 405.

Las sentencias del STS de 3 de marzo de 1997, 30 de julio de 1999 y 22 marzo de 2003 despejan toda duda sobre la aplicación de la subrogación real a las indemnizaciones por razón de pérdida de la cosa hipotecada.

La primera (FD 5.º) señala que la indemnización ha de aplicarse a la hipoteca constituida sobre la misma, y de otro lado, que esa afección o atribución de la indemnización a la concreta hipoteca garantizada por la finca «no puede hacerse de manera indiscriminada y discrecional por el originario propietario y deudor hipotecario, ni por el acreedor hipotecario, sino ateniéndose al débito estricto garantizado por la hipoteca, es decir, a la cantidad máxima a responder por la finca hipotecada». Por consiguiente, la atribución de la indemnización

(26) V.gr., Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 2010, más veces citada. Fundamento de Derecho 3.º

recibida de la compañía aseguradora ha de ser destinada, en primer lugar, al pago de los intereses de la deuda hipotecaria, pero, únicamente, hasta el límite que garantiza la hipoteca, al no regir sobre tal particular las prescripciones del artículo 1173 del Código Civil, y, en segundo término, al capital. Y por lo que respecta al tema de los intereses, si los devengados fuesen en cuantía superior a los cubiertos por la hipoteca, el exceso tendría que reclamarse al deudor personal por la entidad acreedora hipotecaria.

La STS de 30 de julio de 1999 declara que, «en caso de pérdida del bien hipotecado, se produce una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real», indicando que este es el sistema seguido por nuestro Derecho Positivo en los artículos 1877 del Código Civil, 110.2 de la Ley y 40 de la Ley de Contrato de Seguro, y que no es obstáculo el hecho de que el tomador del seguro sea el acreedor hipotecario quien no podrá pedir la atribución para sí de la indemnización que en su caso proceda.

Excede estas notas el tratamiento de los artículos 40-42 de la Ley del Contrato de Seguro, que alude al ejercicio de los derechos del acreedor sobre la indemnización por siniestro en la cosa hipotecada.

En fin, dejando aparte los supuestos de equidistribución (que tampoco tendrían por qué conducir a soluciones que deban imponerse a los propietarios, de hecho el art. 11.8 del RD 1093/1997 prima los convenios entre acreedores y deudores), lo cierto es que la autonomía de la voluntad, las negociaciones entre acreedores y deudores, puede jugar ampliamente, en orden al beneficio común de ambas partes que es la reconstrucción, unas, los acreedores, para recuperar —o mejorar— la calidad de sus garantías y otras, los propietarios, para salir de la simple proindivisión sobre un solar y promover un nuevo edificio susceptible de ser dividido horizontalmente. Los acuerdos en este marco resultan convenientes —no imperativos por regla general, no puede afirmarse eso—, deberían conducir a una ordenación razonable de las cargas sobre los pisos o locales resultantes de la nueva construcción, haciendo más fluida la aplicación de los artículos 399 y 405 del Código Civil.

El fracaso o la falta de estos acuerdos entre acreedor y deudor no inhabilita las respuestas naturales del sistema, pues las cargas se arrastrarán de todos modos. Y si el acuerdo procede de la falta de entendimiento entre los copropietarios del solar hasta el punto de que llegue a ejercitarse la acción de división, las cargas irremediamente formarán parte del solar de un modo global y, una vez que han perdido la desconexión con el antiguo propietario del piso o local, podría decirse que de una manera que de hecho puede calificarse de indiscriminada.

CONCLUSIONES

- I. La reconstrucción de los edificios, sustancialmente, plantea similares problemas y recibe el mismo tratamiento que las declaraciones de obra nueva. Sus especificidades vienen dadas por el hecho de que el declarante legitimado será una pluralidad de sujetos que exigirá a efectos de tracto sucesivo la obtención de unanimidad para las modificaciones del edificio y sus elementos comunes y el consentimiento singular de los propietarios cuando la modificación afecte al contenido esencial de su derecho de propiedad, el que existe sobre los elementos privativos del inmueble.
- II. No solamente la destrucción del edificio sino también muy probablemente la mera concurrencia de causa de demolición producen el efecto extintivo de la propiedad horizontal previsto en la LPH (art. 23), con consecuencias jurídicas complejas y el inicio de una fase de prehorizontalidad. El pacto a favor de la continuidad de la propiedad horizontal puede evitar la extinción y sería inconveniente entenderlo con exigencias de rigor formal o plazos puesto que la ley no los contempla y de la naturaleza de la situación no se desprende que hayan de contemplarse.
- III. Mientras el edificio no se reconstruya predominará el derecho de copropiedad, pudiendo causar la renuncia del condómino en esta fase problemas de interpretación jurídica más aparentes que reales.
- IV. El traslado o la continuidad de las cargas sobre los diferentes pisos o locales no requieren el consentimiento de los titulares de las mismas. La jurisprudencia es constante en afirmar que los derechos de los acreedores no limitan las facultades dispositivas de los propietarios. En cualquier caso, el Registro de la Propiedad tiene normas acerca del arrastre de cargas que no podrán alterarse salvo mediando acuerdo entre los interesados.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2010.
- *La inscripción registral de actos urbanísticos*. Editorial Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 1999.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid 2011.
- *Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas*, Madrid, 2005. Colegio de Registradores, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris, pág. 41.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: «Propiedad horizontal. Gastos generales. Preferencia de créditos y afectación del piso o local. Repercusión registral», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2012.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*. Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- VV.AA.: *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Ordenación del territorio y urbanismo*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2008.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Ed. Aranzadi Pamplona, Ediciones de 1999 y 2002.
- GARCÍA CONESA, Antonio: *Derecho de la construcción*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- NIETO GARCÍA, Bartolomé: *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Editorial Revista de Derecho Privado, 2000, Tomo VII, volumen 5.º
- RIVAS TORRALBA, Rafael Antonio: *Anotaciones de embargo*, Editorial Bosch, 4.ª ed., Barcelona, 2008.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Óscar y otros: *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: *Las expropiaciones urbanísticas*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: *El particular en la gestión urbanística*. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- D'ORS Y PÉREZ-PEIX, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1981.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 10 de junio de 1985.
- STS de 18 de marzo de 1987.
- STS de 24 de julio de 1989.
- STS de 28 de febrero de 1991.
- STS de 22 de mayo de 1993.
- STS de 14 de noviembre de 1996.
- STS de 3 de marzo de 1997.
- STS de 24 de abril de 1999.
- STS de 30 de julio de 1999.
- STS de 22 de marzo de 2003.
- STS de 9 de abril de 2003.
- STS de 22 de julio de 2008.

RESUMEN

UNANIMIDAD
EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD
HORIZONTAL

En esta primera parte podemos encontrar un planteamiento de los problemas que han surgido como consecuencia de la destrucción de los edificios (muchos de ellos organizados en régimen de propiedad horizontal). Se examinan separadamente las repercusiones en la configuración de los edificios (obras nuevas), en cuanto a la propiedad horizontal y a las cargas que afectan a los pisos y locales y, en particular, los problemas relativos a la extinción de la propiedad horizontal, la aparición de una situación de prehorizontalidad y el predominio de la copropiedad en esta fase, cuyos principios condicionan los actos de administración y disposición que los propietarios puedan llevar a cabo.

ABSTRACT

UNANIMITY
EXTINCTION OF
THE CONDOMINIUM

In this first part we can find an approach about the problems arisen as a result of the destruction of the buildings (many of them based on commonhold). Implications in the configuration of the buildings are separately examined (new building works), with respect to the regulation of commonhold and the charges in relation of the apartments and, particularly, the problems relating to the extinction of the condominium, the presentation of a situation of pre-horizontality and the prevalence of the co-ownership during this stage, whose principles subdue those acts of administration or disposal which owners may carry out.

(Trabajo recibido el 16-9-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

La progresiva desnaturalización de las relaciones paterno-filiales

por

JUAN C. MENÉNDEZ MATO
Profesor Titular de Universidad
Departamento de Derecho Civil
UNED

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN.
- II. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA EMPLEADA.
- III. HECHOS RECIENTES QUE CUESTIONAN LA FIGURA.
- IV. EFECTOS INMEDIATOS SOBRE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL:
 - A) EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL: EL DEBER DE LOS PADRES DE VELAR POR SUS HIJOS. CONCEPTO Y EXTENSIÓN.
 - B) EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA DE 2007: EL DEROGADO DERECHO A CORREGIR MODERADAMENTE A LOS HIJOS, Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL: LA VIOLENCIA FÍSICA EN EL ÁMBITO FAMILIAR:
 1. *Planteamiento inicial.*
 2. *Relación comparativa de otras sentencias.*
 3. *Síntesis cronológica de los principales hitos normativos en materia de derecho de los padres a educar y corregir a sus hijos.*
 4. *La causa principal de distorsión del régimen.*
 - C) EL ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO CIVIL: EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL MENOR NO EMANCIPADO.
 - D) EL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO CIVIL: LA CAPACIDAD O CAPACIDADES DE OBRAR DEL MENOR NO EMANCIPADO.
- V. EFECTOS DE FONDO SOBRE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR. CONTRADICCIONES:
 - A) INVASIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN LA INSTITUCIÓN.
 - B) LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL COMO RELACIÓN UNILATERAL.

- C) EL INTERÉS SUPREMO DEL MENOR EN LA RELACIÓN Y SU TEÓRICA PRIORIDAD.
- D) LA ASUNCIÓN DEFINITIVA DE LA PROGRESIVA ADQUISICIÓN DE CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES CITADAS.

I. PRESENTACIÓN

El presente artículo es fruto del estudio previo realizado para la participación, mediante una ponencia, en el Congreso Internacional sobre «Filiación, patria potestad y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas», organizado por el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE), que tuvo lugar en Madrid durante los días 4, 5 y 6 de abril de 2011. Es de resaltar la importancia del trabajo desarrollado por IDADFE desde su fundación, al potenciar un foro continuo de debate e intercambio de ideas en una materia tan esencial como la familia, y en unos tiempos en los que ni la institución familiar ni el diálogo jurídico son tenidos en cuenta en la escena política.

La elección del presente tema de análisis obedece a las cada vez más numerosas —y en ocasiones sorprendentes— noticias que, a lo largo de estos últimos años, han salido a la luz pública íntimamente relacionadas con la institución paterno-filial.

El título del trabajo pretende resaltar los importantes cambios de fondo que ha experimentado la relación paterno-filial desde la originaria redacción del Código Civil y, especialmente, con posterioridad a la reforma operada en 1981. Alteraciones que, en definitiva, de una forma u otra, conducen a la institución a una situación crítica.

II. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA EMPLEADA

El trabajo se articula en tres niveles de análisis estrechamente vinculados que van desde la sorpresa mediática, pasando por las dudas técnico-jurídicas, hasta alcanzar a cuestionar principios fundamentales de las relaciones paterno-filiales.

En definitiva, se trataría de tres círculos concéntricos en cuyo origen se situarían lo que he calificado de «hechos», es decir, noticias impactantes de contenido familiar divulgadas recientemente por los medios de información. A continuación se encontrarían los «efectos inmediatos», esto es, las controversias y dudas razonables que el régimen jurídico de la figura plantea al juzgador y al práctico del Derecho en general en estos casos. Finalmente se situarían los «efectos de fondo» que experimenta la institución, como consecuencia de las

reformas de su régimen jurídico efectuado de manera asistemática y, en ciertos casos, de manera involuntaria.

III. HECHOS RECIENTES QUE CUESTIONAN LA FIGURA

A título de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, basta resaltar cuatro situaciones de las que directa o indirectamente se han hecho eco los medios de información:

- A) La primera de ellas tiene lugar en el Reino Unido. Se trata de dos menores no emancipados —ella de quince y él de trece años— que supuestamente tienen un hijo, y de las fotos practicadas sorprende el carácter sumamente añejado del progenitor. Con posterioridad a la tan sonada primicia, aparecen también en nuestro país noticias de parejas similares. Surgen, respecto a todas ellas, serias dudas acerca del ejercicio de la patria potestad por menores no emancipados; en concreto, acerca de la interpretación que deba darse al artículo 157 del Código Civil español.
- B) La segunda situación se ubica en España. Salta a los medios el contenido de una sentencia, de 26 de noviembre de 2008, del Juzgado de lo Penal, número 3 de Jaén, en la que se condena a una madre por haber «abofeteado» a su hijo con el fin, según ella, de corregirle su previa conducta violenta (1). Es decir, se esboza la delicada cuestión de hasta dónde puede interpretarse la facultad/deber de los padres de educar y corregir correctamente a sus hijos. Sobre este particular aparecen más casos y se dictan sentencias con diferentes pronunciamientos. En el fondo, el problema que subyace es consecuencia de la última reforma que afecta al artículo 154 del Código Civil español. Del literal anterior del precepto citado desaparece la referencia expresa a la potestad de los padres de corregir «razonable y moderadamente» a sus hijos. La nueva redacción del artículo 154 viene recogida en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, con el fin de adecuar su contenido a la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- C) La siguiente noticia tiene lugar también en España. Se trata de una sentencia de 20 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Penal, número 3

(1) Vid. *El Mundo* de 5 de diciembre de 2008: «Una juez condena a una madre a 45 días de cárcel por golpear a su hijo de diez años», <http://www.elmundo.es/papel/2008/12/05/espana/2555912.html>, consultado el 16-6-2009; *El Mundo* de 14 de diciembre de 2008: «El hijo perdona, la ley no», http://www.arcadiespada.es/wp-content/uploads/2008/12/2560427_impresora..html, consultado el 16-6-2009; Antena3noticias.com de 16 de junio de 2009: «Elevan la pena a la mujer que abofeteó a su hijo en Jaén», <http://www.antena3noticias.com/Portal A3N/noticia/sociedad/Elevan-pena-mujer-que-...>, consultado el 16-6-2009.

de Lleida, por la que se condena a un padre a un año de prisión y cinco de alejamiento, por un delito contra la intimidad de su hija menor —que estaba enferma de anorexia/bulimia—, al controlarla mediante cámaras de vigilancia instaladas en el baño del domicilio familiar (2). Se planean dudas acerca de la extensión y límites del genérico deber de los padres de velar por sus hijos, recogido en el artículo 154 del Código Civil.

- D) Finalmente otro hecho que provoca un hondo debate en la sociedad española es la última reforma de la regulación del aborto. En concreto, la tan discutida posibilidad respecto a la facultad/derecho de la hija menor de edad (de más de dieciséis y menor de dieciocho años) de abortar sin necesidad del consentimiento de sus padres, ni siquiera de ser informados. Surge aquí el debate sobre la capacidad de obrar del menor no emancipado y sus límites: en concreto, el contenido del artículo 162 del Código Civil español. En esta materia han de tenerse presentes otros datos más allá del Código Civil como, por ejemplo, la teoría de la adquisición progresiva de la capacidad de obrar del menor, que encuentra base legal en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, Ley del Paciente y Ley del Aborto.

Podrían plantearse otros temas que han dado lugar a un importante grado de debate en la sociedad y atención en los medios de información españoles, como la reforma del artículo 44 del Código Civil español en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo, y sus directas consecuencias sobre las relaciones paterno-filiales, tal como acontece en materia de adopción.

IV. EFECTOS INMEDIATOS SOBRE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL

Al margen de la repercusión mediática de los hechos indicados, resulta evidente que la trascendencia de todos ellos pasa rápidamente a un plano técnico-jurídico, localizado en el conjunto de dudas y controversias que plantea al operador del derecho a la hora de aplicarles el régimen jurídico de la institución recogido en los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

(2) Vid. *Público* de 21 de mayo de 2009: «Prisión por grabar a su hija para confirmar si sufría anorexia», <http://www.publico.es/espana/226998/prision-por-grabar-a-su-hija-para-confirmar-si-...>, consultado el 11-10-2011; *Informativos Telecinco.com* de 22 de mayo de 2009: «El padre condenado por grabar a su hija reconoce que actuó de forma desproporcionada», <http://www.telecinco.es/informativos/sociedad/noticia/100003933/Condenado+...>, consultado el 11-10-2011; *El Mundo* de 22 de mayo de 2009: «Un año de cárcel por grabar a su hija en el baño para comprobar si sufría anorexia», <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/21/barcelona/1242898845.html>, consultado el 11-10-2011; *El País.com* de 22 de mayo de 2009: «El padre condenado por grabar a su hija en el lavabo, procesado por delito sexual», <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/padre/condenado/...>, consultado el 11-10-2011.

Por obvias razones de extensión, solo voy a apuntar los problemas principales que se generan de forma inmediata y las posibles contradicciones internas de régimen en cada uno de estos supuestos, sin renunciar a introducir en el análisis algunas conclusiones personales.

A) EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL: EL DEBER DE LOS PADRES DE VELAR POR SUS HIJOS. CONCEPTO Y EXTENSIÓN

El hecho que motiva este comentario se localiza en la sentencia de 20 de mayo de 2009, del Juzgado de lo Penal, número 3 de Lleida, por la que se condena a un padre por controlar mediante cámaras de vigilancia instaladas en el baño del domicilio familiar a su hija menor, que estaba enferma de bulimia y/o anorexia.

Surge en este supuesto el problema de la correcta delimitación de uno de los deberes principales de los padres, recogido en el artículo 154, párrafo primero, 1.º, del Código Civil: el genérico deber de «velar por ellos». De hecho, se plantea directamente la exigencia de que este deber respete ciertos límites, entre los que se halla el derecho a la intimidad del hijo.

De acuerdo con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Convención de los Derechos del Niño, el hijo/a menor es titular de derechos fundamentales inviolables, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad.

Parece evidente que el cumplimiento de un deber como padre, como es el genérico de velar por sus hijos, no le exonera a este del respeto a un derecho fundamental a la intimidad de su hija menor de edad.

Por otro lado, es importante tener en cuenta, en este y en los demás casos mencionados, que las noticias que dan los medios han de ser siempre acogidas con prudencia. En este concreto supuesto había más trasfondo. Existía una crisis matrimonial previa, el padre estaba separado de su mujer; de no haber sido así, tal vez la noticia no hubiese trascendido, pues precisamente la causa fue promovida por la madre en representación de su hija menor. Pero es que, además, el padre estaba pendiente de otro proceso penal por delitos de exhibicionismo y agresión sexual a una de sus hijas.

En este asunto no merece la pena extenderse más, pues resulta evidente que el cumplimiento de un deber como el de velar por sus hijos no permite al padre violar derechos fundamentales del menor para llevarlo a cabo.

B) EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA REFORMA DE 2007: EL DEROGADO DERECHO A CORREGIR RAZONABLE Y MODERADAMENTE A LOS HIJOS, Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL: LA VIOLENCIA FÍSICA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

1. *Planteamiento inicial*

Conviene recordar que la noticia que salta a los medios de información españoles, en este contexto, se trata de una sentencia de 26 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Penal, número 3 de Jaén. Los hechos que la motivan tienen lugar el 6 de octubre de 2006 en Pozo Alcón (Jaén). La sentencia condena a una madre —sordomuda— por haber «abofeteado» a su hijo de diez años con el fin de corregirle su previa conducta violenta: es decir, educarlo correctamente. Al abofetearlo el niño se golpea de narices contra el lavabo y al día siguiente los profesores, al verlo, lo llevan al centro de salud, y el parte médico termina en el Juzgado.

En este caso se aplica el artículo 153 del Código Penal, se califica al hecho de «delito de maltrato doméstico», y se condena a la madre a cuarenta y cinco días de prisión y a un año y cuarenta y cinco días de alejamiento.

En apelación todavía, la Audiencia Provincial le aumenta la pena, aunque solicita el indulto de la condenada (3). De este modo, finalmente, el Consejo de Ministros le concede dicho indulto.

Aunque no es así, parece que el problema o el debate que subyace en este asunto es consecuencia de la última reforma que afecta al artículo 154 del Código Civil, y del que desaparece la potestad de los padres de corregir moderadamente a sus hijos. La nueva redacción del precepto está recogida en la Disposición Final primera, dos, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; y su finalidad última es adecuar su contenido con el artículo 19.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

(3) Vid. SAP de Jaén (Sección 2.ª) de 22 de enero de 2009. Esta sentencia contiene el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y desestimando el formulado por la representación de la acusada contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Penal, número Tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado, seguido con el número 267/2008, debemos revocar y revocamos en parte la misma en el único sentido de fijar la duración de las penas que se imponen por la comisión del delito en la de 67 días la de prisión y de un año y 67 días la de prohibición de aproximación a su hijo, confirmando el resto de los pronunciamientos y con declaración de las costas del recurso de oficio.

Devuélvase al Juzgado de lo Penal, número Tres de Jaén, los autos originales, con testimonio de esta resolución, para su cumplimiento.

Expídase testimonio de la presente sentencia para su remisión al Ministerio de Justicia a efectos de la incoación del oportuno expediente de indulto que se propone en la misma con atento oficio».

De acuerdo con este artículo 19.1 de la citada Convención: «*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*».

Es importante resaltar que los hechos que dan lugar a la sentencia son del año 2006; es decir, son anteriores a la reforma del artículo 154 del Código Civil.

2. Relación comparativa de otras sentencias

Hay más casos y sentencias que abordan una temática semejante con diferentes pronunciamientos:

- a) Algunos han interpretado que determinadas agresiones físicas —por ejemplo, un bofetón— quedan amparadas en el derecho de corrección a los hijos *ex* artículo 154 del Código Civil:

— Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 1 de Santander, de 26 de octubre de 2007, que absuelve al padre, acusado de malos tratos por el Ministerio Fiscal, por haber propinado un tortazo a su hija, al considerar que el bofetón forma parte del derecho a corregir a los hijos que el Código Civil reconoce a todos los padres (4). La sentencia declara probado que el acusado propinó a su hija de trece años una bofetada cuando esta salió en defensa de su madre en una fuerte discusión familiar. La sentencia también considera que la bofetada no causó lesiones a la menor y que el padre le dio ese tortazo porque «le faltó al respeto». En este sentido, el magistrado considera que, sin otras circunstancias, el bofetón «no basta para condenar», porque «esa conducta queda amparada por el derecho de corrección, que como una manifestación de la patria potestad viene reconociendo a todo padre» el Código Civil.

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª), de 9 de marzo de 2004. Resuelve sobre unas lesiones que la madre propinó a su hijo de trece años de edad, por razón de que el menor tardó en volver a su casa cerca de tres horas, en compañía de su hermano menor, de diez años, cuando su madre les había dejado salir solamente para comprar alpiste. En el curso de la discusión

(4) Vid. *El Mundo* de 26 de octubre de 2007: «En España, una cachetada es un derecho paterno», http://www.diariopanorama.com/seccion/el-mundo_17/en-espana-una..., consultado el 11-10-2011.

la madre, como corrección a la conducta de su hijo, agarró a este fuertemente de los brazos, le agarró del cuello y le dio al menos una bofetada en la mejilla. A consecuencia de la agresión, el menor sufrió lesiones consistentes en contusión con hematoma en mejilla derecha, erosión en región lateral derecha del cuello y erosiones en cara anterior y posterior de ambos antebrazos, de las que tardó en curar tres días.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de marzo de 2006. Se pronuncia esta resolución sobre un caso en el que tras una discusión en el curso de la cual el hijo menor insultó a la madre, esta le propinó un bofetón. Resalta esta sentencia que «el derecho de corrección deba ejercerse de forma razonable y con moderación, artículo 154 del Código Civil. En efecto, la necesidad del *ius corrigendi* puede provenir de la falta de otra alternativa o de la existencia de un riesgo que provenga de la persona contra la que la fuerza se emplea. A tal fin se distingue una necesidad «en abstracto» del uso de la violencia (necesidad que se establece con un juicio *ex ante*, según la experiencia que nos dice que en esta clase de supuestos se hace preciso el recurso a la fuerza) cuya exigencia es imprescindible para que pueda actuar aquel derecho, legitimando el acto y su necesidad «en concreto», valorable con un juicio *ex post*, es decir, determinando si en el caso específico la concreta fuerza empleada era la justamente utilizable, cuya concurrencia completa la justificación. Por tanto, la discrepancia en exceso entre la necesidad en abstracto o mera necesidad y la concreta es lo que produce la falta de proporcionalidad que origine que la eximente 7 del artículo 20 del Código Penal obre como incompleta. Dicho de otro modo, si no hay necesidad en abstracto del empleo de la fuerza, decae toda la base de la exención completa-incompleta y si falta la necesidad concreta podrá aplicarse esta última. Por lo tanto, la necesidad de la violencia en abstracto debe ser considerada como integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta al derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 CC), bien entendido que la existencia del ánimo o voluntad de corregir, como elemento subjetivo de la causa de justificación no puede faltar en ningún caso, por lo que si el derecho de corrección aparece necesario y adecuado y el resultado no resulta grave, la conducta del progenitor estaría justificada».
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), de 17 de enero de 2008. Tras describir un episodio ocurrido el día 18 de octubre de 2007 entre padre e hija, con mutuos insultos, se

pronuncia acerca de lo ocurrido a la mañana siguiente, en el que se habla de discusión, no de insultos mutuos, y se dice que la menor «dirigió insultos graves contra su padre que reaccionó dándole un leve pescozón». La sentencia aplica también a este caso la eximente 20.7 del Código Penal, manteniendo el pronunciamiento absolutorio del padre recaído en primera instancia (5).

- b) La mayoría de los fallos son condenatorios, no cabe apreciar como eximente al derecho de corrección:
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 28 de mayo de 2001: entiende que la conducta del padre que da una bofetada a una niña de tres meses con la intención de castigarla porque lloraba, causándole una lesión, «no es más que el ejercicio gratuito de la violencia sobre su hija recién nacida (...), que nada tiene que ver con la facultad de corrección contemplada en el artículo 154 del Código Civil».
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 14 de abril de 1998: en la que consta que en el curso de una discusión la madre da una bofetada a su hija de diecisiete años de edad sin causarle heridas. No obstante, se la condena por una falta de maltrato de obra sin lesiones a la pena de multa de diez días con una cuota de 200 pesetas diarias, ya que la levedad del maltrato justifica la pena pero no la falta de responsabilidad penal de la madre, ya que «el derecho-deber de corrección de los padres no puede amparar ninguna clase de violencia y menos cuando la edad de los hijos es tal que convierte cualquier reacción física violenta en contraproducente».
 - Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1.ª) de Albacete, de 15 de julio de 2002: considera que propinar dos cachetes en el cuello a su hija de trece años por no hacerse la cama, es una manifestación de castigo físico que rebasa los límites del derecho

(5) Destaca en su FD sexto que, «así las cosas, se ha de entender que la respuesta del padre no supera el umbral que impone al Derecho Penal el principio de intervención mínima, entendido aquel como respuesta que, a juicio de la sociedad, es la adecuada para determinadas conductas entendidas como absolutamente reprobables por aquella. En el caso de autos, es la hija de quince años la que insulta al padre en el curso de una discusión y de forma grave, respondiendo aquel con un "leve pescozón", que ni causa lesión, ni ningún otro resultado que pueda reputarse como grave. Esto hace que se considere que se está en presencia de un supuesto cobijado en la eximente del artículo 20.7 del Código Penal, de obrar el acusado en ejercicio de un derecho, so pena de dejar sin contenido el artículo 154 del Código Civil antes citado, en su redacción entonces vigente».

de corrección del artículo 154 del Código Civil. La conducta es calificada de falta (6).

- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 4 de Barcelona, de 20 de marzo de 2008: señala que golpear a un hijo de trece años con un cinturón, causándole hematomas por todo el cuerpo, no puede encuadrarse dentro del derecho de corrección de los padres (7).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27.^a), de 24 de abril de 2008: un padre le da un bofetón a la hija de trece años cuando esta le increpa por llegar borracho a casa de la madre y exesposa para recoger una maleta con enseres personales. Inicialmente el Juzgado de lo Penal, número 21 de Madrid, lo absuelve aplicándole la eximente del artículo 20.7 del Código Penal y el artículo 154 del Código Civil (Maltrato doméstico: eximentes: ejercicio legítimo de un derecho: ánimo corrector de padre hacia su hija).

(6) Es interesante reproducir el FD cuarto de la sentencia, en donde interpreta el contenido del artículo 154 del Código Civil, en su versión anterior a la reforma de 2007, y aplicable al supuesto enjuiciado, acontecido en el año 2001. Sus términos son los siguientes: «Se alega por el recurrente que su actuación no sería ilegítima, pues, a su entender, había agotado otras formas de corrección en la menor. Al respecto necesariamente ha de indicarse que si bien el artículo 154 del Código Civil en su último inciso faculta a los padres para corregir a sus hijos no obstante matiza que tal corrección se ha de hacer en términos razonables y desde luego moderadamente, siendo obvio, como perfectamente razona el juez de instancia, que la moderación no se da si, como ocurre en el caso de autos, se ha recurrido como medio de corrección a propinar a la menor varios cachetes, collejas o como quiera llamarse a cualquiera de estas manifestaciones de castigo físico, pues estas manifestaciones de violencia claramente rebasan los límites de lo razonable que el referido artículo 154 del Código Civil establece como límite legitimador y por tanto tales cachetes, máxime si varios días después todavía por el facultativo que asistió a la menor apreció evidente dolor a la palpación, han de calificarse de maltrato con las consecuencias penales que aunque pudiera aceptarse en el plano de la hipótesis que en determinadas circunstancias por el estado emocional del niño al mediar un conflicto entre los progenitores pueda ser difícil encontrar un punto de encuentro que permita a los padres ejercer satisfactoriamente su función tuitiva en un ambiente de respeto y libertad, es obvio que es obligación y función de los padres imaginar y propiciar vías de estímulo para solucionar determinadas actitudes, desterrando por su propia dinámica violenta cualquier castigo físico, aunque momentáneamente pudiera servir como solución a un concreto incidente, ya que por la propia espiral de violencia que genera difícilmente pueden tener eficacia reeducadora».

(7) Resalta en su FD segundo *in fine* que, «no cabe apreciar el alegado por la defensa derecho de corrección, al entender que golpear más de una vez (así lo ha admitido el acusado) a un menor de edad con un cinturón, causándole con ello hematomas por todo el cuerpo, como se ha objetado de la pericial practicada, dista mucho de las facultades correccionales que ostentan los padres para con sus hijos, no pudiéndose amparar bajo el derecho de corrección una agresión física, máxime cuando es de las características de la declarada probada en el presente procedimiento, llegando a admitirse en alguna ocasión, como mucho "un bofetón" o "un cachete" espontáneo. Desde luego, el acusado, como padre, disponía de muchos otros medios para castigar a su hijo, que el de recurrir a un castigo físico, habiendo llegado a afirmar el acusado que se arrepiente y que perdió el control, no siendo precisamente un ejemplo educativo para su hijo, el castigarle golpeándole reiteradamente con un cinturón».

La Audiencia la revoca y lo condena de acuerdo con el artículo 153 del Código Penal: las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como eximentes.

En definitiva, parece afirmarse que el derecho de corregir no puede justificar nunca un ilícito penal, ya se trate de una falta o de un delito. Sin embargo, como se verá más adelante al analizar el impacto del artículo 153 del Código Penal en el derecho de los padres a educar a los hijos, la presencia de situaciones complejas, limítrofes o fronterizas ha abierto en los últimos años una brecha en esta tendencia condenatoria (8).

3. *Síntesis cronológica de los principales hitos normativos en materia de derecho de los padres a educar y corregir a sus hijos*

Cronológicamente han de señalarse los siguientes datos que afectan de forma directa a la regulación del denominado derecho de los padres a corregir y educar a sus hijos:

1. Antes de la reforma del Código Civil de 1981: se hacía referencia expresa en el artículo 155 del Código Civil a la facultad de corrección y castigo de los padres sobre sus hijos (9). Precisamente la expresión «castigarlos» planteó dudas en la doctrina acerca de su correcta extensión y sobre la inclusión en dicha facultad de los denominados «castigos físicos». La interpretación fue amplia y se trató de dar cobertura a tales castigos mediante el recurso a las causas de exoneración de responsabilidad penal.
2. Tras la reforma de 1981 del Código Civil, mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo: se modifican los términos, se suprime la palabra «castigo» y se pasa a la fórmula de «corregir moderada y razonablemente a los hijos» (10). Con esta reforma se pretende excluir la posibilidad de

(8) Vid. *infra*, III, B, 4 *in fine*.

(9) El contenido del artículo 155 del Código Civil, vigente desde el 14 de agosto de 1889 hasta el 8 de junio de 1981, era el siguiente:

«El padre, y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente».

(10) Con la reforma de 1981 se modifican los artículos 154 y 155 del Código Civil. El nuevo contenido del artículo 154 del Código Civil permanece hasta el 2 de julio de 2005 del siguiente modo:

«Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

- castigos físicos extremos, aunque sigue permitiendo el empleo de cierta fuerza leve en la corrección de los padres: por ejemplo, una bofetada.
3. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, se exige expresamente el respeto a los derechos fundamentales y personales de los que el menor es titular (integridad física, intimidad, honor...).
 4. En el año 2004 se reforma el Código Penal y se incluye un tipo especial denominado: delito de violencia familiar o doméstica. La reforma, si bien tiene lugar en el ámbito penal, afecta directamente a la regulación civil como más adelante se comentará.
 5. Tras la reforma del Código Civil de 2007: desaparece el derecho a «corregir razonable y moderadamente a los hijos» y se exige que el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres lo sea con respeto a la personalidad y a la integridad psíquica y física del menor (11). No

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º 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. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos».

La modificación posterior, operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, cambia en la primera frase del precepto: «potestad del padre y de la madre» por «potestad de sus progenitores».

Por su parte, el anterior artículo 155 del Código Civil queda así:

«Los hijos deben:

- 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre.
- 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella».

(11) El artículo 154 del Código Civil es modificado por la Disposición Final 1.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y su redacción actualmente en vigor es la siguiente:

«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:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º 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».

obstante, el derecho a corregir (no la fuerza leve) quedaría subsumido en el deber de los padres de educar a sus hijos.

4. *La causa principal de distorsión del régimen*

El verdadero problema asociado al derecho de corrección de los hijos menores, por parte de los padres, parece derivar de la última reforma del artículo 154 del Código Civil. Sin embargo, esta conclusión es errónea. El problema principal no es del Código Civil de entonces ni de ahora, sino del artículo 153.2 del Código Penal, que tiene su origen en el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (12).

Mediante la aprobación del nuevo artículo 153 del Código Penal se crea un tipo delictivo específico, y si se lee detalladamente su contenido, se aprecia en su redacción que desaparece el calificativo de falta cuando el acto se produzca en el ámbito familiar.

El artículo 153 del Código Penal, titulado: «Violencia física en el ámbito familiar», dispone lo siguiente:

- «1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.
2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas

(12) La doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta temática. Entre los estudios realizados, señalar los siguientes: CERVELLÓ DONDERIS, «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, págs. 45 y sigs.; MUÑOZ CUESTA, «Violencia habitual en el ámbito familiar», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2003, parte Comentario; UREÑA MARTÍNEZ, «Malos tratos a menores en el ámbito familiar», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 33, 2008; PULIDO QUECEDO, «Sobre la violencia doméstica», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2008, parte Tribuna; ALGARRA PRATS, «La corrección de los hijos en el Derecho español», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2010, parte Estudio.

contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado, al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.
4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

En concreto, las personas a las que se refiere el artículo 153.2 del Código Penal, mediante su referencia al artículo 173.2 del Código Penal, son: «(...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

La idea que subyace en el fondo es tratar de justificar el tipo protector específico de la mujer —recogido expresamente en el art. 153.1 del CP—, trasladándolo también al resto de miembros de la familia y otros sujetos que pueden encontrarse en situación de debilidad en centros públicos o privados: por ejemplo, ancianos en residencias, etc.

El problema de esta automática traslación normativa se localiza en el hecho de que a la mujer no se la educa, pero a los hijos sí. Donde especialmente se produce una fractura en las relaciones paterno-filiales y su regulación es en aquella zona fronteriza relacionada con la educación del hijo menor, pues cuando los padres con un fin educacional o correctivo frente a una conducta abusiva del hijo le propinan un azote o una bofetada, esta acción se transforma directamente en un delito, aunque no existan daños que requieran de asistencia

médica, y simplemente probando la existencia de la acción (por ejemplo, mediante testigos). Es fundamental recordar que, con anterioridad a la generación del nuevo artículo 153 del Código Penal, a lo sumo dicha acción podría haber sido calificada de falta.

Además, es importante resaltar que la situación que genera esta penalización excesiva de este tipo de acciones se agrava cuando existen relaciones tirantes o controvertidas dentro de la familia. De hecho, la consciente posibilidad que tiene un hijo de dieciséis o diecisiete años de encausar a sus padres por un delito de violencia doméstica se transforma en un arma coactiva sumamente sutil que, en la mayor parte de los casos, anulará el deber de los padres de educar y procurarles una formación integral a sus hijos recogido en el artículo 154.1 del Código Civil (13).

Finalmente, ha de hacerse referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2.^a) de 11 de abril de 2011, cuyo fallo refleja, en último término, la necesaria labor interpretativa que deben hacer los tribunales para aplicar de forma coherente, «moderada y razonablemente» el tipo recogido en el artículo 153 del Código Penal a aquellas situaciones limítrofes, en las que intervienen padre e hijo menor en un entorno correctivo, y que han tratado de ser resaltadas en el presente trabajo. En definitiva, y pese a existir este tipo específico de «violencia doméstica» que solo permite inicialmente calificar al supuesto encuadrable de «delito», finalmente y mediante una interpretación sistemática del Cuerpo legal es encauzado hacia la vía razonable de la «falta» de vejación injusta recogido en el artículo 620.2 del Código Penal.

Los hechos tienen lugar el 26 de julio de 2010, el padre, sin antecedentes penales, se encontraba en su domicilio en compañía de sus hijos menores, Casiano, nacido en fecha 21 de agosto de 1995, y Silvia, nacida en fecha 8 de abril de 2000, dirigiéndose el indicado a su hijo a fin de que se levantara y le acompañase a trabajar, a lo que el menor se negó, procediendo el padre a tirarle del pelo y golpearle en la cabeza sin llegar a causarle lesión, aconteciendo ello en presencia de la menor Silvia.

En la primera instancia el padre es condenado por la sentencia del Juzgado de lo Penal, número 17 de Valencia, de 2 de septiembre de 2010, como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, a las penas de un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo

(13) Como ejemplo de esta situación, basta indicar el siguiente caso real comentado por un Juez de Instrucción: un chaval de dieciséis años con un novio mayor de edad (podía ser novia), baja el rendimiento en los estudios como consecuencia de la relación, y en una discusión con el padre este le agarra del brazo para subirlo al coche y ante la resistencia le da una bofetada (no necesita atención primaria ni nada). Ante este hecho, el hijo quiere denunciar al padre, y a efectos del ejercicio de la correspondiente acción penal, la madre se niega a representarle, por lo que será el Ministerio Fiscal quien le represente. Esta es la situación que, obviamente, no puede ser suplida por los centros educativos.

durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de acercarse a menos de doscientos metros a su hijo, a su domicilio, centro escolar o cualquier lugar por él frecuentado y comunicarse con él de cualquier forma durante dos años, condenándole asimismo al pago de las costas procesales.

Será en apelación cuando la Audiencia absuelva al padre del delito de malos tratos en el ámbito familiar, y lo condena como responsable, en concepto de autor, de una falta de vejación injusta de carácter leve sobre su hijo menor, a la pena de ocho días de localización permanente, que deberán concretarse en lugar alejado del domicilio de su hijo.

En la fundamentación jurídica de la sentencia resalta la importante relación que debe mediar entre los artículos 154 y 155 del Código Civil; es decir, entre los deberes y facultades de los padres —entre los que se halla el de educar a sus hijos— y los correlativos deberes de los hijos, entre los que destacan el de obediencia y respeto a sus padres. Así como la relación de los citados preceptos del Código Civil con el artículo 153 del Código Penal (14).

Asimismo, se centra en la correcta interpretación del tipo delictivo de «violencia de género» para, posteriormente, hacerlo aplicable también a la genérica «violencia doméstica» (15).

(14) Así se pronuncia en el segundo de sus Razonamientos jurídicos, cuando indica que «la facultad de corrección, en los términos que se derivan de las facultades reconocidas en los arts. 154 y sigs. de nuestro Código Civil, viene exigiendo un paralelismo entre dos comportamientos donde deben anclarse: el primero, constituido por el de hacer bien lo que tiene que hacer el padre o madre en el ejercicio de esa facultad inherente a la obligación de educar; y el segundo, en el propio convencimiento de que ninguna facultad correctora puede tener el respaldo suficiente, si no va unida a una ejemplaridad en la propia actitud frente a otros, que es como decir en la ejemplaridad vital para saber transmitir y convencer de la bondad de una determinada decisión. Ciertamente es que la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, ha eliminado del artículo 154 del Código Civil el que los padres podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos, fundamento normativo del derecho de corrección de los padres para con sus hijos. Sin embargo, los hijos siguen viniendo obligados —art. 155 del CC— a obedecer a los padres mientras conviven con ellos y a respetarles siempre. Frente a conductas manifiestamente irrespetuosas, agresivas incluso, desobedientes, la reacción violenta del progenitor, si la violencia es completamente desproporcionada o inadecuada para conseguir una reducción racional de una conducta indebida por parte del hijo, incurriría en excesos por parte de los padres en el ejercicio de sus facultades. Si la conducta violenta del progenitor frente a su hijo no es respuesta a conductas manifiestamente indebidas —por desobedientes, por irrespetuosas— del hijo, estaremos, entonces sí, ante conductas incardinables en el ámbito del artículo 153.2 del Código Penal».

(15) De este modo afirma que «para poder condenar a una madre o padre por lesiones causadas a su hijo, es preciso que las lesiones infligidas lo sean en un contexto en el que la agresión sea reveladora de desequilibrio entre el niño y su progenitor —más allá del que es consustancial a la relación paterno-filial y a la diferencia de edad y desarrollo evolutivo y personal—; y desde luego convivientes. Como sostuvo la sentencia 230/09, de 25 de mayo, del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia, “el artículo 153.2 del Código Penal castiga como delito la causación dolosa de menoscabo psíquico o físico leve, no integrable en el

Por último, es interesante reproducir la argumentación de la Audiencia para cambiar el fallo del Juzgado de lo Penal, que califica los hechos de delito de violencia doméstica, y optar por la vía de la falta de vejaciones injustas: «[...] no puede desconocerse que la valoración de la conducta que se enjuicia no puede incluirse en la prevista en el artículo 153, que está integrada por una modalidad delictiva que puede atentar contra la integridad física y requiere un dolo específico de lesionar, aun cuando con el medio o procedimiento utilizado únicamente se produjere un maltrato de obra sin causar la lesión, lo que en modo alguno permite omitir la intención declarada, reiterada y no discutible de corregir y educar. Ese elemento intencional, que excluye la entidad del hecho del estiramiento del pelo o de un golpe en la cabeza para obtener una respuesta del menor ante la petición que había sido anunciada por el padre respecto a sus actividades al día siguiente, solamente nos remite a la vejación injusta prevista en el número 2.º del artículo 620 del Código Penal, pues de ningún modo puede integrar aquella figura delictiva de naturaleza grave; aceptando por ello el segundo de los motivos del recurso que se formula por la defensa del acusado, residenciando la conducta en el artículo 620.2 con las consecuencias que de ello se derivan y con aplicación del último párrafo del referido precepto, respecto de la penalidad imponible cuando el ofendido es alguna de las personas a que se refiere el artículo 173 del Código Penal.

Recuerda la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de León, de 15 de enero de 2007, que «la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar». Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello

delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal”. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 16 de marzo de 2007, señala que en el supuesto específico de los “descendientes, ascendientes o hermanos” sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación el precepto. En este sentido, la Consulta 1/2008 de la Fiscalía General del Estado, que analiza la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica, concluye: “en adelante, las señoras y los señores fiscales, en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2.º y 173.2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos, a que se refiere el mencionado artículo, se calificarán como falta”».

ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el *factum* se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos, lo que podría constituir un problema de *non bis in idem*; parece más acertado optar por un criterio naturalístico, entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo».

En la presente causa no ha quedado acreditado que el clima de enfrentamiento entre padre e hijo fuera consecuencia de una posición de dominación revelada a través de la violencia sistemática o frecuente. La situación de crisis evidente de relación entre padre e hijo lo que revela —al ser admisible, con la prueba practicada, la existencia de una posición sostenida de indisciplina y falta de respeto por parte del hijo para con su padre— es la ausencia de habilidad o capacidad del padre para educar a su hijo o para enfrentarse a los comportamientos excesivos del hijo. En ese contexto cabe afirmar que la violencia que surgía no era fruto de la imposición de la misma por parte del padre, sino de la incapacidad de hacer frente a las actitudes rebeldes e, incluso, agresivas, de su hijo, sino a través de la violencia. No ha quedado acreditado que el padre impusiera un clima sistemático de maltrato, aunque sí ha quedado acreditado que había violencia —verbal, incluso física— en la relación entre padre e hijo, sin que la misma pueda atribuirse tanto a la situación de dominación del padre sobre su hijo, cuanto a la incapacidad del padre por la carencia de habilidades para encauzar de forma pactada y dialogada los arrebatos o la indisciplina del menor, para responder de manera adecuada ante la rebeldía de su hijo».

De manera semejante, y tratando de flexibilizar el rigor formal del artículo 153 del Código Penal, han de señalarse otras sentencias recaídas recientemente a nivel de Audiencia Provincial, que han optado por calificar determinados actuaciones violentas de los padres, en las que no se requería atención médica de los hijos, como conductas que, si bien suponían un ejercicio equivocado del derecho de corrección de los padres no justificable, no llegaban a constituir un ilícito penal.

Este es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3.^a) de 7 de marzo de 2011, que se pronuncia de forma absolutoria respecto a los hechos que tuvieron lugar el 5 de noviembre de 2008, en el curso de una discusión entre el padre y el hijo de once años, y durante la cual el padre asestó dos bofetadas en la cara y patadas al menor. De este modo revoca la anterior sentencia condenatoria por un delito de violencia doméstica recaída en el Juzgado de lo Penal, número 3 de Oviedo.

Otro ejemplo de esta última tendencia lo representa también la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30.^a), de 28 de julio de 2011, en la que no puede considerarse el zarandeo que un padre le aplica a su hijo, sin causación de lesiones objetivables, como agresión subsumible en el artículo 153 del Código Penal de violencia doméstica (16).

(16) Afirma la citada sentencia en su FD tercero que: «[...] en rigor solo puede afirmarse, con un mínimo grado de certeza, que se produjo algún tipo de forcejeo, pero sin que se haya producido en un grado que pueda calificarse de agresión, acometimiento o maltrato de algún tipo, o en el contexto de otras agresiones físicas inequívocas (golpes, bofetadas, empujones, etc.).»

C) EL ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO CIVIL: EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL MENOR NO EMANCIPADO

Este análisis viene motivado por el famoso caso de los niños ingleses padres, aunque finalmente solo ella era la madre. En España también han surgido supuestos semejantes. A raíz de ellos surge la duda de cómo ejercen estos menores de edad la patria potestad sobre su hijo, cómo se resuelven los hipotéticos conflictos entre ambos a la hora de adoptar decisiones sobre su hijo, etc.

Al respecto, en el ordenamiento español, el artículo 157 del Código Civil dispone que: «el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez».

Es evidente que el precepto se centra en la situación de aquellos menores padres no casados, pues de mediar matrimonio estarían emancipados y su régimen sería otro.

El Auto de Audiencia Provincial de Navarra, de 15 de octubre de 1992, se pronuncia acerca de un caso de dos menores-padres no casados:

1. Jesús (diecisiete años) y Miren (quince años) tienen una hija.
2. La madre ocultó el embarazo a la familia y dio a luz en el cuarto de baño de la casa. El padre de la madre la lleva al hospital y piensan en darla en adopción. Finalmente desisten de esta opción.
3. Con posterioridad el padre —ya mayor edad— de la niña solicita su guarda y custodia y el ejercicio de la patria potestad.
4. El auto del Juzgado de 1.ª Instancia de Pamplona acuerda otorgar al padre —emancipado por la mayor edad— de la menor (niña de diez meses de edad) el ejercicio de la patria potestad y su guarda y custodia.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial, número 880/2005, Tarragona (Sección 2.ª), de 17 de octubre, señala que el maltrato de obra típico requiere la presencia de un cierto acometimiento, de una suerte de agresión física que no se conforma con el mero contacto y se distingue de la falta de lesiones en que mientras en esta se precisa que se cause a la víctima una lesión, en aquella no resulta necesaria la producción de ese resultado. En este sentido, como señala la SAP de Madrid (Sección 27.ª), de 28 de marzo del 2011, en un caso en que lo único apreciado fue un forcejeo entre los implicados, “no podemos olvidar elementales exigencias de correlación racional entre grado de lesividad de la acción manifestada y respuesta penal. No es concebible que en un Estado democrático, que proclama la libertad como valor fundacional del sistema de convivencia, el legislador racional pueda anudar una pena de seis meses de prisión, como mínimo, a episodios de extrema levedad, como sería el ejemplo al que antes hemos hecho referencia. Los fines de protección de la norma aparecen, en este momento, como un elemento indispensable para abordar la interpretación de los tipos penales. Si el legislador anuda una sanción privativa de libertad con graves consecuencias accesorias, resulta evidente que el juez tiene que identificar primero, y justificar, después, que la acción ha alcanzado un grado de lesividad del bien jurídico, suficiente. Grado que no puede sostenerse en el supuesto valorado”.

5. La familia materna recurre en apelación, y quiere que la niña continúe con la madre menor de edad, que ejercerá la patria potestad con asistencia de los abuelos.
6. La Audiencia Provincial revoca el auto previo, la hija queda con la madre menor y fija un régimen de visitas al padre.
7. La razón última del fallo es garantizar la estabilidad de la hija con la madre al ser tan pequeña. Justifica el no conceder la guarda y custodia al padre, pese a ser mayor de edad, en el hecho de que, al ser tan joven, *de facto* requeriría de la asistencia de su familia igual que la madre menor.

En conclusión, puede afirmarse que el hipotético conflicto al que hace referencia el artículo 157 del Código Civil surge entre uno de los progenitores menor no emancipado y sus padres a la hora de adoptar las decisiones pertinentes para el correcto ejercicio de la patria potestad sobre el hijo; y no se plantea entre los dos padres menores. Esto es así, porque lo normal en todos estos casos es que la guarda y custodia del hijo sea concedida solo a uno de los padres-menores.

De hecho, resulta sumamente difícil pensar en dos menores no emancipados que convivan independientemente de los padres. Además, en este último supuesto, si los padres menores de edad tienen ya ambos dieciséis años, resulta lógico pensar que estarían emancipados por vida independiente.

D) EL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO CIVIL: LA CAPACIDAD O CAPACIDADES DE OBRAR DEL MENOR NO EMANCIPADO

El debate acerca de la genérica capacidad para consentir de los menores vuelve a plantearse nuevamente en España con la reforma de la regulación del aborto, operada a través de la Ley Orgánica 2/2010. En concreto, con la tan discutida facultad-derecho de la hija menor de edad de más de dieciséis años y menor de dieciocho, de adoptar la decisión de abortar sin necesidad del consentimiento de sus padres y ni siquiera de informarles.

El problema de la capacidad de obrar del menor no emancipado está regulado en el artículo 162 del Código Civil y en el artículo 2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (17). Ha sido constante

(17) De acuerdo con el artículo 162 del Código Civil:

«Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

- 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
- 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
- 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

el debate doctrinal acerca de la capacidad de los menores en distintas facetas de su persona, desde la vertiente patrimonial (del que es referente el art. 1263 del CC en su versión vigente) hasta estrictamente personal (18).

En la actualidad puede afirmarse que rige la teoría de la adquisición progresiva de capacidad de obrar del menor, según avanza en edad, hasta aproximarse a la mayoría, y dependiendo del tipo de actuación que pretenda realizar de forma autónoma. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ratificó la aceptación de esta tesis, y entre las modificaciones que operó se encuentra la reforma del anterior artículo 1263 del Código Civil.

De nuevo surge, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (denominada comúnmente como Ley del Aborto), el debate de la capacidad de obrar del menor, en este caso mujer, a los efectos decidir entre abortar o no.

La Ley Orgánica 2/2010 modifica los artículos 9.3 y 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley del paciente).

En concreto, su artículo 9.3 regulaba, con anterioridad a la reforma de 2010, el consentimiento por representación frente a intervenciones clínicas del paciente del siguiente modo:

- a) Si el paciente no es capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable, lo hará su representante legal y si no lo tiene por medio de las personas vinculadas familiarmente con él o de hecho.
- b) Si el paciente está incapacitado, consentirá su representante.
- c) Si el paciente es un menor de edad que carece de capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención, consentirá su representante legal tras haberlo oído si tiene doce años.
- d) Si el paciente es menor emancipado o con dieciséis años, consentirá él, y no su representante. Añade: «Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

Por su parte, ha de tenerse siempre en cuenta la prescripción recogida en el artículo 2, párrafo 2.º, de la LO de Protección Jurídica del Menor, según la cual, «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

(18) Vid. JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 883 y sigs.; DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 49; DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ BERDEJO, y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte General*, vol. 2.º, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 109 y sigs.

Por su parte, el artículo 9.4 de la Ley del Paciente disponía, con anterioridad a la reforma que, «la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

Pero este régimen establecido en la Ley del paciente se altera con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (Ley del Aborto). De este modo, la Disposición Final 2.^a de la Ley del aborto elimina del artículo 9.4 la referencia a la «interrupción voluntaria del embarazo», con lo que este supuesto pasaría a regirse también por el artículo 9.3 de la Ley del paciente, como cualquier intervención clínica.

V. EFECTOS DE FONDO SOBRE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR. CONTRADICCIONES

Tras el análisis de los anteriores supuestos se van a resaltar ahora los principales problemas de fondo que plantean a las relaciones paterno-filiales, así como las posibles contradicciones estructurales que genera en la institución.

En definitiva, puede afirmarse que el cúmulo de cambios experimentado en los últimos años —como consecuencia de la nueva interpretación de preceptos ya vigentes, de la generación de normas *ad hoc* que afectan de lleno a alguno de sus pilares, o de la reforma parcial de algunos artículos del Código Civil o Penal— produce como resultado una progresiva desnaturalización de la figura paterno-filial originaria.

Las alteraciones más notables que se perciben en las relaciones paterno-filiales son las siguientes:

A) INVASIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EN LA INSTITUCIÓN

La tendencia continuada al abandono del estricto ámbito privado, y su orientación hacia el control de Derecho público, es una de las características más notables de la actual situación de las relaciones paterno-filiales.

Esta afirmación se aprecia tanto desde una perspectiva subjetiva —la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en todos los procedimientos judiciales por la presencia del menor—, como desde una vertiente objetiva. Ejemplo de esta última apreciación es la exagerada involucración del Derecho penal a través del comentado artículo 153 del Código Penal.

Esta evolución es progresiva. Así, ya con la reforma del Código Civil de 1981 deja de calificarse al ejercicio de la patria potestad de esfera del poder de los padres, pasando a ser definida como una función social y obligatoria.

Pero además de progresiva, la tendencia es cada vez más invasiva; dejando a menudo, en la práctica, casi sin contenido muchas de las funciones inicialmente asignadas a los padres. Un ejemplo de este dato es el deber/facultad que tienen de educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.1.º CC) que, por los riesgos que conlleva su puesta en práctica para los padres, resulta habitual que lo deleguen totalmente en los centros educativos públicos o en la asistencia judicial.

B) LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL COMO RELACIÓN UNILATERAL

Se ha producido una pérdida casi total del originario carácter bilateral de la relación paterno-filial hasta convertirse en la actualidad en una relación unilateral, en cuanto generadora exclusivamente de deberes y cargas para los padres.

Con anterioridad se hablaba de derechos y deberes de los padres y de los hijos, y así se refleja todavía formalmente en el articulado del Código Civil; en concreto, en sus artículos 154 y 155. Hoy, en la práctica, solo se generan deberes a cargo de los padres.

Entre las razones últimas que han propiciado la fractura del carácter bilateral de la relación original se encuentra la interpretación extensiva del respeto a la personalidad e integridad física y psíquica del individuo menor, asentándose en el teórico interés prioritario del menor de edad sobre cualquier otro interés jurídico contrapuesto.

C) EL INTERÉS SUPREMO DEL MENOR EN LA RELACIÓN Y SU TEÓRICA PRIORIDAD

La hipotética prioridad absoluta del interés del menor sobre otros intereses en juego ha sido siempre la justificación última en la evolución de las relaciones entre padres e hijos. Sin embargo, en mi opinión, en esencia no siempre es respetada, aunque formalmente se afirme que sí.

Se prioriza como fin último al hijo menor no emancipado, pero la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al *nasciturus* es progresivamente relativizada hasta hacerla desaparecer en pro de otros derechos o intereses de nuevo cuño como el denominado «derecho al aborto».

En otras ocasiones, se instrumentaliza el interés supremo del menor para dar cobertura legal a otros derechos que, si bien sumamente importantes, como la igualdad de género, no deberían haberse mezclado. Este es el ejemplo comentado anteriormente de la regulación de la violencia doméstica recogida en el artículo 153 del Código Penal. En este caso, se lleva a cabo la creación de figuras de nuevo cuño de modo no armónico con el ordenamiento considerado

en su globalidad, produciendo como consecuencia resultados llamativos y contraproducentes para la relación paterno-filial.

Otro ejemplo más sería la situación conflictiva que se plantea entre el derecho que toda persona tiene a contraer matrimonio, sin distinción de sexo, y el derecho del menor a tener un padre y una madre. Conflicto que se resuelve, en la actualidad, a favor del primero de los derechos.

D) LA ASUNCIÓN DEFINITIVA DE LA PROGRESIVA ADQUISICIÓN DE CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR

El tema no es nuevo. Aunque con anterioridad la doctrina civilista ya se había manifestado al respecto, es con la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y la consiguiente reforma del artículo 1263.1.º del Código Civil, cuando la teoría de la progresiva adquisición de capacidad del menor es consagrada en nuestro sistema.

El menor no emancipado, en cuanto persona física, siempre ha sido titular de derechos —capacidad jurídica—, como, por ejemplo, los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, intimidad, honor, etc. En cuanto al ejercicio de tales derechos, la Ley Orgánica 1/1996 insta legalmente la tesis doctrinal de la capacidad progresiva del menor, según sus capacidades naturales y los usos del momento.

Esta capacidad de obrar progresiva del menor, que nace —recordemos— para reinterpretar entre otros el artículo 1263.1.º del Código Civil, que parecía negar totalmente al menor no emancipado la capacidad de consentir, en mi opinión, es acertada. Aunque en algunas situaciones concretas e interesadas se interpreta de forma demasiado amplia, y en otras ocasiones se incurre en claras contradicciones fácticas. Ejemplo de la primera situación es la capacidad de la menor de dieciséis años o más para abortar. Ejemplo de la segunda sería el hecho de que, dependiendo de la Comunidad Autónoma, la menor de dieciséis o más años no tendría capacidad, sin el consentimiento de los padres, para hacerse un tatuaje o ponerse un *piercing*.

Por último, esta progresiva adquisición se llega a sobredimensionar hasta tal punto que, en determinadas situaciones, se pretende dar una mayor capacidad que a los propios padres. Baste citar la capacidad de abortar que tiene la menor de más de dieciséis años sin necesidad siquiera de informar a sus padres, cuando los padres al tomar decisiones que afecten al menor tendrán que oírlo siempre si tuviera suficiente juicio (art. 154, párr. 4.º CC).

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 16 de marzo de 2007 (*RJ* 2007/1545).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30.^a), de 28 de julio de 2011 (*JUR* 2011/315716).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2.^a), de 11 de abril de 2011 (*JUR* 2011/241138).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27.^a), de 28 de marzo del 2011 (*ROJ*: SAP de Madrid 5079/2011).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3.^a), de 7 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/169210).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2.^a), de 22 de enero de 2009 (*ARP* 2009/10).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27.^a), de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008/215303).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a), de 17 de enero de 2008 (*JUR* 2008/218264).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3.^a), de 15 de enero de 2007 (*JUR* 2007/88964).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1.^a), de 2 de marzo de 2006 (*JUR* 2007/43440).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2.^a), de 17 de octubre de 2005 (*ARP* 2006/74).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.^a), de 9 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/126721).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1.^a), de 15 de julio de 2002 (*JUR* 2002/214159).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 3.^a), de 28 de mayo de 2001 (*ARP* 2001/355).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.^a), de 14 de abril de 1998 (*ARP* 1998/2146).
- Auto de Audiencia Provincial de Navarra, de 15 de octubre de 1992 (*AC* 1992/1334).
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 17 de Valencia, de 2 de septiembre de 2010.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 10 de Valencia, de 25 de mayo de 2009.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 3 de Lleida, de 20 de mayo de 2009.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 3 de Jaén, de 26 de noviembre de 2008 (*ROJ*: SJP 21/2008).

- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 4 de Barcelona, de 20 de marzo de 2008 (ARP 2009/462).
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 1 de Santander, de 26 de octubre de 2007.

RESUMEN

RELACIONES PATERNO-FILIALES
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
VIOLENCIA DOMÉSTICA

En el presente trabajo se analiza la situación de las relaciones paterno-filiales a la luz de las noticias que han saltado a los medios de comunicación en los últimos años. El estudio parte de dichas noticias o hechos llamativos para localizar los problemas técnicos que plantean en su resolución al operador jurídico y, finalmente, resaltar los verdaderos conflictos de fondo que golpean a la institución familiar. Se consideran diversos aspectos expresamente recogidos en el Código Civil, como el deber de los padres de velar por sus hijos y de educarlos correctamente (art. 154 CC), el ejercicio de la patria potestad por un menor no emancipado (art. 157 CC), o la capacidad de obrar de los menores de edad (art. 162 CC). Asimismo, en la exposición se tienen presentes distintos fallos de la jurisprudencia menor, así como importantes manifestaciones legislativas que, de forma directa o indirecta, han influido de manera crucial en la distorsión del régimen paterno-filial actual (Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley 54/2007, de Adopción Internacional; Ley Orgánica 2/2010, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). En conclusión, las alteraciones más notables que se perciben en las relaciones paterno-filiales en la actualidad son las siguientes: a) La tendencia continuada al abandono del

ABSTRACT

PARENT/CHILD RELATIONS
EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY
DOMESTIC VIOLENCE

This paper looks at the situation of parent/child relations in the light of recent years' headline news. News items and arresting incidents are examined to locate the technical problems their resolution poses to judicial operators and ultimately to highlight the real conflicts at the heart of the problems facing the family as an institution. Diverse aspects expressly addressed in the Civil Code are considered, such as parents' duty to watch over their children and bring them up (CC, art. 154), the exercise of parental authority by an unemancipated minor (CC, art. 157) and underage children's capacity to act (CC, art. 162). Different rulings of minor case law are taken into account, as is important legislation that has directly or indirectly had a crucial influence on the distortion of today's parent/child regime (Constitutional Act 1/1996 on legal protection for minors, Constitutional Act 1/2004 on measures of comprehensive protection against gender violence, Act 54/2007 on international adoption, Constitutional Act 2/2010 on sexual and reproductive health and the voluntary termination of pregnancy). In conclusion, the most noticeable alterations perceived in parent/child relations just now are the following: a) the ongoing tendency to stray away from the strictly private realm and toward control by public law; b) the loss of the relationship's original bilateral nature, such that now only parents have duties; c) the absolute prior-

estricto ámbito privado y su orientación hacia el control de Derecho Público. b) La pérdida del originario carácter bilateral de la relación, generando en la actualidad exclusivamente deberes a los padres. c) La prioridad absoluta del interés del menor sobre otros hipotéticos intereses en juego. d) La asunción definitiva de la progresiva adquisición de capacidad de obrar del menor (art. 1263.1.º CC versus LO 1/1996). No obstante, en esta evolución reciente de la figura paterno-filial no se deben olvidar las contradicciones en que a menudo incurre el legislador. Contradicciones que, en ocasiones, conducen a resultados llamativos que en nada benefician a las relaciones de futuro entre padres e hijos (por ejemplo, art. 153 CP y 154 CC).

ity of the child's interest over any other hypothetical interests involved; d) the definitive acceptance of underage children's gradual acquisition of the capacity to act (CC, art. 1263.1, vs. CA 1/1996). Nonetheless, in this recent evolution of the parent/child concept, the frequent contradictions of legislators must not be overlooked - contradictions that sometimes lead to striking results that do nothing to benefit future relations between parents and children (e.g., PC, art. 153, and CC, art. 154).

(Trabajo recibido el 15-7-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
 - A) LAS DIVERSAS MOTIVACIONES DE LA REFORMA.
 - B) MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL:
 - Países iberoamericanos con divorcio notarial.*
 - Países iberoamericanos con divorcio administrativo no notarial.*
 - Otros modelos.*
3. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO SOBRE LA ADMISIÓN DEL DIVORCIO NOTARIAL:
 - A) LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DIVORCIO NO JUDICIAL POR MUTUO ACUERDO.
 - B) LA CONCURRENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS.
 - C) LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL: LA NUEVA NORMATIVA DE MEDIACIÓN.
 - D) LA FUNCIÓN ASESORA DE LOS NOTARIOS Y LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO.
4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha planteado en España, desde los poderes públicos (1), la posibilidad de desjudicializar el divorcio mediante el traspaso de la competencia desde los jueces a los notarios. Se trata de una medida que puede obedecer a numerosos objetivos, con mayor o menor fortuna. Principalmente, los planteamientos que se han realizado para justificar o explicar esta medida responden a razones de carácter organizativo o económico. En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que la competencia notarial rebajaría el volumen de trabajo de los Juzgados y permitiría a estos centrarse en materias y procedimientos que requieren mayor atención. A ello se une la circunstancia de que la competencia notarial solamente se reconocería para los divorcios por mutuo acuerdo de los cónyuges, lo que elimina el carácter contencioso del procedimiento y, con ello, la necesidad de la intervención judicial.

A tal efecto, hay que señalar, en primer lugar, que la consideración no contenciosa de estos procedimientos no conlleva necesariamente que los Jueces y Tribunales no tengan que intervenir en tales casos. Por el contrario, aunque es obvio que la atribución de la competencia sobre la denominada jurisdicción voluntaria a los Jueces es una opción más entre varias posibles (2), sin embargo hasta la fecha nuestra legislación procesal otorga tales funciones a aquellos. En este sentido, la posible atribución a la profesión notarial de los divorcios por mutuo acuerdo podría ser una medida incluida dentro de una reforma más profunda de la normativa procesal que abordase la reorganización de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Hasta entonces, la ausencia de principio contradictorio no supone la necesaria negación de la competencia judicial, aunque pueda servir de argumento que refuerce, en su caso, una decisión en tal sentido.

Se ha sostenido que esta solución descongestionaría los Juzgados. Sin embargo, no parece que la reducción vaya a ser tan significativa como algunos proponen. En efecto, las últimas reformas han minimizado el papel del Juez en este tipo de procedimientos, pues se ha descargado el mayor peso en otras instancias del Juzgado, como los secretarios judiciales e, incluso, en otros funcionarios (3).

(1) Declaraciones del Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón. Se puede consultar en diversos medios, por ejemplo, en Internet, Diario *El País* de 2 de febrero de 2012. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/01/actualidad/1328089347_592487.html

(2) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Matrimonio no formalizado y divorcio notarial en Cuba: un propuesta de futuro para España», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre de 2011, págs. 44-45.

(3) Se ha sostenido que la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria a los Secretarios Judiciales o a los Registradores de la Propiedad no beneficiaría la descarga de trabajo de los Juzgados en el primer caso, y resultaría contraria a la función registral de inscripción de documentos ajenos, en el segundo. Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Jurisdicción Civil y Notariado», en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004, pág. 259.

Además, la concurrencia del acuerdo reduce los requerimientos procesales. No cabe duda que el traspaso de la competencia debe producir cierta descarga de trabajo, sin embargo no parece que vaya a producirse en gran medida.

Por otra parte, no cabe duda que en los actuales tiempos uno de los factores determinantes en la adopción de las decisiones de racionalización y organización judicial y administrativa es el económico. Sin embargo, es necesario hacer un análisis detenido de las implicaciones económicas de esta solución, por cuanto pueden generar efectos perniciosos en la población y en colectivos profesionales afectados. En primer lugar, la asunción por los notarios de la competencia supondría un ahorro directo para el Estado de los costes judiciales y de la Administración de Justicia. Sin embargo, tal ahorro se conseguiría mediante el traspaso de dichos costes a la ciudadanía, que tendría que abonar los servicios recibidos de un profesional público, como es el notario. Se han propuesto medidas para minimizar el impacto económico que ello supondría para los ciudadanos (4). Por otra parte, ya se están proponiendo, desde distintos foros, que la ciudadanía asuma mayor porcentaje de los costes judiciales, lo que eliminaría las diferencias derivadas de la atribución de la competencia a los notarios. En cualquier caso, en la situación presente el divorcio ante notario podría suponer un incremento del coste para las parejas. A tal efecto, debemos recordar que las reformas propuestas no eliminan, en principio, la necesidad de intervención de abogado, por lo que parece que aumentaría la cuantía final, al permanecer invariados los costes del procedimiento judicial y añadir los propios de la Notaría.

Además, mucho se ha discutido sobre la solución notarial por parte de colectivos afectados, principalmente los abogados. Desde esta profesión, se ha argumentado que la atribución de la competencia a los notarios podría generar una duplicación de funciones injustificada, puesto que tanto aquellos como los abogados llevan a cabo una función de asesoría de los cónyuges. Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión, la abogacía rechaza tal intervención y sostiene la necesaria intervención judicial, como garantía de un proceso y resolución adecuados a la protección de los derechos e intereses de los cónyuges y los terceros.

No obstante todo lo anterior, en este trabajo se pretende realizar un análisis de las implicaciones jurídicas que posee una medida como la propuesta. Aunque es obvio que la justificación de esta reforma proviene de la mejora de los aspectos organizativos y procedimentales, así como de la racionalización de los costes de la Administración de Justicia, sin embargo todo ello es admisible siempre y cuando se satisfagan los requerimientos y los principios jurídicos. Tal solución solamente se puede justificar si, además de los objetivos extrajurídicos ya manifestados, se protegen también los derechos, intereses y las garantías

(4) GOMÁ LANZÓN, I: «Notarios, matrimonios y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, pág. 4.

de los interesados. Así, es necesario analizar si la función notarial cubre las necesidades jurídicas de modo similar a como lo hacen los Jueces y Tribunales.

Por todo ello, es necesario analizar los efectos jurídicos que genera la atribución de la competencia a los notarios. Solamente después de comprobar su carácter benéfico puede adoptarse una decisión sobre la base de los condicionamientos organizativos, procesales y económicos. Lo que no es admisible es sacrificar la protección jurídica en aras de una supuesta racionalización de los recursos públicos.

2. LOS MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL Y SU ADECUACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A) LAS DIVERSAS MOTIVACIONES DE LA REFORMA

La implantación del divorcio notarial en España no es una cuestión nueva, sino que se ha planteado desde hace tiempo. Para algunos, la recuperación de esta idea obedece al actual panorama económico, que motiva la necesidad de racionalizar los recursos existentes y de mejorar su productividad sin realizar ningún desembolso por parte del Estado. En este sentido, el traspaso de la competencia de la disolución matrimonial acordada por las partes a la profesión notarial implica un desplazamiento de los costes o, al menos, de parte de los mismos, fuera del presupuesto público. No vamos a entrar ahora a comentar las afirmaciones realizadas desde diversos colectivos sobre el posible incremento de los costes para el ciudadano. En cualquier caso, sí parece que el mantenimiento en sede judicial de estos procedimientos no supone, necesariamente, un ahorro para el justiciable, ante la tendencia al alza de todas las tasas existentes.

También concurren razones organizativas. En concreto, se expone como principal fundamento de la medida la necesidad de descongestionar los Juzgados, atestados de procesos e incapaces de cubrir satisfactoriamente las expectativas y necesidades de los ciudadanos. En este sentido, se entiende que un proceso de divorcio por mutuo acuerdo, que no presupone la existencia de litigio alguno, responde a los esquemas propios de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con ausencia del principio contradictorio. Tal circunstancia favorece, en principio, la atribución de la competencia a los notarios. En cualquier caso, es necesario tener en cuenta cuál puede ser el efecto real de una medida de este tipo respecto de la descarga de los juzgados. Como se ha puesto de manifiesto, el número de divorcios por mutuo acuerdo resueltos en nuestro país no es precisamente elevado, por lo que esta reforma no aportaría mucho en tal sentido (5).

(5) BAUTISTA LÓPEZ, J., «El divorcio ante notario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, Pamplona, 2012, pág. 6.

Además, la resolución inicial no conlleva la eliminación de posteriores conflictos derivados de la alteración de las circunstancias en las que se adoptaron los acuerdos. Por lo demás, la atribución a los notarios debe tener en cuenta la necesidad de proteger los derechos de los hijos menores o incapacitados, que reclaman la intervención del Ministerio Fiscal como autoridad dotada de dicha función por nuestro Derecho. En este sentido, no parece que la atribución a los notarios del divorcio por mutuo acuerdo fuera a suponer realmente un ahorro de costes temporales y económicos. No desconocemos la existencia de modelos en los que se acepta el divorcio ante notario habiendo hijos menores o incapacitados, lo que implica la participación del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en el caso español habría que analizar cómo se incardina tal actuación en el procedimiento notarial, a la vez que supondría una complicación de unos procedimientos como los notariales que se caracterizan por su rapidez y agilidad. Si bien se agilizarían los procesos judiciales, sin embargo no se obtendría la agilidad propia de las notarías.

También se ha defendido esta solución desde argumentos relativos a la evolución de nuestro sistema jurídico. En efecto, el Código Civil ha sido objeto de reformas en materia de divorcio hasta la consagración o triunfo de la voluntad de los cónyuges (6). Desde 1981 se ha producido una progresiva liberalización en los procedimientos. Así, desde el establecimiento de un esquema de divorcio-sanción, que establecía una serie de causas de carácter punitivo e interponía la separación judicial como una antesala del divorcio que permitiera a los cónyuges restablecer la convivencia antes de haber disuelto el vínculo, se adopta en 2005 un esquema distinto, casi opuesto. Así, se establece un esquema de divorcio-remedio, en el que se descausaliza el divorcio (7) y se ofrecen divorcio y separación como opciones alternativas o indistintas, sin promover su carácter sucesivo. Ello incide en una mayor economía procesal y descongestión de los Juzgados: se establece el denominado divorcio *express*.

En definitiva, se observa una evolución tendente a facilitar la conclusión y el éxito de la voluntad libre de los cónyuges. Parece que dicha tendencia incide en la necesidad de agilizar los procesos, de tal forma que la aminoración de los

(6) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, págs. 31-34.

(7) Para algunos, la abolición del elenco de causas de divorcio no conlleva necesariamente su descausalización. Más bien, se trata de eliminar todo atisbo de culpa en los cónyuges, pero en modo alguno desaparece la causa del divorcio. Si la causa del matrimonio, en sentido contractualista, es la *affectio maritalis*, a la que se referían los romanos, la causa del divorcio es la *desaffectio maritalis*. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, págs. 36-37.

En nuestra opinión, la consideración del divorcio como un acto causal impide la afirmación de descausalización. En efecto, si se decide la implantación del divorcio por mutuo acuerdo, es obvio que se está primando, por encima de otras consideraciones, la voluntad de las partes, por lo que dicho acuerdo se eleva a la categoría de causa del acto.

requerimientos formales y procesales permita el juego central de dicha voluntad. En este sentido, dado que no existe contradicción, puede ser admisible que el divorcio se sustancie ante el notario. Sin embargo, es necesario determinar cuál es el límite que se debe alcanzar en este proceso. Es decir, es necesario conocer hasta dónde es factible y aceptable llegar. Es obvio que la consagración del principio contractualista podría desembocar en la total eliminación de cualquier intervención de una u otra autoridad. Incluso, se podría sostener la adopción del modelo romano de la *affectio maritalis* para el matrimonio. Para algunos, un divorcio de base consensual generaría un incremento de los matrimonios y una disminución de las uniones de hecho por parte de aquellos que aborrecen de los formalismos. Ahora bien, la indudable concurrencia del interés público, en mayor o menor medida, exige meditar sobre la posible solución. En este sentido, nadie parece plantearse la eliminación de la participación de notarios o jueces en los procesos de divorcio, a pesar de las referencias que encontramos en algunos países, como veremos a continuación. Parece que el triunfo de la voluntad es limitado, puesto que la desjudicialización no supone la ausencia de un mínimo control por parte de un funcionario público.

B) MODELOS DE DIVORCIO NO JUDICIAL

La agilización de los procedimientos de divorcio en los que los cónyuges están de acuerdo es un objetivo común en numerosos países. Ya sea por la necesidad de lograr el objetivo de interés público de favorecer una justicia rápida y ágil, ya sea por satisfacer el objetivo ahora particular de los cónyuges en obtener un resultado también rápido y efectivo, lo cierto es que en la actualidad los Ordenamientos Civiles de distintas áreas geográficas y muy diversa cultura jurídica coinciden en la adopción de estas soluciones. Claro está, los procedimientos aprobados y los funcionarios ante los que se sustancian divergen y ello conlleva importantes diferencias respecto de la naturaleza del procedimiento, el funcionario autorizante y los requerimientos exigibles para acceder a dicho procedimiento.

En primer lugar, existe una distinción fundamental por razón del funcionario competente. Por una parte, existe un grupo de países, todos ellos iberoamericanos, que otorgan dicha facultad al notario. Se amparan, para adoptar dicha solución, en la solvencia profesional acreditada de dicho cuerpo, así como en la posibilidad de asimilar sus funciones tradicionales a los requerimientos de un proceso de divorcio por mutuo acuerdo. En este sentido, entienden que se trata de un proceso similar a otros de jurisdicción voluntaria, en los que la falta de litigio solo exige la constatación de ciertos hechos y voluntades, función que el notario desarrolla de forma satisfactoria. Se trata de una solución que también se ha propuesto en otros países del entorno europeo, integrados en un sistema

de notariado latino (8), y que se ha propuesto recientemente en España por el Ministro de Justicia (9). Además, en algunos países la competencia se ha otorgado de forma compartida con otros funcionarios o autoridades públicas, como jueces y alcaldes. Sin embargo, no se trata de la única opción adoptada en estos países. Por el contrario, en otros casos se ha otorgado la competencia al encargado del Registro Civil o similar. Se trata de soluciones que no desvinculan de forma total estos procesos del ámbito judicial.

En otros países con culturas jurídicas más lejanas a la nuestra se han adoptado soluciones más radicales, en las que el divorcio por mutuo acuerdo constituye un procedimiento administrativo cuya competencia se otorga a un funcionario público no integrado en la Administración de Justicia. A su vez, se adoptan mecanismos procesales que inciden en la sencillez y velocidad del procedimiento. Esta solución ha sido adoptada por algunos países del norte de Europa, concretamente países escandinavos. También encontramos algún país en el que se ha consagrado la primacía de la voluntad, de tal forma que la intervención de un funcionario se reduce a la mera constatación de dicha voluntad, al no requerir control de ninguna exigencia, como ocurre en el caso japonés.

Junto a la concurrencia de la voluntad acorde de los cónyuges, algunas regulaciones sobre la materia establecen otra exigencia para admitir la competencia notarial o de otro funcionario, cual es la no existencia de hijos menores de edad o incapacitados o, al menos, la resolución previa de las cuestiones que puedan afectarles. Incluso, en algún caso se exige la resolución judicial previa de las cuestiones relacionadas con los bienes comunes. Estas exigencias corresponden, principalmente, a países del ámbito iberoamericano, aunque en este caso la solución no es única y se admite la opción contraria, como vamos a ver. Por el contrario, en los países escandinavos la concurrencia de tales descendientes no constituye obstáculo a la admisión de este divorcio.

Por lo tanto, los criterios que permiten diferenciar las diferentes soluciones normativas que se han adoptado en el panorama internacional respecto del divorcio no judicial por mutuo acuerdo son la competencia notarial o de otro funcionario administrativo, la concurrencia o no de hijos menores de edad o incapacitados y, en algún supuesto, se ha añadido el criterio de la resolución

(8) En Francia se realizó una propuesta en tal sentido en el año 2007, con fuerte oposición de algunos colectivos jurídicos. Vid. PALLAUD, H., «Divorcio por mutuo acuerdo, propuesta de desjudicialización en Francia», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, págs. 89-90. Por su parte, GALGANO ha propuesto un divorcio notarial en Italia cuando no concurren hijos menores o incapacitados ni haya bienes comunes, con asistencia de letrado y sin establecimiento de un tiempo mínimo de convivencia de los cónyuges. Referido en LÓPEZ DEL CARRIL, L. M., «Los divorcios express», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, pág. 85.

(9) Vid. nota 1.

de la titularidad de los bienes comunes. Sobre la base de lo anterior, vamos a detenernos en un análisis de las regulaciones iberoamericanas por una parte, y de las regulaciones existentes en Europa del Norte y otros países, por otra.

Países iberoamericanos con divorcio notarial

Han sido un grupo de países de esta área geográfica los que han adoptado la solución notarial, con distintas variantes, para sacar de los Juzgados los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo. La regulación cubana de 1994 fue la primera en instaurar este modelo, que posteriormente han seguido otros países de la zona. En este sentido, aunque parece tratarse de una solución que ha recibido el aplauso general, sin embargo todavía son numerosos los países iberoamericanos que no han acogido la misma (10).

Por otra parte, antes de analizar cada una de estas regulaciones, sí conviene señalar que la adopción de la solución notarial en estos países obedece claramente a la conformación de la profesión notarial, según los esquemas del notariado latino, en los que las funciones de este profesional superan, con mucho, las labores de un mero legalizador de documentos. En este sentido, su preparación y capacidad de análisis y juicio sobre aspectos variados de los actos y negocios jurídicos de que conoce, desde la capacidad a la legalidad del acto y documentos presentados, le acercan a los niveles de los profesionales del Derecho encargados de juzgar, sobre todo ante la ausencia de litigio, pues no se trata de dirimir quién tiene razón, sino si se cumplen los requerimientos exigibles. Todo ello podría servir de argumento para justificar la atribución de la competencia referida.

Como hemos señalado, Cuba ha sido el primer país en adoptar el divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Con antecedentes en una Ley de 17 de diciembre de 1937, el Decreto-ley 154/1994, de 6 de septiembre, otorgó a dicho cuerpo la referida competencia con carácter exclusivo (11). Se admite el divorcio en sede notarial incluso cuando hay hijos menores o incapacitados. Además, se adopta un régimen que liberaliza y amplía las posibilidades de solicitud del divorcio, por

(10) Así, la expresión empleada por PÉREZ GALLARDO como título de un artículo sobre la materia, aunque gráfica, podría considerarse un tanto exagerada. Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., «Un fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2009, págs. 329-371.

(11) Aunque es admisible el divorcio por mutuo acuerdo en sede judicial en los supuestos contemplados en los artículos 380 y 381 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, sin embargo tales supuestos solamente se activan cuando el notario rechace otorgar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo. Ello implica el carácter excepcional, por no decir casi inexistente, de este divorcio en sede judicial. Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 343.

cuanto no es necesario acreditar un periodo mínimo de matrimonio ni tampoco solicitar previamente la separación, judicial o no.

En el escrito de solicitud presentado, al que acompañan otros documentos acreditativos, se deben incluir ciertas circunstancias sobre identificación personal de las partes y de las personas afectadas, del matrimonio y los acuerdos sobre los hijos, la vivienda, las pensiones correspondientes y el destino de los bienes comunes. El notario otorga escritura pública de divorcio, en la que se incluyen las menciones sobre la disolución del vínculo y la aprobación o no de los acuerdos propuestos. Tras ello, deberá notificar el divorcio a los Registros de estado civil donde se ha inscrito el matrimonio y a aquellos en los que se inscribió el nacimiento de los cónyuges.

Aunque la solución cubana ha supuesto durante mucho tiempo una novedad dotada de audacia y valentía, sin embargo no es la culminación de un proceso de «consensualización» por el que se elimina la participación de los poderes públicos en la formalización del matrimonio. Por el contrario, como sostiene PÉREZ GALLARDO, la naturaleza del divorcio trasciende al mero acuerdo, al mutuo disenso, en el que únicamente se sustancian intereses privados. Aún cuando se trata de un matrimonio formado solamente por la pareja, el ingrediente público es evidente (12). De ahí, que la participación de un funcionario público esté plenamente justificada. Para el legislador cubano, esta solución se justifica por la ausencia de litigiosidad, la falta de celeridad de los Juzgados, la garantía de la fe pública notarial y su experiencia en la tramitación de otros expedientes de jurisdicción voluntaria (13).

Por otra parte, la normativa admite la posibilidad de que los cónyuges acudan al notario por medio de apoderado y no establece la necesidad de la asistencia de letrado. Un aspecto que suscita interés es el relativo a la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación del divorcio notarial. En efecto, el notario, como facultad discrecional, puede solicitar dicha intervención cuando, a su juicio, los acuerdos propuestos por los cónyuges puedan lesionar los derechos e intereses de los hijos menores o incapacitados o cuando supongan la transmisión del ejercicio de la patria potestad de uno a otro cónyuge.

La normativa cubana ha servido de referente para la aprobación posterior en otros países de Iberoamérica de normativas sobre divorcio no judicial. En Perú, la Ley número 29227/2008, de 15 de mayo, por la que se regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y las Notarías, se aparta en algunos aspectos del precedente cubano. La normativa peruana exige, además del acuerdo de los cónyuges, la no concurrencia de hijos menores o incapacitados y, en caso contrario, la previa resolución por sentencia judicial firme o acta de conciliación de la atribución de

(12) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 333.

(13) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, págs. 337-338.

la patria potestad, el deber de alimentos y el régimen de visitas (art. 4). Además, también se requiere no tener bienes en sociedad de gananciales o, en su caso, otorgar escritura de sustitución o liquidación de dicho régimen. Por otro lado, esta normativa se recogió en el artículo 333.13.º del Código Civil peruano. En este precepto exige, para solicitar el divorcio ante notario, la previa separación convencional, para la cual, a su vez, se requiere la suspensión de la convivencia durante un periodo mínimo de dos años. Se trata del único supuesto de divorcio para el que la separación se establece con carácter alternativo, no sucesivo.

Como se deduce del enunciado de la ley reguladora, la competencia en divorcios de mutuo acuerdo se reconoce a los notarios y a los alcaldes, los cuales estarán asistidos de profesionales del Derecho al efecto. Se trata del reconocimiento lógico, para algunos, de una competencia que corre pareja a aquella otra necesaria para celebrar matrimonios, reconocida a la autoridad municipal, como en el caso español (14). De esta forma, se equipara la competencia, a la vez que se permite la descongestión de los Juzgados, por lo que se ha entendido como una medida positiva (15). Además, a diferencia de la regulación cubana, la ley peruana admite la posibilidad de divorciarse de mutuo acuerdo también ante el juez.

La solicitud es presentada por los cónyuges por sí o por apoderado, acompañada de documentos identificativos y acreditativos de los requerimientos anteriormente referidos y no es exigible la concurrencia de abogado. El notario, por su parte, extiende acta notarial en la que se ratifica la solicitud, se recoge la declaración de separación por acuerdo y se protocolizan los documentos presentados. El notario resolverá sobre el divorcio por medio de escritura pública.

El modelo peruano presenta, en nuestra opinión, algunos aspectos que no encajan con la naturaleza de la figura ni con los objetivos que la misma persigue. En primer lugar, no creemos que resulte acorde con la proclamada primacía de la voluntad de los cónyuges la exigencia de un periodo previo de dos años de convivencia para la solicitud del divorcio por mutuo acuerdo. En opinión de algún autor, esta cautela se justifica por la conveniencia de establecer medidas que eviten decisiones apresuradas y no meditadas (16). En los otros números del artículo mencionado se acogen supuestos de divorcio casualizado

(14) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)*, en la página <http://www.uned.es/dpto-dcivil/IDADFE/divnot/CERDEIRADivnotl-Quadconc.pdf>, págs. 16-17.

(15) CAM CARRANZA, G., «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, pág. 17.

(16) ZÁRATE DEL PINO, J. B., «La separación convencional y el divorcio ulterior en Municipalidades y notarías: una alternativa», en *El divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B., y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008, págs. 30-31.

judicial. En este sentido, la intervención del juez y la necesidad de acreditación de la concurrencia de las causas, suponen requerimientos suficientes para evitar decisiones inadecuadas. Sin embargo, no creemos que la voluntad libre y consciente de los cónyuges necesite tutela alguna para ser adoptada, máxime con la intervención del notario.

Por otra parte, no estamos seguros que la atribución de la competencia a los alcaldes vaya a conseguir la pretendida agilización de los procedimientos en beneficio de los solicitantes del divorcio, que es el objetivo último que debe perseguir la descongestión judicial. La necesidad de intervención de terceros juristas, así como las propias competencias del presidente del consistorio, no facilitan la consecución de dichos fines. Es cierto que los alcaldes poseen la autoridad para celebrar matrimonios, sin embargo se trata de la constitución de un estado civil que solo afecta a los partícipes. En el caso de los procedimientos de disolución se destruye un estado que puede afectar a terceros más o menos cercanos a los cónyuges. No es lo mismo crear que destruir, pues si bien en el primer caso se trata de comprobar requerimientos propios de quienes se casan —impedimentos, capacidad—, en el segundo se deben analizar más aspectos y más complejos.

Además, el mantenimiento de la competencia judicial en este tipo de divorcios, si bien puede constituir una medida que amplía las posibilidades de los cónyuges, sin embargo se aleja del objetivo de agilización (17). Es más, según cual sea el coste real de los aranceles u honorarios cobrados por los notarios en este caso, es obvio que los cónyuges podrían verse abocados a la opción judicial, lo que minimizaría el efecto de la reforma. En relación con los costes, tenemos que tener en cuenta que en el modelo peruano la intervención notarial es mayor que en otros casos, por cuanto se exige, además de la escritura de divorcio, un acta notarial para constatar ciertas cuestiones.

Colombia es otro de los países del entorno que han regulado el divorcio ante notario. El Decreto número 4436/2005, de 28 de noviembre, desarrolla el artículo 34 de la Ley número 962 de 2005. Se trata de un modelo dual, en el que es posible solicitar el divorcio ante el juez o el notario. Además del acuerdo de los cónyuges, se requiere solicitud, con intervención de abogado, de un documento en el que se incluyan las previsiones relativas a obligaciones de alimentos entre cónyuges, la situación patrimonial y la existencia o no de hijos menores, así como los derechos de los padres respecto de visitas, educación y similares, los deberes de sostenimiento y la custodia. A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten los extremos referidos —certificados matrimoniales, poderes de representación, en su caso; documentación sobre la titularidad de los bienes—, así como el informe o «concepto» del defensor de familia.

(17) CAM CARRANZA, G., *op. cit.*, pág. 16.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación que permite el divorcio notarial por mutuo acuerdo cuando concurren hijos menores. Ello implica la necesidad, como en otras regulaciones, de establecer cautelas que les protejan de posibles decisiones perjudiciales para sus intereses y derechos. De ahí la intervención del defensor de familia. En estos casos, el notario pone en su conocimiento tal circunstancia para que puedan examinar los acuerdos de los cónyuges que les afecten y proponer las observaciones correspondientes. El informe es vinculante y los cónyuges deberán acomodar sus previsiones a las observaciones incluidas en aquel. En caso contrario, el notario no podrá otorgar la escritura de divorcio. El divorcio se otorga por escritura pública, en la que se incluyen los diversos contenidos de la solicitud inicial, los documentos anexos acreditativos y el concepto del defensor de familia.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación tributaria del modelo cubano en cuestiones como la concurrencia de menores, la intervención del defensor de familia, como figura afín al Ministerio Fiscal, en defensa de la posición de aquellos y, en general, las exigencias procesales establecidas. No así en cuestiones como el carácter alternativo, judicial o notarial, de este divorcio y la intervención preceptiva de abogado en el procedimiento.

En Brasil, el artículo 1124-A del Código de Proceso Civil ha sido modificado por la Ley número 11441/2007, de 4 de enero. Este precepto regula el divorcio notarial por mutuo acuerdo y la separación acordada por los cónyuges ante dicho funcionario. Además de la concurrencia de la voluntad, se requiere que no haya hijos menores o incapacitados. Al igual que en la regulación colombiana, se exige que los cónyuges hayan estado separados con anterioridad durante un plazo, aunque en este caso el régimen presenta algunas diferencias. En concreto, se admite el divorcio previa separación de hecho de los cónyuges por dos años, siempre que concorra declaración de un testigo que confirme la mencionada separación o prueba de otro tipo que acredite dicho extremo. En el supuesto de que haya sido declarada previamente la separación judicial, se puede solicitar el divorcio si ha transcurrido, al menos, un año de separación. Las partes deben concurrir asistidas de abogado, común o no para ambos. La solicitud debe acompañarse de los certificados de matrimonio y de familia, así como de un acuerdo sobre el reparto de los bienes comunes. El notario otorga escritura pública de divorcio, que deberá inscribirse en el Registro Civil donde consta previamente el matrimonio, a solicitud de los propios cónyuges. En cualquier caso, la regulación brasileña no otorga a los notarios esta función con carácter exclusivo, sino que permite acudir también a la vía judicial para obtener el divorcio.

Conforme hemos señalado anteriormente para regulaciones que acogen soluciones similares a la brasileña, se trata de una regulación muy cautelosa, que recela del reconocimiento en exclusiva de la competencia a los notarios y de la inclusión de soluciones de carácter abierto. En este sentido, no se admite el divorcio con hijos menores o incapacitados y se exige la separación durante un

periodo mínimo de convivencia previa. Dicho requerimiento, justificado sobre la conveniencia de evitar soluciones aceleradas y no meditadas, restringe en exceso, en nuestra opinión, de forma inadecuada la libertad de los cónyuges. Estamos de acuerdo en el establecimiento de un periodo mínimo de convivencia. Sin embargo, consideramos que uno o dos años pueden ser excesivos como límite de la libre decisión de disolución. Además, parece lógico que todas estas regulaciones deberían acoger, como en el caso de la normativa española, excepciones a la exigencia temporal por razones justificadas —malos tratos y similares—.

Finalmente, Ecuador adopta un régimen que presenta algunas diferencias respecto de las soluciones antes referidas. Según el artículo 18.22.º de la Ley Notarial, reformada en 2006, los cónyuges podrán acudir al notario para solicitar el divorcio por mutuo acuerdo, siempre que no tengan hijos menores o a su cargo. Los notarios comparten competencia con los jueces, según establece el artículo 107 y 108 del Código Civil ecuatoriano. Los cónyuges podrán acudir por sí o por medio de procuradores especiales y su solicitud debe estar «patrocinada». Tras comprobar la documentación acreditativa y conceder audiencia en el plazo de sesenta días desde la solicitud —o una segunda, si no comparecen a la primera—, el notario emitirá acta en la que se declara el divorcio. Posteriormente, el notario debe remitir oficio al Registro Civil para que se anote el divorcio, tras lo cual el Registrador devolverá al notario copia certificada de la anotación para incluir en el protocolo. Para la comunicación al Registro Civil se admite como medio el correo electrónico.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación que introduce algunas variantes tendentes, parece ser, a la modernización, la agilización de los procedimientos y la adopción de medidas de seguridad. Así, la exigencia de plazos máximos para las audiencias puede incidir en una mayor agilidad, así como la admisión de medios de remisión telemáticos. Sin embargo, en este último caso deben arbitrarse mecanismos técnicos —firma y certificados electrónicos— que otorguen un nivel de seguridad satisfactorio. Por otro lado, la exigencia de remisión de una certificación del Registro Civil a la notaría de la anotación permite cerrar el círculo de seguridad respecto de la documentación requerida, pues se evita que sean los propios interesados los que deban llevar a cabo las labores documentales, siendo la propia Administración la que asume dicho deber, a la vez que se asegura la conexión entre Notarías y Registro Civil. La resolución del procedimiento por medio de acta notarial no se compadece con la naturaleza del contenido del documento en cuestión, que acoge, básicamente, declaraciones de voluntad sobre disolución del vínculo.

Respecto del patrocinio del documento de solicitud por un abogado, si bien no implica la necesidad de representación por dicho profesional (18) —la

(18) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, pág. 349.

regulación establece dicha representación por un procurador especial—, sin embargo parece referirse a la necesidad de la asistencia profesional por un abogado. A tal efecto, esta normativa fue objeto de críticas, por cuanto implica un incremento de costes que se podría evitar por la intervención del notario en el procedimiento mediante la atribución de una función asesora de las partes.

Países iberoamericanos con divorcio administrativo no notarial

Aunque el divorcio notarial por mutuo acuerdo de los cónyuges ha sido la opción con mayor seguimiento, a partir de su adopción por el Derecho cubano, sin embargo no es la única. Por el contrario, algunos países han desjudicializado el divorcio consensual, pero han atribuido la competencia a otras instancias integradas dentro de la Administración, concretamente en la Administración de Justicia. Nos referimos, en concreto, a las regulaciones portuguesa y mejicana.

En el caso de Portugal, el Decreto-ley 272/2001, de 13 de octubre, otorga la competencia en materia de divorcio por mutuo acuerdo al Conservador del Registro Civil. La solicitud se puede presentar ante el Registro que acuerden los cónyuges o el que corresponda a la residencia de uno de ellos. Por sí o representados por procurador, los cónyuges deben concurrir asistidos de abogado. Este divorcio se admite cuando no hay hijos menores o incapacitados o, cuando concurren, hay previa resolución judicial sobre la patria potestad de aquellos. Se trata de una solución que extrae la competencia de la sede judicial. En el caso español, esta solución también produciría dicho efecto, por cuanto la nueva regulación de esta institución elimina la competencia judicial al respecto. En este sentido, desde un punto de vista funcional, reviste cierta lógica la solución portuguesa, dado el efecto generador de estado civil que posee el matrimonio. Por otro lado, la competencia del Registro Civil en la tramitación de los expedientes matrimoniales puede justificar también la atribución de las funciones de disolución por divorcio consensual. En la misma línea, la creciente atribución de competencias procesales a los secretarios de Juzgados y Tribunales avala esta solución. En definitiva, existen argumentos que podrían, en su caso, justificar la adopción del régimen portugués en España.

Por su parte, México regula el denominado divorcio administrativo en el artículo 272 del Código Civil federal. Es competente el juez encargado del Registro Civil y solamente se acepta cuando no concurren hijos y se hubiese disuelto con antelación la sociedad conyugal, en su caso. El juez levantará acta de divorcio y se practicará asiento al respecto junto a la previa inscripción de matrimonio. Desde el punto de vista institucional, aunque la normativa mejicana haga alusión a una autoridad judicial, es el Registro Civil el organismo encargado de la tramitación y resolución del divorcio, lo que acerca esta solución a la portuguesa. En este sentido, no obstante la participación del juez, el divorcio

posee una clara naturaleza administrativa, conforme se deduce de su atribución a una institución como el Registro Civil. En cualquier caso, a tenor de la nueva regulación española del Registro Civil, también en nuestro país se confía en la preparación y seguridad que aporta su gestión en la tramitación de numerosos expedientes.

Otros modelos

En Europa, algunos países han adoptado desde hace tiempo regulaciones sobre divorcio consensual en las que se simplifica el procedimiento y se eliminan las cautelas procesales y la intervención de la autoridad judicial, con el fin de acelerar la terminación de los procedimientos y la disolución del vínculo (19). Incluso, en algunos países —Inglaterra, por citar alguno— en los que se mantiene la competencia judicial en los divorcios por mutuo acuerdo, los jueces solamente testan el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley, prescindiendo de un análisis de fondo y automatizando, por tanto, su labor.

En cualquier caso, en Europa se ha planteado la necesidad de armonizar o adoptar criterios de determinación de la ley aplicable y de la competencia jurisdiccional, ante el incremento de los matrimonios y de divorcios entre personas nacionales de diversos estados o con distinta residencia, lo que incrementa la inseguridad jurídica y la posibilidad de obtener resultados no deseados, ante el silencio de las regulaciones respecto del valor de la voluntad de los cónyuges (20). Este es el propósito que se ha planteado desde hace tiempo por el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, de 14 de marzo de 2005 (21). Sobre la base de la concepción de órgano jurisdiccional como cualquier órgano competente para pronunciar una declaración de nulidad matrimonial, divorcio o separación, no solo el judicial, se sostiene por la Conferencia de Notariados de la Unión Europea —CNUE— que el notario puede ser uno de esos órganos competentes, siendo la determinación de cuáles sean esos órganos, tarea de la legislación de los Estados miembros y permitiendo a los cónyuges la elección de tales órganos.

En Noruega se adopta un modelo dual, judicial o administrativo, de divorcio por mutuo acuerdo. Lo más interesante e innovador de la regulación noruega es

(19) El precedente más antiguo ha sido el antiguo Código de Familia de la Unión Soviética de 1927, que admitía un divorcio administrativo ante el encargado del Registro de actos de ciudadanía, que levantaba acta del mismo y lo inscribía. *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 40.

(20) CARRIÓN GARCÍA DE PRADA, P., «El divorcio en Europa», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, pág. 1.

(21) Presentado por la Comisión, SEC2005 (331). COM (2005), 82 final. El documento se puede encontrar en www.europa.eu.int

que los cónyuges solamente deben llegar a un acuerdo estrictamente sobre la disolución del vínculo, pudiendo diferir a un momento posterior la resolución de los diversos efectos, patrimoniales o no, generados por el divorcio. Ahora bien, en tal caso dicha resolución requiere la intervención judicial (22). La competencia del divorcio administrativo corresponde al *Gouverneur du comté*, que actúa como mero controlador del cumplimiento de los requerimientos legales (23), es decir, su decisión a favor del divorcio es automática si se cumple el requisito del tiempo mínimo de convivencia previa de los cónyuges. En nuestra opinión, este modelo presenta ciertas contradicciones que se derivan de la adopción de soluciones tendentes a la liberalización de los procedimientos y a lograr la absoluta primacía de la voluntad de los cónyuges por una parte, y otras que parecen establecer obstáculos a la efectividad de la decisión de los cónyuges. En el primer caso, la decisión sobre la disolución desvinculada de sus posibles efectos parece primar, como decimos, esta voluntad acorde. Sin embargo, en nuestra opinión, la suspensión de la resolución de tales efectos puede suponer la creación de un espejismo en los cónyuges de desaparición de la situación matrimonial, pues si bien se ha declarado sin dificultad el divorcio, sin embargo ello no conlleva el establecimiento de una situación totalmente nueva en tanto perduren situaciones relacionadas con el patrimonio y demás existentes durante el matrimonio. Por otro lado, dicha medida no conecta de forma lógica con la exigencia de un periodo mínimo de convivencia de los cónyuges previo al divorcio, por las razones que ya apuntamos al analizar otras regulaciones.

En Dinamarca, los cónyuges pueden acordar el divorcio y adoptar, también por acuerdo, medidas sobre pensiones, custodia de los hijos menores y vivienda familiar, ante el *Gouverneur de comté*. En caso de no llegar a un acuerdo sobre dichos aspectos, queda abierta la vía judicial. También puede diferirse a un momento posterior la solución de cuestiones como el régimen de visitas, el reparto de los bienes o la manutención de los hijos (24).

Otros países, como Estonia o Rumanía, también han adoptado modelos de divorcio administrativo. En el caso rumano, el Código Civil establece que el divorcio por mutuo acuerdo puede tramitarse ante notario o por vía administrativa, incluso cuando hay hijos del matrimonio. En el primer caso, el divorcio es admisible cuando no concurren hijos o, en caso contrario, cuando los cónyuges alcanzan un acuerdo previo sobre la patria potestad, el régimen de visitas, el

(22) Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, II, abril-junio de 2009, pág. 780.

(23) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Notarius International*, vol. 5, 2000, pág. 168.

(24) LÓPEZ DE LA CRUZ, L., *op. cit.*, pág. 780.

domicilio de los hijos y su manutención y formación (25). Además, el notario está asistido de trabajadores sociales, cuyos informes son vinculantes respecto de las medidas que afectan a los hijos. En tal sentido, si sus informes consideran perjudiciales para los hijos las medidas sobre patria potestad o el domicilio, el notario no puede declarar el divorcio y quedará abierta la vía judicial.

Otro supuesto de divorcio administrativo liberalizado es el japonés. Los artículos 763 y 766 del Código Civil japonés permiten el divorcio por mutuo acuerdo no judicial, haya o no hijos del matrimonio. En este caso, los cónyuges deben inscribir el divorcio en el Registro Civil en el que conste el matrimonio, previo acuerdo ante el notario sobre las cuestiones que afectan a los hijos y la titularidad de los bienes. Parece que la intervención pública es de mera constatación de los requerimientos legales y el margen de libertad dejado a los cónyuges es amplio.

Por otro lado, desde hace tiempo se han atribuido, en numerosos países europeos, ciertas competencias en relación con los procedimientos de divorcio a los notarios, sobre todo respecto de sus efectos patrimoniales. Así, por ejemplo, en Bélgica poseen competencias de mediación y asesoramiento, en Francia realizan el inventario de los bienes de los cónyuges, en Holanda y Alemania elaboran documentación de propuesta de liquidación del régimen económico-matrimonial (26). En cualquier caso, labores similares llevan a cabo los notarios en España en la actualidad: protocolización de convenios reguladores o escrituras reguladoras de situaciones de separaciones de hecho. En efecto, tales competencias no resultan extrañas en nuestro Derecho, si bien no debemos dejar de reconocer que se trata de acciones que inciden estrictamente en la esfera patrimonial de la pareja.

Como se puede comprobar, existen en el Derecho Comparado diversos modelos de divorcio no judicial por mutuo acuerdo. La descripción somera de los mismos en estas líneas obedece a la necesidad de tener en cuenta los antecedentes existentes hasta la fecha y, sobre todo, de analizar cuál de los modelos puede adaptarse a los requerimientos legales del Derecho español y satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con la reforma. En este sentido, es necesario realizar un estudio ponderado que tenga en cuenta, de modo conjunto, aquellas necesidades y la preservación de los derechos y garantías de los interesados. Así, no parece que los sistemas de divorcio administrativo existentes en los países escandinavos aporten grandes ventajas, por cuanto a la disminución de las garantías se une el hecho de que es previsible el aumento de los litigios en sede judicial en un momento posterior, lo que priva de toda lógica una reforma en tal sentido. Igualmente, tampoco parecen aceptables modelos que eliminan o minimizan en gran medida la participación de un funcionario público, pues

(25) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «El divorcio ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, págs. 2 y 3.

(26) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *op. cit.*, pág. 2.

la agilidad procesal y la descongestión de los Juzgados no se pueden conseguir al precio de una merma en el nivel de protección de los cónyuges y demás afectados. Parece claro, por tanto, que la posible solución pasará, en su caso, por la atribución de la competencia a un funcionario público, lo que limita las posibilidades a su otorgamiento a los notarios o a los encargados del Registro Civil. Sin embargo, la consecución de la agilidad propuesta y la necesidad de formación para asegurar la adecuada protección de los intereses en juego y la adecuada gestión procesal, provocan que muchos aboguen por la opción notarial.

3. CUESTIONES DE DERECHO SUSTANTIVO SOBRE LA ADMISIÓN DEL DIVORCIO NOTARIAL

A) LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DIVORCIO NO JUDICIAL POR MUTUO ACUERDO

Desde la regulación del divorcio en 1981, mucho se ha argumentado sobre su constitucionalidad. En un primer momento, el debate se centró en la adecuación o no a la Constitución del divorcio en sí, más allá de cuestiones procesales y competenciales. Sin embargo, desde hace algunos años se viene discutiendo acerca de la posibilidad de desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo, cualquiera que sea el funcionario competente, sobre la base de la ausencia de controversia o litigio alguno entre las partes. Así, el debate tiene por objeto determinar la exclusividad de la competencia judicial también en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Para FERNÁNDEZ DE BUJÁN, la interpretación adecuada del artículo 117 de la Constitución conlleva la solución de la atribución exclusiva a la judicatura. Según este autor, que se apoya en alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo, el silencio del precepto constitucional debe interpretarse en sentido restrictivo, impidiendo así el reconocimiento de la competencia a otros funcionarios que no sean los jueces. El artículo 117.3 de la Constitución dispone que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Entiende que este precepto, así como el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no excluye de la función jurisdiccional la competencia en los procedimientos de jurisdicción voluntaria. En concreto, tal solución se sostiene además sobre la base de la inclusión de competencias, como los expedientes de Registro Civil a los jueces (27). Además, no parece que el artículo 117.4 pueda acoger un elenco amplio de supuestos de jurisdicción voluntaria. Por ello, en-

(27) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 60 y sigs.

tiende que todos aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria que afecten a derechos fundamentales y libertades públicas, al Derecho de Familia o al estado civil de las personas deben ser competencia exclusiva de los jueces (28). Por tanto, se elimina con ello la posibilidad de la atribución de la competencia del divorcio por mutuo acuerdo a otros funcionarios.

Sin embargo, en los últimos años se ha abierto paso una posición que sostiene la constitucionalidad de la atribución a otros funcionarios sobre la base de una interpretación extensiva o amplificadora del sentido del artículo 117. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el particular. Las sentencias de 8 de noviembre de 1983 y de 20 de mayo de 2002 afirman que el artículo 117.3 viene referido a la función jurisdiccional contenciosa con la expresión «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Ese precepto otorga la competencia con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales, en consonancia con las exigencias que se derivan de la tutela judicial efectiva del artículo 24. Por su parte, el artículo 117.4 establece que: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho». Este precepto, según el Tribunal Constitucional, hace referencia a la función jurisdiccional en sentido estricto del artículo 117.3 y a otras no incluidas en el anterior, para las que se adopta una solución de delegación por parte del legislador para la asunción de la competencia. Así, se sostiene por estas resoluciones que las competencias de jurisdicción voluntaria pueden o no corresponder a los Jueces y Tribunales, según la decisión adoptada por el legislador, sin que dichas decisiones puedan considerarse inconstitucionales. Únicamente sería necesario dejar expedita la vía judicial para formular oposición a la solución alcanzada (29). No obstante la delegación anterior, algunos autores proponen como límite a la atribución de la competencia la afección a alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cual no parece ocurrir en el supuesto del divorcio por mutuo acuerdo. Por una parte, la tutela judicial efectiva no parece extenderse a los actos y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Por otra, el divorcio recibe mención y protección constitucional en el artículo 32, lo que elimina la posibilidad de afección referida (30).

En nuestra opinión, la resolución de los procedimientos de jurisdicción voluntaria no parece requerir necesariamente la intervención judicial. No es esta la función exclusiva y excluyente de Jueces y Tribunales, sino más bien

(28) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, págs. 100 y sigs.

(29) BELLOCH JULBE, J. F., «Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, vol. I, págs. 9 y sigs.

(30) CAMPO GÜERRI, M. A., «La competencia notarial en asuntos no contenciosos», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, extraordinario 2010, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010, pág. 531. También, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 47.

la resolución de aquellos supuestos en los que se observa un principio contradictorio por la concurrencia de pretensiones opuestas de las partes respecto de una cuestión. Como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2002, con ocasión del análisis del artículo 117.4 en referencia al procedimiento de homologación de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, la actuación del juez en este supuesto no pasa de la mera constatación que no alcanza la consideración de proceso, pues no se sustancian pretensiones opuestas. Parece admisible la aplicación analógica de esta solución al procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo. Por su parte, el argumento de la afección a un derecho fundamental como obstáculo a la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo, sobre la base del posible ejercicio del recurso de amparo, no es definitivo. Si bien es cierto que dicho recurso se interpone frente a la vulneración de un derecho fundamental tras agotar la vía judicial, sin embargo la competencia notarial no elimina en modo alguno dicha posibilidad, por cuanto se mantiene esta opción en caso de pretender formular oposición.

No obstante lo anterior, no es sostenible la adjudicación sin más de los procedimientos de jurisdicción voluntaria a los notarios. Por el contrario, desde la propia profesión notarial se sostiene que la atribución debe ser casuística. Así, GÓMEZ-FERRER sostiene que no deben atribuirse a los notarios aquellos actos que pretendan la garantía de derechos o intereses generales, creación de cargos privados, protección de personas y del patrimonio, decisiones de trascendencia directa para las personas o sus bienes, complementos de capacidad, suplencia de voluntades, entre otros (31). La ausencia de principio contradictorio no debe suponer, sin más, la atribución de la competencia a los notarios.

También se ha sostenido, en apoyo de la atribución de la competencia a los notarios, que esta solución permite a los poderes públicos promover las condiciones y remover los obstáculos en aras de la efectividad de la libertad de los ciudadanos, a la vez que posibilita la satisfacción del objetivo de un proceso sin dilaciones (32). Nos parece esta opinión algo excesiva, por cuanto, si bien es obvio que la intervención notarial podría constituir una medida de agilización procedimental, sin embargo no creemos que ello suponga un incremento de la libertad efectiva. La decisión acorde de los cónyuges de divorciarse goza del mismo grado de libertad ya se sustancie ante el juez o ante el notario. Podrá tener efectos en menor periodo de tiempo, pero en nada afecta a la plena libertad en la toma de decisiones. Si no fuera así, habría que entender entonces que la regulación del divorcio de 1981, que introducía un elenco de causas y requere-

(31) En nuestra opinión, la mención es tan amplia que puede suponer la exclusión del supuesto del divorcio por mutuo acuerdo, a pesar de la opinión favorable del propio autor, como se verá más adelante. Vid. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, pág. 131.

(32) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 32.

rimientos de tiempo para posibilitar el divorcio, era contraria a este precepto constitucional. El establecimiento de los requisitos por parte del Código Civil no puede interpretarse como un obstáculo a la libertad efectiva, sino precisamente como presupuesto necesario del ejercicio de la misma. El legislador de 1981 entendía que la decisión de divorciarse era, *per se*, una decisión limitada, que requería la concurrencia de unos presupuestos. El deber de los poderes públicos de remover obstáculos supone la eliminación de las barreras que impiden el ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley, pero dentro de los límites que la misma establece.

Como se dijo anteriormente, se ha sostenido que la mención de funciones del Registro Civil entre las propias de los órganos judiciales, según establece el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, supone el reconocimiento explícito de la atribución de las competencias en procedimientos no contenciosos a los jueces y tribunales. Sin embargo, este argumento favorece en la actualidad la opinión contraria. La nueva Ley del Registro Civil elimina la competencia judicial de esta institución, lo que supone un argumento a favor de la consideración de los jueces y tribunales como funcionarios y órganos competentes, exclusivamente, en procedimientos de naturaleza contenciosa, con el objetivo de agilizar sus funciones. En este sentido, se afirma lo siguiente en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: «La modernización del Registro Civil también hace pertinente que su llevanza sea asumida por funcionarios públicos distintos de aquellos que integran el poder judicial del Estado, cuyo cometido constitucional es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En efecto, la aplicación al Registro Civil de técnicas organizativas y gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna del derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del Registro Civil quedan sujetos a control judicial».

Como se puede comprobar, las palabras anteriores reproducen de forma plena las argumentaciones anteriormente reseñadas del Tribunal Constitucional. En este sentido, el legislador hace uso de la delegación de facultad que hace el artículo 117.4 para atribuir la competencia de gestión del Registro Civil a funcionarios no integrantes del poder judicial. Además, se adopta esta solución de modernización y agilización de la institución, con pleno respeto a la función judicial estricta del artículo 117.3 —juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— y sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, parece que la posición del legislador es la progresiva desjudicialización de todos aquellos procedimientos que no presuponen la existencia de controversia entre partes, con el fin de descongestionar la gestión judicial y agilizar los procedimientos en beneficio de la ciudadanía. En este sentido, parece que la atribución de la competencia en materia de divorcio consensuado a los notarios sería acorde con las últimas decisiones adoptadas por el legislador, las cuales no han

sido objeto de crítica ni refutación basada en posibles vulneraciones del texto constitucional.

Por otra parte y como ya señalamos anteriormente, aunque la atribución de la competencia a los notarios pueda suponer la culminación de una tendencia a la consensualización del divorcio, iniciada con la descausalización de dicha institución en la reforma del Código Civil de 2005, ello no constituye una vulneración del artículo 32 de la Constitución por eliminación de las causas de disolución del vínculo, que menciona este precepto. La causa última es la voluntad acorde de los cónyuges, eliminando así la necesidad de concurrencia de causas que implican una concepción de culpabilidad de alguno de ellos. A tal efecto, la labor del funcionario se resume en la comprobación de dicha voluntad, sin detenerse en la realización de pesquisas sobre otras circunstancias.

Otra cuestión que podría incidir en la constitucionalidad del divorcio notarial es la intervención del Ministerio Fiscal. Dado que la preceptiva intervención se establece para los supuestos en los que concurren hijos menores, conforme veremos a continuación, preferimos analizar esta cuestión en el siguiente apartado, relativo a dicha circunstancia.

B) LA CONCURRENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACITADOS

En la propuesta planteada por el Ministro de Justicia de divorcio notarial por mutuo acuerdo se admitían aquellos supuestos en los que haya hijos menores de edad o incapacitados (33). Desde un punto de vista de la descongestión de los Juzgados y Tribunales es obvio que la exclusión de los supuestos en los que concurre descendencia minimizaría mucho la efectividad real de la medida. Sin embargo, también es necesario en tal caso plantearse la posibilidad de adoptar esta solución ante la necesidad de proteger los intereses y derechos de tales sujetos en el procedimiento de divorcio.

En relación con lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal cuando el divorcio afecta a los derechos e intereses de menores o incapacitados. Ello conlleva la necesidad de analizar la incardinación de dicha intervención en un procedimiento que se sustancia ante un notario, fuera de la sede judicial. En el Derecho extranjero encontramos varios supuestos de divorcio notarial en el que se admite la intervención del Ministerio

(33) No obstante la indefinición del anuncio realizado por el Ministerio, entendemos que esta sería la solución que se puede deducir de sus palabras, al aludir aquel a la intervención del Ministerio Fiscal como garante de los derechos y posición de los menores en estos procedimientos. Por citar alguna reseña de la noticia, vid. *El País* de fecha 2 de febrero de 2012. Se puede consultar en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/02/01/actualidad/1328089347_592487.html

Fiscal como consecuencia de la concurrencia de hijos menores o incapacitados. Véanse, por ejemplo, las legislaciones cubana o colombiana. Incluso, algunas legislaciones adoptan una postura más garantista y exigen la previa resolución judicial sobre las diversas cuestiones que afectan a los hijos: por ejemplo, la legislación peruana, según vimos. Hay que plantearse, por tanto, la posibilidad de tal solución en nuestro Derecho.

En España, la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de separación y disolución matrimonial recibe consagración constitucional y se regula en el propio Estatuto del Ministerio Fiscal y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el artículo 124.1 de la Constitución dispone que: «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados; velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social», interés que comprende la protección de la familia y sus componentes, consagrada también en el artículo 39. Por su parte, el artículo 3.6 y 7 del Estatuto del Ministerio Fiscal atribuye a este cuerpo la competencia de defensa de la legalidad y del interés público y social, entre otros, en los procedimientos relativos al estado civil, así como intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

Por su parte, el artículo 749 de la LEC establece dos tipos de intervención: como parte en los procedimientos de nulidad matrimonial y, en el caso que nos interesa, como mero interviniente cuando en el procedimiento de divorcio o separación se vean afectados los intereses de menores, incapacitados o personas en situación de ausencia legal. Obsérvese, por tanto, que el Ministerio Fiscal intervendrá en el proceso, tanto si alguno de los cónyuges es incapaz o ausente legal como si hay hijos menores o incapacitados (34). En este segundo supuesto, la intervención del fiscal consiste en analizar el convenio regulador presentado con la solicitud de divorcio y determinar si protege el interés de los menores, así como informar sobre el convenio ya ratificado, según el artículo 777.5 de la LEC, pudiendo oponerse a tales convenios en caso contrario. Para algunos, la participación del Ministerio Fiscal en estos procesos constituye un supuesto de intervención *sui generis* como parte procesal, con las prerrogativas propias de una parte, pero ampliadas por la función de protección y defensa de los hijos menores no emancipados y los incapacitados. Así, se cita como especial atribución, que le diferencia de la posición de los cónyuges, la posibilidad de presenciar la

(34) TOMÉ TAMAME, J. C., «Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: causas, requisitos e iter procedimental», en *Noticias Jurídicas*, junio de 2003, pág. 3. <http://noticias.juridicas.com>

exploración judicial de los hijos e incapacitados (35). No obstante, también se ha sostenido la posición contraria, al afirmar que fuera de los supuestos en los que la normativa procesal atribuye la condición de parte al Ministerio Fiscal, el mismo actúa como informante o en otra condición, sin ostentar los derechos y deberes de las partes en un proceso (36).

En este sentido, la intervención del Ministerio Fiscal solamente se establece en los casos de concurrencia de hijos. En otro supuesto no se justifica, por cuanto su labor no posee fines de defensa del vínculo (37). El principio dispositivo, que actúa como regla general en los procesos civiles cede sin embargo en los supuestos de procesos de separación o divorcio en los que concurre interesado el menor, incapacitado o en situación de ausencia legal, según el artículo 749.2 de la LEC. En este sentido, las atribuciones que la Ley hace al juez para la investigación y pesquisa de la realidad y para la determinación de los efectos de la separación o disolución del vínculo en estos procesos, justifican la no intervención del Ministerio Fiscal (38). Podría sostenerse que existe una contradicción entre este precepto, excluyente de la competencia del fiscal en los procesos matrimoniales sin hijos y el artículo 3.6 del Estatuto del Ministerio Fiscal, que proclama la competencia de dicho órgano en los procedimientos que afectan al estado civil de las personas. En nuestra opinión, tal antinomia debe resolverse a favor de la solución adoptada por la Ley ritualaria, en aplicación de un criterio de *lex specialis* frente a una norma que recoge el régimen general de la institución. En este sentido, la regla general incluida en el Estatuto debe ceder ante la excepción establecida por la LEC, justificada por la expansión de las facultades del juez en estos procesos, como consecuencia de la disminución del juego del principio dispositivo, según hemos visto.

Sobre la base de lo anterior, debemos preguntarnos si la intervención del Ministerio Fiscal, antes descrita, sería admisible en un procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Esta es la solución de la regulación cubana. Esta legislación adopta una solución discutible respecto de las funciones que otorga al notario respecto de la intervención del Ministerio Fiscal. El artículo 5 del Decreto-ley 154/1994 otorga al notario la potestad de decidir acerca de dicha intervención. Si el notario considera que los convenios alcanzados son lesivos de los intereses de los hijos o que se está acordando el otorgamiento del ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges y la labor de asesoría del notario no ha tenido éxito, el notario debe remitir al Ministerio Fiscal escrito en

(35) GARRIDO TUNDIDOR, C. M., «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre de 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 13-14.

(36) Entre otros, MORENO CATENA, V., *El Proceso Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord.: ESCRIBANO MORA, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 76.

(37) TOMÉ TAMAME, J. C., *op. cit.*, pág. 3.

(38) GARRIDO TUNDIDOR, C. M., *op. cit.*, pág. 14.

el que justifique la solicitud de intervención, según establece el artículo 9 (39). El informe del Ministerio Fiscal, en caso de ser negativo, es vinculante para el notario, que deberá remitir de nuevo el procedimiento a la autoridad judicial. Sin embargo, si el informe es positivo, la normativa cubana, según PÉREZ GALLARDO, guarda silencio sobre la vinculación del notario, lo que posibilita que este pueda, no obstante, negarse a continuar la tramitación y a abstenerse a favor de una solución judicial.

Desde luego, no se puede negar lo novedoso de la normativa cubana, que eleva el papel y las potestades notariales hasta cotas desconocidas. En relación con lo anterior, las intervenciones del notario y del Ministerio Fiscal plantean dos cuestiones. En primer lugar, exigen analizar la posibilidad de que el notario pueda decidir acerca de la intervención o no del fiscal. En segundo lugar, requiere plantearse el valor vinculante de la decisión del Ministerio Fiscal en el procedimiento.

Respecto de la participación en el procedimiento del fiscal, no parece aceptable que la misma quede supeditada a la voluntad del notario. Sobre la base de las funciones tuitivas de los menores e incapacitados encomendadas al Ministerio Fiscal, tanto por la Constitución como por su Estatuto, no es admisible el sometimiento de su intervención a la decisión del notario concededor del procedimiento. No dudamos de la preparación profesional, suficientemente acreditada, de los notarios para resolver sobre las posibles afecciones a las personas mencionadas. Sin embargo y no obstante dicha preparación, la competencia de protección está encomendada al fiscal, conforme hemos visto. Una reforma legal en tal sentido no podría atribuir a los notarios esta competencia y soslayar la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal. Es más, una reforma de la regulación no tendría por qué apartarse de la solución adoptada hasta ahora en el caso de divorcio judicial por mutuo acuerdo.

Los párrafos 5.º y 6.º del artículo 92 del Código Civil, relativos al acuerdo de los cónyuges sobre el ejercicio de la custodia compartida, disponen lo siguiente: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba

(39) PÉREZ GALLARDO, L. B., *Un fantasma recorre...*, págs. 355-356.

practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». Es decir, en los supuestos de acuerdo de los padres sobre el ejercicio de la guardia y custodia, el Código Civil establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal, sin que se abandone dicha posibilidad a la decisión del juez. En el mismo sentido, establece el artículo 777.5 de la LEC que: «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor». En tal caso y en virtud de un elemental criterio analógico, no parece admisible la aplicación de la solución adoptada por la regulación cubana sobre la decisión potestativa del notario. Si el mismo viene a ocupar la posición dejada por el juez, es obvio que lo debe hacer con las mismas funciones y potestades. Aunque el precepto del Código Civil solamente establece tales requerimientos para resolver sobre la adopción de la custodia compartida, sin embargo, dado el carácter central de esta cuestión en relación con la protección de los derechos e intereses de los hijos, entendemos que es admisible la extensión de la misma solución a las decisiones que afecten a estos. Además, el artículo 777.5 de la LEC extiende la exigencia del informe a todos los convenios relativos a los hijos.

En segundo lugar, hay que preguntarse por el carácter vinculante de los informes del Ministerio Fiscal. A diferencia de lo establecido en la normativa cubana y a la luz de lo dispuesto en la legislación española respecto del divorcio judicial, tampoco parece que los informes del fiscal puedan vincular el sentido de las decisiones del notario, en su caso. En el supuesto de los procesos judiciales de divorcio sin acuerdo, dispone el artículo 92.8 del Código Civil que: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». Es decir, según este precepto, el juez, en los casos en los que medie acuerdo de las partes sobre la guardia y custodia, requiere el informe favorable del Ministerio Fiscal para poder resolver a favor de la guardia y custodia compartida. Se trata de un precepto que ha sido muy discutido, pues supone una vinculación de la función del juez a la decisión del fiscal.

Se ha sostenido que dicha sujeción resulta contraria a la función decisoria que la Constitución atribuye al juez, por lo que el precepto debe interpretarse de forma sistemática, lo que supone que el juez puede acordar la guardia y custodia compartida no obstante el informe desfavorable del juez (40). En este

(40) *Conclusiones sobre las reformas del Derecho de Familia*, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados

mismo sentido, podría sostenerse que, sobre la base de la identidad de funciones del notario y el juez, tampoco en el supuesto de divorcio notarial debería ser vinculante el informe del Ministerio Fiscal. No obstante, existe en el supuesto que analizamos un dato que resulta decisivo para argumentar a favor de esta opción. El artículo 92.8 establece la vinculación del informe del fiscal en el supuesto de falta de acuerdo de los cónyuges sobre la guardia y custodia. Sin embargo, en el supuesto de que sí medie dicho acuerdo, el artículo 92.5 y 6 del Código Civil solamente establece la intervención preceptiva de aquel, pero en modo alguno dispone el carácter vinculante de sus apreciaciones. Ha sostenido el Defensor del Pueblo que la regla general es el acuerdo de los cónyuges —art. 92.5— y la excepción la intervención dirimente del juez y el informe vinculante del fiscal —art. 92.8— (41). En el supuesto de que pudiera sostenerse la constitucionalidad del artículo 92.8, solamente se aplicaría a los casos de falta de acuerdo. Pues bien, sobre la base de lo anterior, debemos preguntarnos si la solución adoptada por el Código Civil para los divorcios en sede judicial sería aplicable a los divorcios ante notario, si es admisible o no, sin más, la aplicación analógica de esta solución al divorcio por mutuo acuerdo ante notario. Por lo demás, la solución propuesta no depende del sentido, favorable o desfavorable, de los informes del Ministerio Fiscal. Las funciones otorgadas al juez por el artículo 92.5 del Código Civil, cuando concurre acuerdo de los cónyuges, no se supeditan al sentido de tales informes.

Se ha sostenido que en el supuesto de que notario y fiscal discrepasen sobre los acuerdos de los cónyuges, debería abrirse la vía judicial, por cuanto el primero no tendría reconocidas idénticas funciones a las judiciales (42). En tal caso, no se admitiría la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil analizados y de la LEC al divorcio notarial. Se trata de una posición acorde con la regulación cubana, que establece que, en el supuesto de que el fiscal informase en contra de los acuerdos de los cónyuges, el notario no podría resolver a favor del divorcio. En tal caso, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de divorcio supondría la necesidad de acudir al juez para obtener el mismo. Por el contrario, en el supuesto de que el informe del fiscal fuese favorable a los acuerdos alcanzados y el notario estimase, no obstante, lo contrario, tal situación conllevaría también la necesidad de acudir a la vía judicial.

Sobre la base de lo anterior, es necesario preguntarse acerca del papel que podría ocupar el notario en el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo.

de la Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 23-25 de noviembre de 2005, punto 3.2, pág. 3. Se puede encontrar en www.poderjudicial.es

(41) DEFENSOR DEL PUEBLO: «Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad del artículo 92 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, pág. 4. Se puede encontrar en www.defensordelpueblo.es

(42) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 54.

En concreto, debemos plantearnos si el notario ocupa, sin más, la posición del juez o, por el contrario, se trata de una intervención con potestades menores que las de este último. La respuesta es importante: si se afirmase tal circunstancia, la función del Ministerio Fiscal no sufriría ninguna modificación, de tal forma que sus informes no podrían vincular la decisión del notario. En caso contrario, la falta de identidad de las posiciones de juez y notario permitiría sostener el valor vinculante de los informes del fiscal, como ha afirmado algún autor, según vimos en líneas anteriores.

Desde un punto de vista jurídico, el otorgamiento a los notarios de los divorcios por mutuo acuerdo se justifica por la preparación de estos profesionales y la inexistencia de contradicción entre las partes, lo que configura el procedimiento como un supuesto de jurisdicción voluntaria. En este sentido, las cautelas que se deben adoptar en estos casos están referidas a la protección de los hijos menores o incapacitados. Para ello, interviene el Ministerio Fiscal. Ahora bien, la limitación de la función notarial mediante el establecimiento del carácter vinculante de los informes del fiscal solamente se puede justificar si se precisa establecer una diferencia entre aquellas funciones y la de los jueces, por razón de la particular naturaleza de la función y el cargo del juez. La función notarial también es de naturaleza decisoria, pues el otorgamiento de la escritura pública supone la autorización de la propuesta de los cónyuges de divorciarse. En este sentido, recuerda AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ que la intervención notarial debe satisfacer las funciones asesora, de control de la legalidad y de respeto a la autonomía de los cónyuges. En caso contrario, no tendría razón de ser la intervención notarial (43). Se dice que los notarios poseen *auctoritas*, pero carecen de *imperium*. La pregunta es si existe algún inconveniente en que la Ley reconozca el mismo a los notarios. Por otra parte, desde un punto de vista de la economía procesal, es obvio que la eliminación del carácter vinculante de los informes del fiscal favorece la agilización de los procedimientos de divorcio, dado que, en caso contrario, los informes negativos supondrían la remisión del procedimiento al juez, lo que implicaría volver a la situación inicial que se pretendía evitar y, así, la adopción de una solución de efectividad mínima sobre la base de los objetivos pretendidos.

De otro lado, la intervención del Ministerio Fiscal en un procedimiento que se sustancia ante el notario requeriría la modificación del Estatuto del Ministerio Fiscal, que solamente prevé su participación en procesos judiciales

(43) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», en *Diario La Ley*, núm. 7837, Sección Doctrina, 13 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, págs. 3 y 4. En contra, BAUTISTA LÓPEZ reclama que la intervención del notario se limite a la mera protocolización del convenio y a su incorporación a la escritura, prohibiendo labores de asesoramiento. BAUTISTA LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 6.

o relacionados con el poder judicial (44). No obstante la competencia general del artículo 3.16 del Estatuto, es obvio que sería necesaria una reforma en tal sentido. Esta solución parece haberse implantado con normalidad en otros países del ámbito iberoamericano y no plantea problemas en algún sector doctrinal, como veremos más adelante. De cualquier forma, en el supuesto de que se aceptase el divorcio con hijos menores o incapacitados, la intervención del Ministerio Fiscal sería inevitable.

Todas las razones anteriormente apuntadas aconsejan, caso de optar por el divorcio notarial, no incluir el supuesto de divorcio de matrimonio con hijos menores o incapacitados. Se trata de un caso en el que se plantean muchos problemas y surgen muchas cuestiones cuya resolución pone en tela de juicio la virtualidad y efectividad del divorcio notarial. Como hemos visto, en algunos países se admite este supuesto cuando el juez ha resuelto con anterioridad las cuestiones relacionadas con los hijos. Sin embargo, de adoptarse esta solución no se conseguiría el objetivo perseguido: únicamente se estaría desdoblando el procedimiento, lo que supondría mayor profusión procesal y, con ello, mayores esfuerzos para los cónyuges, a la vez que no se agilizarían los Juzgados. Pues bien, la intervención del juez y del Ministerio Fiscal en los divorcios, por acuerdo o no, de matrimonios en los que hay hijos menores o incapacitados constituye una garantía de sus derechos e intereses reconocida por la Constitución y la Ley y parece recomendable que dicha solución se mantenga.

C) LA CONFIGURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL: LA NUEVA NORMATIVA DE MEDIACIÓN

La sustitución del juez por el notario en los divorcios por mutuo acuerdo requiere, de forma previa, determinar cuál es la naturaleza de dicha intervención. En líneas anteriores hemos hecho alusión a la participación de los notarios en procedimientos con ausencia del principio contradictorio, en los que su actuación no posee carácter dirimente de conflicto alguno. En este sentido, el Ministerio de Justicia tiene la intención de reformar la normativa de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, la desjudicialización de estos procedimientos abre una serie de posibilidades respecto de los cauces procedimentales que se pueden emplear. En cualquier caso, la calificación de la labor notarial debe tener en cuenta estos dos aspectos fundamentales: ausencia de contradicción y de intervención judicial. Por otra parte, debemos tener en cuenta la naturaleza de la función notarial y,

(44) En este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ sostiene que la atribución a los notarios solamente es posible cuando no concurren hijos, pues en otro caso no se pueden descongestionar los Juzgados. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 3.

en particular, su participación en actos de derecho de familia y, en concreto, de las relaciones conyugales.

En primer lugar, es necesario analizar la función notarial con el fin de determinar si es o no posible atribuir a este cuerpo la competencia de divorcio por mutuo acuerdo. Conforme dispone el artículo 1.2 y 3, «Los notarios son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: A) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. B) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar». Por su parte, establece el artículo 2 que: «Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho Privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial». Finalmente, según el artículo 3.1, «El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados».

De los preceptos anteriores se pueden deducir los siguientes caracteres: los notarios son, en primer lugar, profesionales del Derecho dotados de una función pública. No vamos ahora a discutir sobre la naturaleza de la función notarial. Para algunos se trata de una función híbrida, privada y pública (45). Para otros, la denominación de funcionario público no se corresponde con su función y se debe a un error derivado de la influencia en nuestra normativa de la legislación francesa de 1806 (46). Se ha sostenido por algunos que la fe pública queda fuera del Derecho Administrativo (47), mientras otros sostienen que se trata de un verdadero servicio administrativo (48), que comporta el ejercicio de una función pública que no se puede externalizar o privatizar, lo que permite su denominación como funcionario público dotado de autoridad, aunque tales funciones se ejerzan como un profesional (49). En cualquier caso, se trata de gestores de la función pública de dar fe de los hechos y actos que presencian, a la vez que como profesionales altamente formados en el Dere-

(45) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1980, pág. 263.

(46) FERNÁNDEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F., «El Notariado, la función notarial y las garantías constitucionales», en *Cuadernos Civitas*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 32-33.

(47) NÚÑEZ LAGOS, R., «El Derecho Notarial», en *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid, 1986, págs. 4 y 5.

(48) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, pág. 79.

(49) CAMPO GÜERRI, M. A., *op. cit.*, pág. 549.

cho, desarrollan una labor de asesoría a los ciudadanos con el fin de que estos logren sus objetivos de la forma más satisfactoria posible de acuerdo con los requerimientos legales. Por lo tanto, no son admisibles las afirmaciones que se han realizado desde distintos ámbitos aludiendo a un proceso de «privatización» de la justicia (50). Se argumenta que la propia naturaleza de la función notarial implicaría una merma de los niveles de seguridad jurídica de los cónyuges, dado que los notarios tienden a facilitar la realización de los actos para cuyo otorgamiento se solicita su intervención. Por el contrario, los órganos judiciales pueden o no decidir a favor de las pretensiones de las partes, en función de la protección de los diversos intereses o derechos en juego. No obstante lo anterior, no parece aceptable poner en duda la probidad de unos profesionales que han demostrado, a lo largo de su existencia, la alta capacidad en el desempeño de sus funciones y la efectividad de sus actuaciones. Podrá considerarse, con mayor o menor acierto, que la participación de los jueces y tribunales aumenta el nivel de tranquilidad de la ciudadanía. Ahora bien, no se puede hablar de privatización en el sentido propuesto ni tampoco de merma de la seguridad jurídica. En nuestra opinión, no son estas las razones que pueden fundamentar una solución contraria al divorcio notarial.

El notario ejerce una función de justicia preventiva que podría resultar acorde con los objetivos que se persiguen en el divorcio por mutuo acuerdo. La actuación de un notario viene a reforzar el acuerdo ya alcanzado por las partes o consiste en asesorar a las partes para la consecución de dicho acuerdo de forma aséptica, sin que ello suponga la inducción al mismo. En este sentido, el notario no actúa para dirimir acerca de la proposición efectuada por los cónyuges, sino para decretar su conformidad a Derecho y redactar el documento en el que sustancia dicho acuerdo y que le otorga publicidad suficiente. Al igual que en el matrimonio son los cónyuges quienes «se casan», en el divorcio, por mutuo acuerdo, son también los propios cónyuges quienes llevan a cabo el acto, de tal forma que la intervención de la autoridad pública, sea cual fuere esta, tiene como objetivo constatar y dar sanción pública a dicho acto. Ya señalamos anteriormente que la importancia del acto y del estado de cosas resultante del mismo impide hablar de una espiritualización absoluta —que supondría la eliminación de la intervención de un funcionario—. Sin embargo, no se puede negar que la normativa matrimonial y de divorcio tiende a elevar la importancia de la voluntad en detrimento del valor de la intervención pública.

Es cierto que los notarios ya intervienen en actos relacionados con posibles situaciones de crisis matrimonial, como los convenios reguladores que prevén aquellas o las escrituras que contienen acuerdos de separación (51). Frente a lo anterior, se puede argumentar también que se trata de supuestos en los que

(50) Vid. GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 4.

(51) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 34.

solamente se afectan los intereses puramente económicos de los cónyuges, sin que se incida en aspectos personales. No obstante lo anterior, también es cierto que la concurrencia de la voluntad acorde de los cónyuges, unido a la admisión del divorcio notarial para el supuesto de que no haya hijos menores o incapacitados, minimiza las posibles afecciones referidas. Los efectos principales del divorcio son de naturaleza económica. Por otra parte, también intervienen los notarios, desde hace tiempo, en otros actos en el ámbito del Derecho de Familia que trascienden al mero interés económico, por ejemplo, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por escritura pública notarial.

Por lo demás, se oyen voces desde el estamento notarial que justifican la posible atribución de la competencia sobre la base de precedentes históricos e, incluso, existentes en la actualidad. Así, se pueden encontrar en el Archivo de Protocolos del Colegio Notarial de Barcelona, diversos formularios de los siglos XV, XVI y XVII, en los que se incluyen escrituras de separación por mutuo acuerdo (52). Sin embargo, no solo en la Historia podemos encontrar precedentes. En la actualidad también hay supuestos de intervención notarial en relación con el establecimiento de un régimen de parejas o que afecte a las mismas. En este sentido, GOMÁ LANZÓN recuerda que el Derecho autonómico catalán establece, por regulación de 1998, la autorización por notario de las uniones estables de pareja, ya sean de composición heterosexual u homosexual, con efectos cercanos a la unión matrimonial (53). No obstante lo anterior, aunque en efecto la figura mencionada posee una eficacia jurídica cercana al matrimonio, sin embargo ello no supone una equiparación, sobre todo si tenemos en cuenta que después se ha regulado el matrimonio por personas del mismo sexo, sin haber establecido la competencia del notario al efecto.

En relación con la intervención del notario en los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo, se ha sostenido en los últimos tiempos, desde la propia profesión notarial (54), que dicha participación se puede configurar como un supuesto de mediación. Se trata de una terminología que se está empleando de forma profusa para referirse a situaciones y supuestos de significado diverso. Desde un punto de vista general, la mediación hace alusión a la participación de terceras personas que pretenden eliminar las posibles diferencias existentes entre las partes en un conflicto, con el objetivo de alcanzar un acuerdo que disipe las diferencias existentes. Así, el mediador es una persona con capacidad y competencia para ayudar a las partes a alcanzar dicho acuerdo, partiendo de una situación de conflicto. Es esta una concepción general aplicable a gran

(52) CAVALLÉ CRUZ, A., «Viabilidad del divorcio de mutuo acuerdo ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, pág. 1.

(53) GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 3.

(54) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *Aspectos jurídicos y fiscales...*, pág. 168. También, GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 1. No obstante, este autor reconoce que la normativa sobre mediación no atribuye la función mediadora a la profesión notarial.

diversidad de supuestos. Sin embargo, es necesario determinar si dicha aceptación se observa también en aquellos casos en los que se pretende proponer la solución del conflicto, de naturaleza jurídica, al notario, con el fin de que este acerque las posturas de los cónyuges que desean divorciarse para lograr un acuerdo entre ellos.

Recientemente, se ha aprobado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para trasponer lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (55). Aunque esta Directiva tiene como objetivo primordial la adopción de un procedimiento de solución de conflictos transfronterizos, sin embargo nada impide, como dispone la misma, que los Estados miembros apliquen estas disposiciones a los procedimientos de mediación de carácter nacional —Considerando 8 de la Directiva—. Todo ello, sin olvidar la diversa regulación autonómica existente, así como la sectorial en el ámbito de los seguros o de las condiciones generales de contratación (56). La Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la LEC en materia de separación y divorcio, ya incluía la posibilidad de solicitar la suspensión del proceso judicial para acudir a la mediación. Finalmente, se ha aprobado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (57).

El objetivo de la regulación sobre mediación es su configuración como un instrumento, no tanto alternativo como complementario de los procesos judiciales. En este sentido, no se pretende únicamente establecer un mecanismo que aligere de carga de trabajo a los Juzgados, sino ofrecer a los ciudadanos un método que puede ser más adecuado para arreglar ciertos conflictos (58). La mediación, según el artículo 1 de la Ley 5/2012, «aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (59). Es decir, en este supuesto, el mediador realiza una labor

(55) Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008, referencia L 136/3.

(56) Así, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación de la empresa familiar de la Comunidad Valenciana, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en Derecho Privado de la Comunidad de Cataluña o la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad de Cantabria, por citar algunas. Por otro lado, se contempla la mediación en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

(57) BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

(58) CARRETERO MORALES, E., «Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje*, núm. 1, 2011. www.riedpa.com, pág. 16.

(59) Resulta más precisa la definición incluida en el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE, según el cual mediación es: «a) un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar, por sí mismas, un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

encaminada a que las partes logren un acuerdo, de tal forma que la voluntad de aquellas es el elemento decisivo: si no concurre una verdadera voluntad de acuerdo, la mediación deriva en un litigio o el arbitraje. A diferencia del arbitraje, en el que el árbitro recibe el encargo de las partes de adoptar una solución vinculante para un conflicto existente entre ellas, el mediador realiza todas aquellas gestiones que sean favorables al acercamiento de las partes y al acuerdo (60). No es un «solucionador» en sí, sino más bien un «facilitador» de soluciones. Ello plantea grandes diferencias procedimentales y sustantivas: quizá la principal sea que en el arbitraje las partes, una vez que deciden acerca de la adopción de dicho mecanismo, deben pasar por lo que acuerde el árbitro, mientras que en la mediación la libertad de las partes alcanza a la posibilidad de no concluir finalmente un acuerdo, conforme establece el artículo 6.3 de la Ley 5/2012 (61). En este sentido, la labor del mediador no está necesariamente encaminada al acuerdo, sino que, de conformidad con el artículo 13.2, debe desarrollar una conducta que favorezca el acercamiento de las partes, sin prejuzgar cuál vaya a ser el resultado de tal acercamiento (62). No obstante lo anterior, según la naturaleza del conflicto, la mediación será más o menos activa (63). A tal efecto, el mediador puede, unas veces, ser consejero y otras ser un árbitro (64). Tampoco es equiparable la mediación a la conciliación. En esta, si bien son las partes las que ponen fin al conflicto, sin embargo adopta una posición más activa, tratando de empujar a las partes a lograr un

Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro». A diferencia del precepto nacional, la Directiva precisa más la naturaleza de la intervención del mediador, al emplear de forma expresa el término «ayuda», frente a la palabra «intervención». Además, esta terminología da una idea clara del papel de facilitador del acuerdo del mediador, no de su intervención dirimente.

(60) Es precisamente la existencia de un conflicto que se resuelve por el laudo del árbitro lo que elimina la posibilidad de poder resolver los divorcios por mutuo acuerdo de los cónyuges mediante el empleo del arbitraje, dado que presupone tal conflicto. La misma circunstancia se observa en la transacción. Así, no sería admisible la aplicación de las regulaciones de estos medios de solución de conflictos a este tipo de divorcios. En este sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio no formalizado...*, pág. 35.

(61) Ni siquiera la existencia de una cláusula de sumisión a la mediación vincula a las partes a la continuación y terminación. Vid. CARRETERO MORALES, E., *op. cit.*, pág. 32.

(62) En cualquier caso, también se ha afirmado que el mediador debe velar por los intereses más necesitados de protección y debe actuar para equilibrar las posiciones de las partes. Vid. CARRETERO MORALES, E., *op. cit.*, pág. 43.

(63) Tal circunstancia da lugar a diversos modelos de mediación. Para su estudio, OTERO PARGA, M., «Los modelos teóricos de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente* (SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, coords.), Ed. Tecnos, Madrid, 2007, págs. 158-171.

(64) CUVILLO CONTRERAS, I., «La negociación y la mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección a fondo, 1-15 de enero de 2010, tomo 1, Ed. La Ley, pág. 6.

acuerdo. Además, a diferencia de la mediación, el conciliador desarrolla una función «cuasijurisdiccional», previa al proceso y muchas veces se sustancia ante las mismas autoridades (65).

La mediación presupone la existencia de un conflicto para cuya resolución se acude a este mecanismo. Ello no impide, sin embargo, su empleo en el supuesto de los divorcios por mutuo acuerdo. Aunque, en efecto, estos divorcios tienen como presupuesto la inexistencia de conflicto entre partes, sin embargo es precisamente para alcanzar el acuerdo que permite optar por este divorcio para lo que se emplea la mediación. En este sentido, la mediación actuaría en estos casos como presupuesto necesario para, posteriormente, poder divorciarse por mutuo acuerdo. De esta forma, la mediación evitaría los procedimientos contenciosos, más fatigosos y traumáticos, y allanaría el camino para los procedimientos de jurisdicción voluntaria o los divorcios notariales, en su caso. Así, tendríamos que distinguir entre el desarrollo de un proceso de negociación, discusión y demás, propio de la mediación por una parte, y el acuerdo que sustancia el divorcio, por otra. No obstante, el artículo 777 de la LEC contempla la denominada mediación intraprocesal en el ámbito de procesos familiares por mutuo acuerdo: se trata de un supuesto de mediación que se sustancia dentro del proceso judicial, no como mecanismo alternativo de solución del conflicto, sino para eliminar el carácter contencioso del proceso (66). Incluso, nuestra legislación laboral acepta la mediación como requisito previo a ciertos procesos y la LEC establece en el artículo 415 la posibilidad de que los jueces desarrollen labores de mediación en la audiencia previa, con el fin de comprobar si persiste el litigio entre partes y poder ayudar a las partes a concluir un acuerdo, si no manifiestan haberlo alcanzado ya (67).

Más allá de un análisis de la normativa sobre la mediación referida, el objeto de este trabajo exige preguntarse acerca de la posibilidad de que sean los notarios quienes lleven a cabo la mediación en el divorcio por mutuo acuerdo. En efecto, se ha sostenido la posibilidad de que el notario pueda ayudar a los

(65) LÓPEZ JARA, M., «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, pág. 5.

(66) LASHERAS HERRERO, P., «Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 5, diciembre de 2007, págs. 43 y sigs. También, LÓPEZ JARA, M., *op. cit.*, págs. 12-13. Sobre este tipo de mediación y sus implicaciones para el proceso judicial, la sesiones informativas, la confidencialidad de la información y otras cuestiones, vid. LUQUIN BERGARECHE, R., «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación de conflictos familiares», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 136, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 13-66.

(67) CUVILLO CONTRERAS, I., *op. cit.*, pág. 5.

cónyuges a concretar su decisión y acuerdo de divorcio y a formalizar, con los requerimientos jurídicos necesarios, dicho acuerdo (68). Se configura, así, al notario como un mediador, para lo que se sugiere la intervención y colaboración de profesionales de otras disciplinas no jurídicas. A ello se añade el hecho de que la intervención notarial permite recoger dichos acuerdos en escritura pública y, con ello, dotarles de fuerza ejecutiva. Se trata de una visión que se acerca a lo establecido en la regulación sobre mediación civil y mercantil. El artículo 11.2 de la Ley 5/2012 establece que: «El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico». Por su parte, el artículo 11.2 de la Ley 5/2012, si bien modifica la redacción del precepto del Decreto-ley, sin embargo mantiene la exigencia de la formación específica: «El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional». Como se puede comprobar, se trata de una profesión para la que se exige una formación específica, que trasciende a los conocimientos jurídicos y no requiere, sin embargo, un grado de formación objetivado y específico (69). Desde este punto de vista, el elenco de personas que pueden ejercer la función mediadora es amplio y permitiría incluir, en principio, a los notarios.

No obstante lo anterior, no parece que las exigencias del artículo 11, relativas a la formación del mediador, se adecuen a la figura del notario. El notario es un profesional jurídico de reconocido prestigio, pero no posee, ni mucho menos, una formación similar en campos como la psicología o la negociación. La mediación requiere el dominio de una serie de técnicas de llevanza y gestión de las negociaciones, que requieren una formación y experiencia específicas (70).

(68) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., *Aspectos jurídicos y fiscales...*, pág. 168.

(69) No obstante lo anterior, sí parece que la experiencia en profesiones jurídicas se tiene en cuenta por la norma. Así, la Disposición Adicional 2.^a del Decreto-ley 5/2012 establece, como impulso de las Administraciones a la mediación, que se procurará incluir la mediación en el asesoramiento gratuito previo al proceso, de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre asistencia jurídica gratuita. Con ello, se olvida que, en gran número de supuestos, se obvia la mediación posterior derivada de procesos ya abiertos. Vid. SOTELO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, págs. 4-5.

(70) Sobre las fases de la mediación, vid. BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un*

Es obvio que la normativa permite la posibilidad de intervención conjunta de varios mediadores en supuestos complejos —art. 18.2—, sin embargo ello no permite la posibilidad de que puedan ser mediadores personas con una formación parcial. La mediación va más allá de la mera labor de asesoramiento jurídico, exige conocimientos que permitan gestionar una situación de conflicto latente o patente, para lo que no basta la mera experiencia profesional, por muy acumulada que sea, según dispone el artículo 11.2. No cabe duda que la consideración de la mediación como método de solución extrajudicial de conflictos implica la concepción de una mediación de marcado carácter jurídico, en la que el mediador debe tener una formación jurídica (71). Sin embargo, ello no supone en modo alguno la negación de una formación multidisciplinar. Por otra parte, no cabe duda que el notario desarrolla una labor de mediación cotidiana tendente a la eliminación de posibles asperezas para lograr realizar el acto y redactar el documento de que se trate. Sin embargo, no es esta una labor de mediación para la solución de un conflicto. Como pone de manifiesto TORRES ESCÁMEZ, el notario está para prevenir y evitar los conflictos, no para solucionarlos (72).

La Ley 5/2012 tiene presente a la figura del notario, pero no como mediador. Según el artículo 25.1 y 2: «Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho». La normativa sobre mediación ha pensado en el notario para el ejercicio de una función que le es propia, según su propia legislación. En este sentido, el notario interviene en un momento posterior a la consecución del acuerdo, con el fin de dotar al mismo de eficacia ejecutiva, mediante su elevación a público (73). Se trata de una facultad, no una obligación, de las partes: en caso de concurrir una

método de conflictos. Estudio interdisciplinar (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), COLEX, Madrid, 2010, págs. 88-90.

(71) MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 170-171.

(72) TORRES ESCÁMEZ, S., «La mediación como sistema de solución de conflictos», en *La reforma de la justicia preventiva*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (dir.: MARTÍN ROMERO, J. C.), Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 325-328.

(73) En relación con la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación elevados a público, recuerda MARTÍN PASTOR que hubiera sido deseable adecuar a esta solución el artículo 520 de la LEC, según el cual los títulos ejecutivos no judiciales y arbitrales únicamente pueden incorporar acuerdos relativos a prestaciones dinerarias. Sin embargo, parece que el Decreto-ley 5/2012 pretende hacer extensivo este efecto a acuerdos de otra naturaleza. MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012 (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7862, Sección Tribuna, de 21 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley, pág. 3.

de las partes, la mediación produce para las partes el efecto de cosa juzgada, *ex* artículo 1816 del Código Civil (74).

El notario debe realizar el preceptivo juicio de legalidad para acreditar el cumplimiento de los requerimientos establecidos respecto del procedimiento de mediación, así como de la conformidad de los acuerdos alcanzados al Ordenamiento jurídico. Pues bien, la exigencia de una formación específica y la mención de la intervención del notario en el sentido reseñado, en un momento posterior al desarrollo de la mediación en sí, nos indica que no parece admisible la participación del notario en el conflicto como tal mediador. No cabe duda que, en numerosos casos, el desarrollo de la profesión notarial conlleva la realización de ciertas gestiones para limar las posibles diferencias entre las partes. Pero se trata de una labor que persigue, más bien, eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica que pudieren existir, no de otro tipo. Quizá, podría admitirse la posibilidad de que los notarios, como cualquier profesional, adquiriesen la formación necesaria para desarrollar la mediación. De cualquier forma, la función notarial no parece encajar de manera sencilla con la labor de mediación. En cualquier caso, no creemos que tal solución pueda servir de argumento en contra de la atribución del divorcio por mutuo acuerdo a los notarios. Como ya hemos señalado, en este caso el notario interviene, como en los supuestos de mediación, para escriturar los acuerdos y decretar finalmente el divorcio, con independencia de cuáles hayan sido los pasos previos a tal momento.

D) LA FUNCIÓN ASESORA DE LOS NOTARIOS Y LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO EN EL PROCEDIMIENTO

Es esta, con seguridad, una de las cuestiones que más opiniones ha suscitado, la mayoría de ellas encontradas. En concreto, desde la abogacía se observa con recelo la atribución a los notarios de estos procedimientos. Es obvio que, tanto la propia función encomendada a los notarios por el Reglamento Notarial como la preparación de aquellos, conlleva la posibilidad de que los cónyuges puedan recibir asesoramiento, como cualquier otro destinatario de los servicios notariales, para llevar a buen puerto los acuerdos sobre divorcio y relacionados con este. Claro está, en el procedimiento judicial por mutuo acuerdo las partes acuden al mismo asistidas de abogado, común o no, para recibir el mencionado asesoramiento. En este sentido, entiende la abogacía que la duplicidad de asesoramientos no se justifica y, lógicamente, puede concluir en la idea de la falta de necesidad de tal duplicidad, lo que puede afectar a la continuidad de

(74) LÓPEZ JARA, M., *op. cit.*, págs. 18-19.

los abogados en estos procedimientos. Como se puede comprobar, se trata de un debate que posee un claro carácter económico.

Sobre la base de la legislación actual, tanto el asesoramiento de los abogados como el de los notarios encuentra plena justificación. Por una parte, el artículo 1.3 del Reglamento Notarial dispone que los notarios tienen la función de asesorar a quienes solicitan sus servicios y proporcionar información acerca del medio jurídico más adecuado para el logro de sus objetivos, como profesionales del Derecho que son. Se trata de una función tradicional, sustentada en su preparación, que junto con la fe pública que proporcionan a los documentos que redactan y autorizan, constituye uno de los fundamentos de la seguridad y la paz que aportan al tráfico jurídico. Por otra, el artículo 750 de la LEC establece que: «1. Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador. 2. En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, estos podrán valerse de una sola defensa y representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el secretario judicial requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, el secretario judicial requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente». Se trata de una medida con la que se pretende garantizar el derecho de defensa de las partes.

Debemos reparar en que las funciones de ambos profesionales, si bien poseen cierta similitud, sin embargo no se pueden equiparar. No debemos olvidar que el abogado interviniente en el proceso posee una función de defensa, no solo asesora. Es obvio que el notario proporciona a las partes información valiosa para que los acuerdos sean satisfactorios y acordes a la Ley. Sin embargo, el notario no participa desde la posición de uno o ambos cónyuges, sino que ostenta una ubicación en el procedimiento equidistante, como corresponde a una autoridad que viene a cumplir, en parte, las funciones judiciales. Como ya dijimos anteriormente, el notario posee una naturaleza híbrida, que conjuga aspectos propios de un funcionario público, que lo es, con los de un profesional del Derecho. En este sentido, es lógico que el mismo deba prestar servicios de resolución del divorcio y, a la vez, de asesoramiento técnico.

Así, la participación del notario no debe afectar, ni mucho menos, a la posición de los abogados. La neutralidad del notario exige la intervención de otro profesional que defienda los intereses de parte. En este sentido, es obvio que las posteriores vicisitudes que afecten a la situación derivada del divorcio,

como ejecuciones posteriores o modificaciones de las medidas acordadas inicialmente, reclaman la intervención de un abogado (75). Sin que ello requiera tampoco la eliminación del asesoramiento notarial. El notario actuará como un elemento de doble criba, que garantiza mayor seguridad en la corrección y legalidad del procedimiento. Es más, las funciones de control de la legalidad obligan a la prestación de asesoramiento siquiera indirecto, por cuanto el notario deberá avisar a los cónyuges de lo que se puede o no hacer. Se trata, por lo demás, de una práctica que se observa en numerosos supuestos en los que los ciudadanos acuden al notario asistidos por un abogado. El temor a que un incremento de los costes pueda reducir la intervención de los abogados y, con ello, sus honorarios, no parece ajustarse a la realidad (76). En relación con lo anterior, la participación del notario no tiene por qué suponer necesariamente la generación de discriminaciones económicas, que estarían injustificadas. Dicho razonamiento determinaría, entonces, la eliminación de la intervención de los notarios en el otorgamiento de los testamentos, por ejemplo.

En nuestra opinión, el factor decisivo es la distinta naturaleza de los asesoramientos de abogado y notario. El primero presta un asesoramiento de parte, defiende los intereses de su cliente, por lo que su información está encaminada siempre a favorecer las pretensiones de aquel. Por su parte, el notario debe adoptar una posición de neutralidad, que permita obtener los fines comunes y objetivos de ambas partes, pero sin que pueda bascular a favor de una u otra. Por todo ello, entendemos que ambos asesoramientos son compatibles, sin perjuicio de que la reforma legal que introduzca el divorcio ante notario, de producirse, deba incluir la preceptiva intervención de la abogacía.

4. CONCLUSIONES

La implantación del divorcio ante notario se ha planteado en nuestro país como una medida que persigue la agilización de los procesos de divorcio en los que no existe contienda entre los cónyuges, lo que elimina la existencia de litigio que requiera de la intervención del Juez. Esta claro que la agilización de la Administración de la Justicia pasa, en circunstancias normales, por la aprobación de un plan integral que vaya acompañado de una dotación económica, la cual se nos antoja sustanciosa. Es obvio que en la actualidad tal estrategia resulta de imposible aplicación, por lo que son necesarias otras medidas con menor coste para las arcas públicas.

(75) BAUTISTA LÓPEZ, J., *El divorcio ante...*, pág. 6.

(76) Como ha señalado GOMÁ LANZÓN, entre otros, es muy probable que, a los efectos de la remuneración notarial, se consideren tales actos como documentos sin cuantía. GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 4.

En principio, es innegable que la intervención del notario puede contribuir a aligerar la carga de jueces y tribunales. Sin embargo, en la práctica parece que el efecto mencionado no posee un volumen tan apreciable como para justificar una medida de tal calibre. En primer lugar, el número de divorcios por mutuo acuerdo no es cuantioso. Además, desde un punto de vista cualitativo, tampoco parece que estos procesos supongan una gran carga de trabajo. Por el contrario, un buen número consiste únicamente en la presentación y aprobación del convenio regulador, sin que se genere posteriormente litigio alguno. Por lo tanto, aunque la atribución a los notarios de esta competencia supondría una rebaja del trabajo, no está claro que la misma fuese de una consideración apreciable.

En cualquier caso y como ya dijimos, la razón de la economía procesal y de trabajo solamente justificaría la adopción de esta solución si se preservasen las garantías para las partes y los posibles afectados y si, a la vez, se eliminase la litigiosidad de forma permanente, evitando con ello un efecto rebote que llevara los procedimientos de nuevo a los Juzgados (77). Respecto del primer punto, las garantías para las partes parecen estar aseguradas, dada la preparación de los notarios y su amplia experiencia en procedimientos de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia y, en particular, con la economía de los cónyuges. Por otra parte, la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal cuando se trate de divorcio de pareja con hijos menores o incapacitados, hace que, en nuestra opinión, debiera limitarse, en su caso, esta reforma a los supuestos en los que no concurra esta descendencia, dado que la regulación del Ministerio Fiscal solo prevé su intervención en procedimientos judiciales. Así, no encontraríamos problema alguno en la atribución a los notarios de esta competencia respecto de las garantías jurídicas. Aunque también se ha sostenido lo contrario y se ha argumentado que no sería siquiera necesaria la modificación de la regulación del Ministerio Fiscal (78), en nuestra opinión esta normativa tan solo contempla actuaciones en el seno de procedimientos judiciales.

Sin embargo, esta intervención no parece que pueda ser definitiva, de tal forma que se prive a los cónyuges de la posibilidad de acudir al juez en un momento posterior como consecuencia de problemas o circunstancias posteriores. Por el contrario, como ha apuntado de forma acertada AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, hay una serie de situaciones en las que se debe arbitrar dicha opción: recurso ante la negativa del notario a aceptar algunas estipulaciones del convenio presentado, la posterior modificación del convenio por alteración de las circunstancias iniciales cuando no media acuerdo en tal sentido, lo que motivará, sin duda, su impugnación. También debe abrirse la vía judicial cuando los cónyuges, no obstante el acuerdo sobre el divorcio en sí, no aceptan sin

(77) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pág. 2.

(78) CAMPO GÜERRI, M. A., *op. cit.*, pág. 639.

embargo la liquidación del régimen económico-matrimonial, lo que además, genera la obligación de determinar cuál es el juez competente (79). Aunque estemos ante procedimientos de jurisdicción voluntaria, no podemos olvidar que tales acuerdos no eximen de forma perpetua de posteriores pleitos que obliguen a la intervención judicial (80).

Pues bien, si la implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario no supone una gran descarga de trabajo, por el escaso número de procedimientos que se sustancian ante el Juez y por las pocas actuaciones que los mismos generan, y a su vez, tampoco evita la judicialización posterior del procedimiento, entonces no entendemos cuál es la virtualidad de la medida. En este contexto, no consideramos que se trate de una solución que aporte beneficio alguno al panorama actual. Quizá desde un planteamiento más amplio de reforma de la jurisdicción voluntaria, que se está abordando en la actualidad, puedan justificarse, desde un punto de vista conceptual, esta y otras medidas de atribución de procedimientos no contenciosos a funcionarios no judiciales. Sin embargo, la atribución de esta competencia a los notarios para descongestionar la Administración de Justicia no parece estar justificada.

A lo anterior debemos unir el hecho de que, aunque desde los poderes públicos no se ha precisado si la competencia se atribuye con carácter exclusivo o no a los notarios, la mayoría de la doctrina no se atreve a proclamar esta solución y recomienda que se comparta con los jueces. Tradicionalmente, se ha sostenido la solución contraria: RODRÍGUEZ ADRADOS entiende que la competencia debe ser compartida por respeto al principio de justicia gratuita (81). Tal opción justifica menos, si cabe, la reforma, por cuanto se estaría en contradicción con el objetivo último de agilización. Es más, la consideración de los elevados costes notariales, equivocada o no, provocaría que la mayoría de los ciudadanos optasen por la vía judicial. Para que se trate de una opción real, deberían establecerse costes similares en ambas vías, si no se quiere configurar dos caminos separados, uno más ágil y caro y otro menos ágil y más barato, y con ello dar la razón a argumentos relativos a la privatización de la Justicia o similares.

Por todo lo anterior, no consideramos acertada la implantación de esta medida. No obstante, en el caso de que se decidiese lo contrario, entendemos que debe tratarse de una competencia exclusiva de los notarios, que deje abierta la vía judicial para posteriores recursos e impugnaciones. Solamente se podrá

(79) AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, págs. 3-9.

(80) BUENDÍA CÁNOVAS, A., «Medidas anunciadas por el ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, Sección Tribuna, 7 de marzo de 2012, año XXXIII. Ed. La Ley, pág. 4.

(81) RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Borrador para un Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria», referido en GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *op. cit.*, págs. 153-154.

acudir al notario cuando el matrimonio no tenga hijos menores o incapacitados. Además, no obstante, la intervención notarial para asesorar a los cónyuges y para otorgar la escritura pública de divorcio, consideramos que se debe establecer la correlativa intervención de los abogados, con fines de asesoramiento y defensa de los cónyuges, por las razones ya apuntadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», en *Diario La Ley*, núm. 7837, Sección Doctrina, 13 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- BARONA VILAR, S.: «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar* (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N.), COLEX, Madrid, 2010.
- BAUTISTA LÓPEZ, J.: «El divorcio ante notario», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, Pamplona, 2012.
- BELLOCH JULBE, J. F.: «Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, vol. I, Madrid, 1992.
- BUENDÍA CÁNOVAS, A.: «Medidas anunciadas por el ministro Ruiz-Gallardón para agilizar la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, núm. 7813, Sección Tribuna, 7 de marzo de 2012, año XXXIII. Ed. La Ley.
- CAM CARRANZA, G.: «Separación convencional y divorcio ulterior en vía notarial y municipal», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- CAMPO GÜERRI, M. A.: «La competencia notarial en asuntos no contenciosos», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 10, extraordinario 2010, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.
- CARRETERO MORALES, E.: «Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje*, núm. 1, 2011. www.riedpa.com.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *Notarius International*, vol. 5, 2000.
- «El divorcio ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, 2012.
- «El divorcio en Europa», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto de 2006, Colegio Notarial de Madrid, 2006.
- CAVALLÉ CRUZ, A.: «Viabilidad del divorcio de mutuo acuerdo ante notario», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid, 2012.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Matrimonio no formalizado y divorcio notarial en Cuba: un propuesta de futuro para España», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre de 2011.

- *El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)*, en la página <http://www.uned.es/dpto-dcivil/IDADFE/divnot/CERDEIRADivnotl-Quadconc.pdf>
- *Conclusiones sobre las reformas del Derecho de Familia*, II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 23-25 de noviembre de 2005, punto 3.2, pág. 3. Se puede encontrar en www.poderjudicial.es
- CUVILLO CONTRERAS, I.: «La negociación y la mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, Sección a fondo, 1-15 de enero de 2010, tomo 1, Ed. La Ley.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo en relación con la solicitud de recurso de inconstitucionalidad del artículo 92 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio*, pág. 4. Se puede encontrar en www.defensordelpueblo.es
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ, T. R. y SÁINZ MORENO, F.: *El Notariado, la función notarial y las garantías constitucionales*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 32-33.
- GARRIDO TUNDIDOR, C. M.: «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 69, primer trimestre de 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- GOMÁ LANZÓN, I.: «Notarios, matrimonios y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril de 2012, Colegio Notarial de Madrid.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992, Junta de Decanos de Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho Notarial*, Ed. Reus, Madrid, 1948.
- LASHERAS HERRERO, P.: «Mediación familiar intraprocésal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 5, diciembre de 2007.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, II, abril-junio de 2009, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- LÓPEZ DEL CARRIL, L. M.: «Los divorcios express», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- LÓPEZ JARA, M.: «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, Sección Doctrina, 14 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- LUQUIN BERGARECHE, R.: «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación de conflictos familiares», en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

- MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍN PASTOR, J.: «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012 (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7862, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- MORENO CATENA, V.: *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord.: ESCRIBANO MORA, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Derecho Notarial», en *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid, 1986.
- OTERO PARGA, M.: «Los modelos teóricos de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una sociedad emergente* (SOTELO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, coord.), Ed Tecnos, Madrid, 2007.
- PALLAUD, H.: «Divorcio por mutuo acuerdo, propuesta de desjudicialización en Francia», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.
- PÉREZ GALLARDO, L. B.: «Un fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 27, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2009.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1980, Madrid, 1980.
- «Jurisdicción Civil y Notariado», en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.
- SOTELO MUÑOZ, H.: «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. La Ley.
- TOMÉ TAMAME, J. C.: «Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: causas, requisitos e iter procedimental», en *Noticias Jurídicas*, junio 2003.
- TORRES ESCÁMEZ, S.: «La mediación como sistema de solución de conflictos», en *La reforma de la justicia preventiva*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (dir.: MARTÍN ROMERO, J. C.), Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- ZÁRATE DEL PINO, J. B.: «La separación convencional y el divorcio ulterior en Municipalidades y Notarías: una alternativa», en *El Divorcio notarial* (CAM CARRANZA, G.; ZÁRATE DEL PINO, J. B. y PÉREZ GALLARDO, L. B.), Arco Legal Editores, Gaceta Notarial, Perú, 2008.

RESUMEN

*DIVORCIO MUTUO ACUERDO
DIVORCIO NOTARIAL
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*

En los últimos tiempos, las necesidades de agilización de la Justicia han

ABSTRACT

*UNCONTESTED DIVORCE
DIVORCE CONDUCTED BY NOTARY
VOLUNTARY JURISDICTION*

In recent times it has become clear that the justice system is choked with backlog.

propiciado una serie de propuestas lege ferenda destinadas a la desjudicialización de algunos procesos. En especial, de aquellos procesos en los que se observa una ausencia del principio contradictorio, encuadrables dentro de lo que se denomina la jurisdicción voluntaria. En este sentido, desde instancias políticas, se ha propuesto la atribución a los notarios de la competencia de los divorcios por mutuo acuerdo. Se trata de una solución que ya se ha implantado en otros países, principalmente del ámbito iberoamericano.

En este trabajo se hace un análisis de estas regulaciones con el fin de conocer las diversas opciones existentes y la posibilidad de su establecimiento en nuestro Derecho. Además, se estudian las implicaciones que la competencia notarial tiene respecto de algunas cuestiones de Derecho Sustantivo: la constitucionalidad de la medida, la posibilidad de su implantación cuando haya hijos menores o incapacitados —lo que afecta a la posible competencia del Ministerio Fiscal—, la consideración de la labor notarial como un supuesto de mediación, a la luz de la nueva regulación sobre esta materia; y, en fin, la concurrencia del Notariado y de la abogacía en los procedimientos de divorcio por mutuo acuerdo.

Con todo ello, se pretende formar la opinión final sobre la virtualidad y beneficios que la implantación del divorcio notarial, por mutuo acuerdo, produciría en el Derecho español, tanto por razones de economía procesal y agilización de la Administración de Justicia como por motivos de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía.

The need to break through has favoured a series of de lege ferenda proposals aiming to de-judicialize certain kinds of proceedings, especially proceedings to which the adversarial process does not pertain. Proceedings of this type may be classified as belonging to what is termed «voluntary jurisdiction». In this sense, political authorities have proposed vesting notaries with the competence to conduct proceedings in uncontested divorces. The solution is one that has already been introduced in other countries, especially in Latin America.

Notarial divorce regulations are analyzed to ascertain what the various options are and whether or not notarial divorce can be established in Spanish legislation. The implications that notarial competence has with respect to some issues of substantive law are looked into: the constitutionality of the measure, the possibility of employing it when there are underage or incapacitated children involved (cases that might impinge on the public prosecutor's powers), the consideration of the notary's task as one of mediation in the light of the new mediation regulation and the concurrence of notaries and attorneys in uncontested divorce proceedings.

If uncontested divorce via notary were to be introduced, how effective could it be under Spanish law? What benefits would it bring in terms of economizing time and cost of procedure and in terms of the protection of citizens' rights and interests? A final opinion on the matter is offered.

(Trabajo recibido el 12-7-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 25-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Lugo, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*. SOCIEDAD CIVIL: PERSONALIDAD JURÍDICA.

Las inmatriculaciones por título público requieren que los títulos no hayan sido creados *ad hoc*. El Registrador podrá llegar a esta conclusión sobre la base de indicios diversos, tales como la proximidad de fechas, la gratuidad fiscal, el hecho de que al final termine siendo titular la misma persona... *Obiter dicta* el Centro Directivo, considerando los antecedentes legislativos de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, recupera la doctrina que en su momento sentó la Resolución de 31 de marzo de 1997, y entiende que solo tiene personalidad jurídica la sociedad civil que se inscribe en el Registro Mercantil.

Resolución de 26-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Madrid, número 45

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

En un caso de sucesión hereditaria de una persona fallecida con vecindad australiana, procede aplicar lo establecido en el artículo 36 del Reglamento Hipo-

tecario respecto a la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, sin que una genérica aseveración del notario respecto a que conoce el Derecho australiano sea suficiente para tal acreditación.

Resolución de 27-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Valladolid, número 6

CONDICIÓN RESOLUTORIA: PRESCRIPCIÓN.

Según ha confirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Centro Directivo, el plazo de prescripción para que pueda operar la cancelación de una condición resolutoria en los términos del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, es el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil.

Resolución de 28-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Castellón de la Plana, número 3

HIPOTECA EN FAVOR DE SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Las sociedades de garantía recíproca no tienen *per se* la condición de establecimientos financieros de crédito y, por tanto, no están incluidas entre las entidades a favor de las cuales se puede constituir la hipoteca regulada en el artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria. Cabe señalar que existen, entre otras, en la legislación vigente, tres clases de hipotecas de máximo: las que se constituyen en garantía de obligación futura (arts. 142 y 143 de la LH y 238 del RH); las hipotecas en garantía del saldo de apertura de cuenta corriente de crédito (art. 153 de la LH) y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria. Puede constituirse una hipoteca en garantía de un contrato de fianza de obligaciones futuras, acogiéndose al régimen de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, pero haciendo constar en la escritura todos los extremos previstos en dichos preceptos y en el artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 28-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Madrid, número 38

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN.

Señala el Centro Directivo que para la inscripción de un expediente de dominio de inmatriculación, no cabe duda de que existe un obstáculo que surge del Registro, y este obstáculo es otra finca que se halla inscrita. Ya en la certificación que expidió la registradora para la iniciación del expediente, se expresaba que se dudaba que la finca fuera esta otra. Pues bien, tal duda se ha visto deshecha en sentido positivo, al constar de la documentación obrante en el Registro un escrito de la Gerencia Regional del Catastro, expresivo de que la finca que ostenta el número de identificación catastral que se adujo en el ex-

pediente es la finca expresada. En consecuencia, si se produjera ahora la inmatriculación, se produciría una doble inmatriculación, proscrita por la legislación hipotecaria.

Resolución de 29-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Benidorm

PROYECTO DE REPARCELACIÓN: APROBACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

La aprobación de un proyecto de reparcelación por silencio administrativo, siendo posible en los términos del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 requiere, para que pueda tener acceso al Registro, dos requisitos: que se acredite por documento auténtico que en efecto se ha producido el silencio positivo, y que de la documentación presentada resulte de modo indubitado que la operación en cuestión no contradice el planeamiento, pues así lo impone la doctrina legal resultante de la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009.

Resolución de 30-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Benissa

USUFRUCTO GANANCIAL: EXTINCIÓN.

Una cosa es la titularidad del usufructo y otra distinta la vida sobre la cual se establece su duración cuando tal derecho es de carácter vitalicio. En el presente supuesto, de la escritura de constitución se deduce con claridad que, a pesar de ser el usufructo ganancial, la vida cuya duración sirve como término al usufructo es la del ahora fallecido; y tal conclusión se refuerza aún más si se tiene en cuenta que en la cláusula anterior existe, entre otros familiares, una donación con reserva del usufructo, diciéndose expresamente que tal usufructo se consolidará con la nuda propiedad al fallecimiento del último de los usufructuarios. En definitiva, ocurre algo similar al supuesto en que, cuando constituido un derecho de usufructo vitalicio, su titular lo enajena: será una persona la titular del usufructo y otra la que, con la duración de su vida, produce la continuación o extinción del derecho.

Resolución de 30-6-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Madrid, número 29

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA NO FIRME.

Una sentencia que no es firme, por la que se declara la nulidad de una inscripción, es susceptible de anotación, pero será necesario que el procedimiento esté dirigido contra el titular registral de la finca.

Resolución de 2-7-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Briviesca

CONSORCIOS FORESTALES: TÍTULO FORMAL.

La pretensión del recurrente ha de ser desestimada. La función de la inmatriculación es el acceso al Registro de una finca que no está inscrita, y cuya primera inscripción debe ser de dominio (cfr. art. 7 de la LH) y la reanudación del tracto tiene por objeto la concatenación del dominio interrumpido; pero el auto que declara el dominio no es título suficiente para la inscripción del derecho de vuelo como consecuencia de un consorcio forestal. Precisamente por ello, el Juez no ordena tal inscripción. Para la misma, según el artículo 11.5 de la Ley de Montes de 1957, declarado vigente a este efecto por la Disposición Adicional primera de la Ley de Montes de 2003, es necesario el título que, sin duda, debe existir, y es la escritura pública en la que se constituyó el consorcio forestal.

Resolución de 3-7-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Torrox

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD Y SEGURO DECENAL.

Las inscripciones de obras nuevas realizadas conforme a lo previsto en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo, precisan, en los supuestos por dicha Ley previstos, y como requisito para su extensión, la previa justificación de la contratación de un seguro de daños o caución que cubra los daños causados por vicios o defectos estructurales del edificio, siendo el plazo por el que se habrá de constituir la garantía en el que en el momento de la declaración de obra nueva reste para cumplir los diez años contados desde la recepción de la obra. Para poder aplicar la excepción del autopromotor de una única vivienda unifamiliar destinada a su uso propio, deben cumplirse estrictamente estos requisitos.

Resolución de 4-7-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro de Santa Fe, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESO DE CABIDA.

En el presente caso, se ha seguido un expediente de dominio de exceso de cabida para realizar operaciones de segregación y agregación que modifican la identidad de las fincas de que se trata, por lo que no resulta congruente un expediente de dominio de exceso de cabida, que no es más que la rectificación de la cabida de una finca erróneamente realizada sin cambiar la identidad de los contornos de la finca, para la modificación de entidades hipotecarias que se pretende, existiendo además obstáculos del Registro, pues este se lleva por fincas, cada una con su propia individualización (cfr. arts. 8.1 y 243 de la LH), sin que los traslados de superficie de unas fincas a otras estén previstos como

objeto de un expediente de dominio de exceso de cabida, pues en este se debe mantener la identidad de las fincas, por no ser el procedimiento adecuado para la modificación de entidades hipotecarias, que es un concepto distinto del exceso de cabida.

Resolución de 5-7-2012

(BOE 18-9-2012)

Registro de Elche, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: DOCTRINA DEL TRASVASE DE PRIORIDAD.

Inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad, se consuma la virtualidad de la anotación, de ahí que el artículo 206.2 del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (art. 71 de la LH), no solo no se liberan de aquella restricción, sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas. Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquel, conforme a los artículos 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1, 17, 40, 79, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 175.2 y 233 de su Reglamento. Y no obsta a esta conclusión el hecho de que se hayan practicado anotaciones de prórroga posteriores a la inscripción de la adjudicación, pues la prórroga del plazo de vigencia de la anotación no afecta a su prioridad, conforme a las anteriores consideraciones. Todo ello sin prejuzgar lo que habría de hacerse con las nuevas anotaciones practicadas en virtud de la nueva titularidad registral.

Resolución de 5-7-2012

(BOE 18-9-2012)

Registro de León, número 2

OBRA NUEVA ANTIGUA: LICENCIA PRIMERA OCUPACIÓN.

Existiendo una obra nueva inscrita en construcción desde 2003, y aportada acta de fin de obra a la que se incorpora certificación técnica acreditativa de que la misma se terminó igualmente en 2003, debe aplicarse el régimen prevenido en el punto cuarto del artículo 20 de la Ley del Suelo, en lugar de lo señalado en el apartado primero, y por tanto no cabe exigir la licencia de primera ocupación.

Resolución de 6-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro de Torrijos

FINCA REGISTRAL: NÚMERO DE POLICÍA.

El cambio de número de policía de una finca puede llevarse a cabo por la simple solicitud de alguno de los titulares registrales (sin necesidad de que lo pidan los demás), siempre que se aporte el documento acreditativo (certificación del ayuntamiento, certificación catastral) y que no resulten dudas respecto a la identidad de la finca.

Resolución de 6-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro de Villanova y la Geltrú, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJECUCIÓN.

El ejercicio de la facultad resolutoria que corresponde al vendedor, cuando la misma está asegurada con condición inscrita, le permite recuperar la titularidad de la finca en el estado en que se hallaba al inscribir tal condición. Consecuentemente debe procederse a cancelar los asientos posteriores, pero siempre que se cumpla con dos requisitos que deben resultar cumplidos a tenor del testimonio de la sentencia: que los titulares de cargas posteriores han sido oportunamente citados en el procedimiento, y que se ha consignado el importe del precio, sin perjuicio de los efectos de la eventual cláusula penal debidamente moderada por la decisión judicial.

Resolución de 7-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro de Luarca

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige, por un lado, que este carácter sea indubitado y, por otro, que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada, bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (vid. arts. 109, 130 y 142 de la LC), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año. Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador, dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que

deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

Resolución de 7-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro de Toledo, número 1

CONVENIO REGULADOR: ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Nada obsta a inscribir la adjudicación de la vivienda familiar que los cónyuges habían adquirido *pro indiviso* con anterioridad al matrimonio, pactada en el convenio regulador, toda vez que se trata de la vivienda familiar, existiendo las dos causas, onerosa y familiar, anteriormente expresadas, perfectamente compatibles con el contenido de un convenio regulador aprobado judicialmente, que por ello es título hábil para la inscripción.

Resolución de 9-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN.

Para poder inscribir la liquidación parcial de una sociedad de gananciales es imprescindible que se acredite la causa de la disolución de la misma, teniendo en cuenta los especiales requisitos de forma y publicidad de las capitulaciones matrimoniales.

Resolución de 10-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Albacete, número 4

MEDIOS DE PAGO.

Las manifestaciones y constancia documental de los medios de pago empleados, exigidas tanto por los artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, como por los artículos 24 de la Ley del Notariado y 177 de su Reglamento, aparecen referidas, en todo caso, a los pagos realizados en el momento del otorgamiento de la correspondiente escritura pública o con anterioridad al mismo, pero no se refieren, en ningún caso, a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquel otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros correspondientes a la parte del precio aplazado.

Resolución de 10-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Tarragona, número 1

FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

El acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el que es objeto del correspondiente acto, negocio jurídico o hecho inscribible.

Resolución de 11-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Burgos, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL.

La inscripción de una venta de un departamento de un edificio en propiedad horizontal requiere que, con carácter previo, figure inscrita la división horizontal de ese concreto piso.

Resolución de 11-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Madrid, número 24

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS QUE HAN DE SER TENIDOS EN CUENTA POR EL REGISTRADOR.

Los documentos que se deben tener en cuenta a la hora de revisar si la calificación ha sido o no correcta, son exclusivamente los aportados al registrador al tiempo de realizarla, y no los que se presentan en un momento posterior, como, por ejemplo, los que se aportan al registrador que lleva a cabo la calificación sustitutoria. La prestación del consentimiento necesario para un determinado acto puede entenderse producida, según las circunstancias, por la simple comparecencia en el otorgamiento de la escritura, o de la utilización de expresiones que impliquen dicha prestación de consentimiento.

Resolución de 12-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Aguilar de la Frontera

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO.

En caso de que la finca no se halle inmatriculada y no se reúnan los requisitos para su inmatriculación, cabe solicitar anotación preventiva en los términos previstos en el artículo 20.3 de la Ley Hipotecaria, siempre que no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca y su posible coincidencia con otra ya inscrita.

Resolución de 12-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de El Rosario

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo recogidos en los artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria, obligan a denegar la práctica de asientos sobre una finca derivados de un título que, cuando se presenta en el Registro, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella que otorga el título presentado. En este sentido, resulta imprescindible, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, que previamente haya sido inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos (vid. párrafo primero del art. 20 de la LH).

Resolución de 12-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Santa Cruz de Tenerife, número 4

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO.

El recurso gubernativo no es el medio adecuado para solicitar la rectificación de determinadas expresiones contenidas en una inscripción.

Resolución de 13-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Huelva, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo recogidos en los artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria, obligan a denegar la práctica de asientos sobre una finca derivados de un título que, cuando se presenta en el Registro, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella que otorga el título presentado. En este sentido, resulta imprescindible, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, que previamente haya sido inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos (vid. párrafo primero del art. 20 de la LH). Frente a ello no pueden ser estimadas las alegaciones del recurrente relativas a que la titularidad registral de la finca vendida y de otras no se corresponde con la realidad extrarregistral.

Resolución de 13-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Lepe

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es posible inscribir una resolución judicial que declara la nulidad de un título inscrito, cuando la finca en cuestión ha pasado a ser titularidad de terceras personas a través de diferentes segregaciones y ventas, personas que no han intervenido en el procedimiento, considerando que, aunque se practicó anotación de demanda, esta se encuentra actualmente caducada. Tampoco cabe hacer constar tal nulidad en relación con la finca matriz original ya extinguida, porque el Registro solo publica actos con trascendencia real actual, amén de que se produciría una confusión contraria a la función de publicidad propia de la Institución Registral.

Resolución de 13-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Roquetas de Mar, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA. PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se puede despachar un mandamiento de anotación preventiva de querella por falsedad y estafa contra el presidente de una comunidad de propietarios en propiedad horizontal, por haber aportado una certificación falsa de un acuerdo de la que resulta facultado por unanimidad para determinados actos con trascendencia registral. Y ello porque tiene trascendencia registral, y no resulta necesario demandar a todos los propietarios de los elementos privativos, bastando extender la anotación en la inscripción general del edificio.

Resolución de 14-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Casas Ibáñez

VIVIENDAS PROTEGIDAS: REQUISITOS PARA SU TRANSMISIÓN.

En aquellos casos en los que la norma exija la obtención de visado como requisito previo para la autorización de escrituras en que se formalicen segundas o posteriores transmisiones, la inscripción de las mismas precisa acreditar que dicho visado ha sido obtenido, en cuanto la exigencia de que exista dicho acto administrativo habilitante se integra dentro del conjunto de limitaciones con plena eficacia normativa, aun cuando no resulten del Registro.

Resolución de 14-7-2012
(BOE 28-9-2012)
Registro de Sevilla, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: IMPROCEDENCIA.

El artículo 420 del Reglamento establece que no debe extenderse asiento de presentación de los documentos privados (como lo son las instancias privadas y las fotocopias de documentos judiciales, que, además, no conceden lo solicitado) salvo en los casos en que tienen alguna eficacia registral, lo cual no es el supuesto de la anotación preventiva de demanda, la cual debe ser ordenada por el juez competente, ni de los demás documentos que no pueden provocar operación registral alguna, como son los que en este recurso se examinan. Frente a esta decisión del registrador cabe interponer recurso gubernativo o judicial en los mismos términos que frente a la calificación negativa.

Resolución de 16-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Melilla

DOCUMENTO JUDICIAL: PRESENTACIÓN EN FORMA ELECTRÓNICA.

Se considera que los documentos presentados, a que se refiere el presente recurso, no pueden tener la consideración de documentos auténticos a los efectos establecidos por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento, al no ser documentos electrónicos firmados con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 18/2011, ni copias auténticas en soporte papel de documentos electrónicos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 28 del mismo cuerpo legal, ya que no están dotados de un código de verificación que permita contrastar su autenticidad, ni, aun considerado hipotéticamente el sistema Lexnet como un entorno cerrado de comunicaciones, podrían los documentos extraídos del mismo imponerse como documentos auténticos a los efectos de producir la inscripción registral, dado que los efectos de garantía y autenticidad que dichos entornos proporcionan se producen exclusivamente entre las administraciones partícipes en los mismos.

Resolución de 16-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Casas Ibáñez

CONDICIÓN RESOLUTORIA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Resultando que el titular actual de la finca es aquel contra el que se ha seguido el procedimiento judicial, no puede exigirse, para la inscripción de la sentencia, la intervención en el procedimiento de aquellos que, sin ostentar actualmente derecho alguno sobre la finca, hubieran sido en el tiempo intermedio entre el incumplimiento de la condición no inscrita y la sustanciación del procedimiento judicial entablado, titulares registrales de la finca afectada por el litigio. Ello es así porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la

Ley Hipotecaria, las inscripciones —y por tanto sus efectos legitimadores— se extinguen, no solo por la cancelación, sino también por la inscripción de transferencia del dominio a favor de otra persona. Además no cabe entender que el registrador pueda calificar el fondo de la resolución judicial ni los trámites procesales en cuanto no afectan para nada a titulares registrales vigentes. Ni siquiera los asientos intermedios van a ser objeto de cancelación, pues lo único que se pretende, y ningún obstáculo registral lo impide, es la reinscripción a favor del transmitente en procedimiento dirigido contra él que es el actual titular registral del inmueble.

Resolución de 17-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Mondoñedo

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO.

La inmatriculación por título público exige la presentación en el Registro, no solo del título traslativo que va a provocar la inscripción, sino también del antetítulo, también público, que supuso la adquisición por el ahora transmitente.

Resolución de 17-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Torrent, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

Es cierto que con la inscripción de la condición resolutoria explícita se confiere eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato y se evita la no afectación a terceros que por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria harían inoperante ese juego resolutorio. Ahora bien, de estas consideraciones no puede concluirse que la resolución de la compraventa dictada, bien en pleito entablado contra uno de los contratantes, permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Por el contrario, es necesario tener en cuenta: *a)* que los efectos de la transacción se concretan a las partes contratantes; *b)* que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; *c)* que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; *d)* que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda; y *e)* que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser tenidos en cuenta en la transacción y deben dar su conformidad a la misma.

Resolución de 18-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Villafranca del Bierzo

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN.

Los fideicomisarios pueden permanecer sin hacer la partición y sin establecer cuotas indivisas sobre cada bien entre ellos hasta que se produzca el tránsito a su favor, exigiendo únicamente el artículo 82 del Reglamento Hipotecario que en la inscripción que se haga a nombre del fiduciario se haga constar la cláusula de sustitución. La constancia de la cláusula de sustitución ha de ser conforme con lo que resulte del testamento y en la proporción en que sean nombrados respecto al patrimonio hereditario. Solo cuando los bienes pasen al fideicomisario, se prevé en el párrafo segundo de dicho artículo 82 que «se practicará la inscripción» a favor de los fideicomisarios, en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar. En este otro momento, la cláusula de sustitución se hace efectiva y es cuando será necesario que si pretenden obtener la inscripción hagan la partición de los bienes o formen una comunidad indivisa con señalamiento de cuotas concretas para cada uno conforme al artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario. Hasta entonces los fideicomisarios permanecen con la titularidad que resulte de la cláusula del testamento y en la proporción que señale este respecto a la herencia, sin necesidad de anticipar la inscripción de su derecho sobre bienes concretos o cuotas indivisas de los mismos.

Resoluciones de 18, 26 y 27-7-2012
(BOE 3 y 5-10-2012)
Registro de Colmenar Viejo, número 1, Las Rozas de Madrid, número 2 y Madrid, número 37

HIPOTECA EN FAVOR DE SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Las sociedades de garantía recíproca no tienen *per se* la condición de establecimientos financieros de crédito y, por tanto, no están incluidas entre las entidades a favor de las cuales se puede constituir la hipoteca regulada en el artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria. Cabe señalar que existen, entre otras, en la legislación vigente, tres clases de hipotecas de máximo: las que se constituyen en garantía de obligación futura (arts. 142 y 143 de la LH y 238 del RH); las hipotecas en garantía del saldo de apertura de cuenta corriente de crédito (art. 153 de la LH) y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Puede constituirse una hipoteca en garantía de un contrato de fianza de obligaciones futuras acogiéndose al régimen de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, pero haciendo constar en la escritura todos los extremos previstos en dichos preceptos y en el 238 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 19-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Almagro

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Resolución de 3 de diciembre de 2010) conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, aun partiendo del principio general de publicidad, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 16 de junio de 1990 y de 7 de junio de 2001). Este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el art. 221.2 de la LH presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del art. 332 del RH), y legítimo (cfr. art. 332.3 del RH). No basta con que el interés no afecte a los datos sensibles objeto de protección, como dice el solicitante, sino que debe tener otras características que no son las aducidas por él.

Resolución de 19-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Fuengirola, número 1

SUBROGACIÓN DE HIPOTECA DESPUÉS DE VENCIDO EL PLAZO DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA.

Si bien la fijación de la fecha de vencimiento del préstamo hipotecario constituye un requisito esencial para la delimitación específica del contenido del derecho real de hipoteca de acuerdo con el principio registral de determinación (art. 12 de la LH), la llegada de esta fecha no supone la extinción del derecho constituido sino que, muy al contrario, fija el momento de su exigibilidad (art. 1125 del CC), el nacimiento de la acción para hacer efectiva la obligación garantizada y, por ende, el instante a partir del cual comienza a contar el plazo de veinte años establecido para su prescripción (arts. 1964 y 1969 del CC). Por ello no hay obstáculo para que se produzca la subrogación en la titularidad del crédito hipotecario a favor de un tercero que ha pagado la obligación con el consentimiento del deudor, y sin que para la inscripción en el Registro sea preciso el consentimiento de los titulares de cargas posteriores a la hipoteca inscrita.

Resolución de 20-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de Barbate

PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO: DACIÓN EN PAGO.

Como dijo la ya mencionada Resolución de 18 de octubre de 1994, el Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor. Pues bien, este es precisamente el objetivo que subyace en una escritura por la que una sociedad que reconoce una deuda a favor de otra, cede en pago de la misma una finca, pero sujetando dicha cesión a la condición suspensiva de que la referida deuda no sea satisfecha a su vencimiento, todavía no producido.

Resolución de 20-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro de San Martín de Valdeiglesias

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES CUANDO LA ANOTACIÓN DE EMBARGO HA CADUCADO.

Si al tiempo de presentarse el auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación hubiera ya caducado la anotación de embargo, no es posible cancelar los asientos posteriores a la misma, puesto que la caducidad es automática y sus efectos se producen *ex tunc*.

Resolución de 21-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Murcia, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: NO A TRAVÉS DEL RECURSO GUBERNATIVO.

El recurso solo cabe contra la suspensión o denegación de un asiento, habiendo declarado este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos» de la presente) que, practicado el asiento, queda bajo la salvaguardia de los tribunales [cfr. art. 1.3.o) de la LH]; que tampoco puede interponerse recurso gubernativo sobre la forma de inscripción, pues los interesados cuentan con el procedimiento de rectificación y, además, con la posibilidad de solicitar previamente minuta de la inscripción, conforme al artículo 258.3 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 29-12-2004), y que no cabe rectificación de la inscripción ya hecha, debiendo entonces acudir al procedimiento de rectificación de errores regulado en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y que la procedencia o improcedencia de determinada particularidad de una inscripción no es posible dilucidarla en un recurso gubernativo, aunque cabría solicitar la rectificación del Registro y, ante la negativa, recurrir la misma (Resolución de 11-12-2002).

Resolución de 23-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Salamanca, número 2

SEGREGACIÓN DE FINCAS: DERECHO INTERTEMPORAL APLICABLE A ESCRITURAS OTORGADAS BAJO UNA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA VIGENTE CUANDO SE SOLICITA LA INSCRIPCIÓN.

La Resolución de este Centro Directivo, de fecha 27 de enero de 2012, resuelve un supuesto parecido al aquí planteado, sobre la consideración de que la segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral, y entendiendo que, por tanto, y dado tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

Resolución de 24-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Sanlúcar de Barrameda

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

No cabe denegar la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para reanudación del tracto interrumpido, cuando la única razón alegada por la registradora para entender no interrumpido realmente el tracto, es la alusión a una escritura presentada a diario en 2003, bajo un asiento por tanto ya caducado, escritura que, por otro lado, no justifica la negativa a la inscripción.

Resolución de 25-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Muros

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS INSTRUMENTALES.

Admitido que la partición de herencia y la disolución de comunidad constituyen títulos aptos para la inmatriculación, en el caso concreto se considera que se trata de títulos creados *ad hoc*, considerando la simultaneidad de los mismos y su carácter circular.

Resolución de 25-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Murcia, número 7

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. EXPEDIENTE DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS INTESADOS: COMPETENCIAS DEL SECRETARIO JUDICIAL.

Respecto a la competencia del registrador para calificar la forma que ha de revestir y la autoridad judicial que ha de firmar la resolución por la que se de-

claran herederos abintestato de un determinado causante, este Centro Directivo ha venido sosteniendo (cfr. Resolución de 17 de julio de 1989) que el Reglamento Hipotecario en su artículo 100, al fijar los límites de la función calificadora respecto de los documentos judiciales, incluye expresamente la competencia del Juzgado o Tribunal que ordena la práctica del asiento, por lo que el registrador tiene no ya la facultad sino también la obligación de examinar este extremo, debiendo limitarse este examen registral de la competencia del Juzgado o Tribunal a aquellos aspectos competenciales apreciables de oficio por el órgano jurisdiccional como son la falta de jurisdicción o la falta de competencia objetiva o funcional. El artículo 456.2 de la LOPJ reconoce competencias a los secretarios judiciales en materia de jurisdicción voluntaria, pero el propio precepto matiza que tendrán dicha competencia «cuando las leyes procesales expresamente así lo prevean». En relación con los expedientes de declaración de herederos abintestato, no existe esta previsión legal, con lo que la resolución de los mismos seguirá atribuida a los jueces.

Resolución de 26-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Olot

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL: VALOR DE TASACIÓN.

No puede inscribirse la cláusula por la que se pacta el procedimiento extrajudicial si no queda suficientemente claro cuál es el valor de tasación a efectos de subasta, y que el mismo no difiere del previsto para el procedimiento de ejecución directa.

Resolución de 27-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Jávea, número 1

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES DE PAÍSES COMUNITARIOS AL AMPARO DEL REGLAMENTO 2201/2003 DEL CONSEJO.

El Reglamento 2201/2003 del Consejo (Bruselas II BIS) ha establecido en materia de divorcio, nulidad o separación matrimonial, el sistema de reconocimiento directo, que permite invocar directamente la resolución judicial extranjera ante el registrador español, sin necesidad de un procedimiento previo de reconocimiento a título principal, que es sustituido por el control incidental por parte del mismo registrador, en virtud del cual deberá determinar con carácter previo a autorizar el acceso al Registro español de la resolución extranjera si esta reúne los requisitos necesario para ser reconocida en España (requisitos externos, formales o de autenticidad, y requisitos internos relativos a la no concurrencia de los motivos de denegación. La integración del control incidental de la resolución extranjera, dentro de la calificación o juicio de legalidad que realiza el Registrador, supone que este deberá realizar tres operaciones sucesivas: primero, verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, en este caso en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en

materia matrimonial y de responsabilidad parental, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza; segunda, verificar que con arreglo a la normativa comunitaria, la resolución extranjera puede ser reconocida y desplegar efectos en España como tal resolución judicial; y, tercero, determinar si, con arreglo a la legislación registral española, aquella resolución extranjera puede acceder a los libros del Registro. Y todo ello de forma que no se anule el efecto útil de los Reglamentos comunitarios, entendiendo por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable. Ahora bien, el citado Reglamento no comprende en su ámbito las consecuencias patrimoniales de las sentencias de divorcio, por lo que en cuanto a estos extremos seguirá siendo preciso el *exequatur* previsto en la LEC de 1881. Y una vez obtenido el citado *exequatur*, debe cumplirse lo establecido en la legislación hipotecaria española para la inscripción del documento en cuestión.

Resolución de 28-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Cartagena, número 1

ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL: AMPLIACIÓN.

No puede pretenderse, en el caso de los procedimientos de apremio derivados de deudas a la Seguridad Social, que a través de una ampliación de un embargo por débitos de vencimiento posterior a los primitivamente anotados y que han motivado nuevas providencias de apremio, se obtenga la práctica de un nuevo asiento con el mismo rango que correspondía a la anotación inicial. El Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece una regulación clara al respecto que se distancia de la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. arts. 610 y 613 de la LEC), ley que ni siquiera, aunque se considerase de aplicación supletoria a los procedimientos de recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social por serlo a los de recaudación de la Hacienda Pública (Disposición Final primera del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social y art. 7.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), sería aplicable en el supuesto de hecho planteado, dado que la existencia de regulación expresa contenida en el citado Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social excluye la necesidad de acudir a la aplicación supletoria de norma alguna.

Resolución de 30-7-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Santander, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y no puede pretenderse su cancelación sin el consentimiento de su titular o resolución judicial al efecto.

Resolución de 1-8 y 12-9-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Almodóvar del Campo

PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

En caso de que estemos en presencia de un testamento particional, cada heredero adquiere la propiedad de los bienes que se le adjudiquen desde que muere el causante (art. 1068 del CC). Pero para la plena virtualidad de la partición y, consecuentemente, para su acceso al Registro, debe aclararse si existen deudas hereditarias y la forma en que las mismas se han liquidado, porque antes es pagar que heredar. Por ello, será preciso la intervención de todos los coherederos aclarando tales extremos.

Resolución de 1-8-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de Fuenlabrada, número 4

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Como se señaló por este Centro Directivo en Resolución de 30 de marzo de 2000, en materia de alzamiento de bienes resolvió «la imposibilidad de acceder a las cancelaciones pretendidas, toda vez que el titular, según los asientos cuestionados, no ha sido parte en el procedimiento seguido, ni ha prestado su consentimiento, máxime cuando conforme al artículo 122 del Código Penal, el que por título lucrativo participa de los efectos de un delito queda obligado civilmente a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación, lo que permitía su llamada al proceso penal como responsable civil (cfr. arts. 11, 111, 112, 615, 620, 652 de la LEC) y, consiguientemente la eventual declaración de nulidad de la enajenación que motivó el delito perseguido con plenos efectos frente al titular registral (cfr. arts. 110 y 55 del Código Penal)».

Resolución de 1-8-2012
(BOE 5-10-2012)
Registro de A Estrada

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

A pesar de que el promotor del expediente alega haber adquirido del heredero del titular registral, se considera admisible la inscripción del expediente porque concurren circunstancias que impiden la identificación y localización de los herederos de dicho titular registral. Sin embargo, si la inscripción tiene menos de treinta años de antigüedad, es imprescindible acreditar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 2-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Jávea, número 1

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO.

La aportación de una finca a una sociedad en una operación de aumento de capital es antetítulo suficiente para la inmatriculación, aunque todavía no se halla inscrito en el Registro Mercantil. Si el Registrador alega dudas fundadas sobre la identidad de la finca, procede acudir al procedimiento previsto en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 2-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Corcubión

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA SUJETA A LA LEGISLACIÓN GALLEGA.

La exigencia de licencia de primera ocupación para la inscripción de una finalización de obra, prevista en el artículo 20 de la Ley del Suelo estatal, será requisito para la inscripción si, como ocurre en este caso, al tiempo de otorgarle la escritura existía una norma urbanística autonómica que sujetara a licencia el primer uso de una edificación. La capacitación del técnico certificante puede resultar acreditada por el mero hecho de que sea uno de los que ha dirigido la obra, o por el visado colegial correspondiente.

Resolución de 2-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Guadarrama

PATRIA POTESTAD: CONFLICTO DE INTERESES DEL CÓNYUGE VIUDO CON SU HIJO MENOR EN LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y PARTICIÓN DE HERENCIA.

No existe tal conflicto porque en relación a la vivienda, cuya inscripción se solicita, su determinación como bien ganancial proviene directamente de la atribución que de tal carácter se hizo en el acto adquisitivo y no de una presunción legal, y tampoco en las adjudicaciones verificadas, porque no existen adjudicaciones de bienes concretos a los interesados, sino cuotas indivisas de todos y cada uno de los bienes, suponiendo una mera transformación en romana de las cuotas que ostentaban en las comunidades gananciales y hereditarias preexistentes, de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo.

Resolución de 3-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de San Martín de Valdeiglesias

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No puede inscribirse una resolución judicial que atribuye la titularidad de una participación indivisa de una finca a una persona, si dicha resolución se ha dictado en un procedimiento en el que no ha sido parte el actual titular registral de la finca.

Resolución de 3-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Zamora, número 1

PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO: REVERSIÓN DE BIENES ENAJENADOS.

Según el artículo 39.4.a) del Real Decreto-ley 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, para que pueda tener efecto la reversión en el mismo prevista, es preciso acreditar que el acto administrativo que así la decreta ya no sea susceptible de recurso ordinario administrativo o judicial.

Resolución de 4-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Marbella, número 1

REINSCRIPCIÓN DEL DOMINIO A FAVOR DEL ANTERIOR TRANSMITENTE: REQUISITOS.

Cuando el primitivo transmitente del dominio pretende obtener nuevamente la inscripción del dominio a su favor, como ocurre en este caso, pueden darse varias causas según los supuestos. Con independencia de esas otras vías, cada una con sus requisitos y efectos, cuando por la mera declaración de alguna de las partes del negocio, aun con la comparecencia en la escritura de la otra parte, se expresan unos hechos a efectos de declarar la ineficacia de la escritura de transmisión anterior, ello no constituye causa jurídica adecuada y suficiente para la transmisión del dominio, pues no se trata de ningún supuesto de transmisión ni de resolución de contrato ni de nueva transmisión, sino un supuesto de declaración de ineficacia negocial de distinta naturaleza y efectos, y además, señalando unos hechos que no tienen suficiente precisión respecto a los datos que resultan del asiento cuyo título se pretende declarar ineficaz. Si realmente lo que se pretende en el documento no es la solicitud de reintegración del dominio o de inscripción del dominio, como literalmente se solicita, sino una rectificación del Registro, en tal caso, el principio de rogación y el de consentimiento causal, exigen que se solicite el asiento adecuado y sobre todo cumpliendo los requisitos de la cancelación, que son el consentimiento cancelatorio expreso y la causa expresa y coherente de la cancelación. Cuando una de las partes interviene por medio de apoderado, se requiere que el mismo

ostente mandato expreso para declarar la ineficacia de la escritura anterior por la causa concreta que haya motivado dicha ineficacia.

Resolución de 6-8-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Ayamonte

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

A pesar de que el promotor del expediente alega haber adquirido del heredero del titular registral, se considera admisible la inscripción del expediente porque concurren circunstancias que impiden la identificación y localización de los herederos de dicho titular registral.

Resolución de 3-9-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Corcubión

CONVENIO REGULADOR DEL DIVORCIO: TÍTULO FORMAL PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como ha dicho con anterioridad este Centro Directivo, el convenio regulador declarado válido por el juez, es documento suficiente para proceder a la inscripción de las adjudicaciones que resultan del mismo, de manera que el testimonio judicial de la sentencia sería documento suficiente para su inscripción. Por ello, aunque la sentencia confirmatoria de su validez hubiera ordenado su elevación a escritura pública, y los excónyuges lo hayan protocolizado a través de un acta notarial, no hay obstáculo a la inscripción.

Resolución de 3-9-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Almería, número 5

DERECHO DE VUELO: EJERCICIO.

Constando en el Registro declarada la obra nueva y realizada la división horizontal en virtud de un derecho de vuelo oportunamente inscrito, no puede pretenderse la cancelación de estas inscripciones —y la de las hipotecas constituidas sobre los departamentos independientes— alegando que en realidad la obra no se ha ejecutado materialmente y que, en consecuencia, el derecho de vuelo se ha extinguido por transcurso del plazo para su ejercicio. La valoración de tal hecho, para cuya acreditación se aporta diversa documentación, a falta de consentimiento de los titulares registrales de los derechos cuya cancelación se pretende, deberá ser llevada a cabo en el oportuno procedimiento contradictorio en el que las partes con plenitud de medios puedan alegar lo que a su derecho convenga, como reiteradamente ha afirmado este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 12-3-2012).

Resolución de 4-9-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Pola de Laviana

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguarda de los tribunales, lo que significa una exposición del principio hipotecario de legitimación registral o de presunción de exactitud; esto supone que los asientos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley, lo que se exalta en los artículos 38 y 39 de la Ley Hipotecaria. Así pues, en este caso, el único procedimiento para la rectificación del asiento es el mencionado por la registradora en la nota de calificación, esto es, el establecido por la letra *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, la rectificación derivada de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, precisará el consentimiento del titular o en su defecto resolución judicial dictada en el procedimiento correspondiente.

Resolución de 4-9-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Puerto de la Cruz

PARTICIÓN DE HERENCIA CON HEREDEROS MENORES REPRESENTADOS POR SU MADRE: CAUTELA SOCINI Y CONFLICTO DE INTERESES.

En Resoluciones de 15-5-2002 y 14-12-2006, este Centro Directivo ha entendido que en el caso de cautela Socini, fórmula testamentaria por la que los legitimarios reciben más de lo que por legítima les corresponde, pero con un gravamen —en este caso el usufructo del viudo— trae una alternativa por la que los legitimarios tienen que optar, y el hecho de que por ellos ejercite la opción, su madre acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve afectada directamente por el resultado de la opción. Por lo que está bien apreciada la oposición de intereses y el autocontrato por la registradora en su nota de calificación. En consecuencia es necesaria la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el artículo 1060 del Código Civil.

Resolución de 5-9-2012
(BOE 11-10-2012)
Registro de Jerez de la Frontera, número 3

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: VIVIENDA FAMILIAR.

La liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual de los cónyuges, cualquiera que sea la forma de copropiedad existente, entra claramente dentro del objeto natural del convenio regulador; por lo que, en los términos vistos, sería suficiente el correspondiente testimonio de la sentencia aprobatoria

del convenio para su inscripción. Pero ello no excluye que los cónyuges opten por exigirse mutuamente el otorgamiento de escritura pública en cuyo caso, salvo consentimiento en contra de ambos o de sus causahabientes, es esa voluntad manifestada la que debe acatarse.

Resolución de 6-9-2012
(BOE 12-10-2012)
Registro de Puerto de la Cruz

LEGISLACIÓN DE COSTAS: REQUISITO EN LAS SEGUNDAS O ULTERIORES TRANSMISIONES DE FINCAS COLINDANTES CON EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE.

No resultando del Registro la constancia de actuación administrativa alguna revisora de la demarcación del dominio público marítimo-terrestre, y no recogiendo el título calificado modificación alguna en la descripción de la finca respecto de la que se tuvo en cuenta por el Servicio de Costas para expedir la certificación administrativa que consta en el Registro por nota marginal, procede entender que no se ha producido alteración alguna en la situación fáctica que determinó el contenido de la certificación ya aportada y, con ello, que está justificada la no invasión del dominio público, lo que hace innecesario aportar nueva certificación para practicar la inscripción interesada.

Resolución de 7-9-2012
(BOE 12-10-2012)
Registro de Tarrasa, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA DE BIENES HIPOTECADOS: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

Si como consecuencia de un error en el mandamiento judicial correspondiente, se expidió certificación y se puso nota marginal en relación con una hipoteca distinta de la que realmente se estaba ejecutando, dicho error impide ahora la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas posteriores.

Resolución de 8-9-2012
(BOE 12-10-2012)
Registro de Gijón, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: CONVERSIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO EN DEFINITIVO.

La medida cautelar de embargo preventivo logra atribuir, tras la conversión en embargo definitivo, de efectos a este desde la adopción de aquella, efecto propio en general de las anotaciones preventivas (cfr. art. 70 de la LH), lo que corrobora el artículo 54.5 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social, cuando dispone que la sujeción del bien o derecho al procedimiento de apremio se entenderá producida, a todos los efectos, desde la fecha en que se adoptó la medida

cautelar. Sin embargo, esta retroactividad a la fecha de la anotación preventiva del embargo preventivo, que permitiría entender que la ejecución se ha iniciado antes de la declaración del concurso, no excluye —tratándose de concurrencia con un procedimiento universal de ejecución como es el concurso—, del segundo de los requisitos exigidos por la Ley Concursal para permitir la ejecución separada ya iniciada y no concluida, cual es la acreditación por resolución del juez de lo mercantil, de que los bienes ejecutados no están afectos ni son necesarios para la actividad del deudor concursado.

Resoluciones de 10 y 11-9-2012

(BOE 12-10-2012)

Registro de Negreira, Carballo y Santiago de Compostela, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCE-SIVO.

No es posible practicar anotación de demanda si la finca figura inscrita a nombre de persona distinta del demandado, sin que en este caso se haya podido aplicar, por analogía, lo establecido en el artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 11-9-2012

(BOE 12-10-2012)

Registro de Órgiva

DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN.

Las sentencias judiciales que se acompañan no hacen declaración alguna sobre la existencia o inexistencia de una servidumbre, sino que deciden sobre unas situaciones de hecho que pueden ser consecuencia o no de la existencia de tal derecho, por lo que se trata de situaciones meramente fácticas que no son reflejo de la existencia de derecho alguno.

Resolución de 12-9-2012

(BOE 22-10-2012)

Registro de Pozoblanco

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, al modificar, entre otros, el artículo 56.2 de la Ley Concursal de 2003, pretende reforzar las competencias objetivas del juez de lo mercantil que entiende del concurso. Muy especialmente pretende que la apreciación de la posible afectación a la actividad profesional o empresarial de la finca ejecutada y del hecho de que resulte o no necesaria en el patrimonio del deudor para continuar la actividad del concursado —factor que determina la posibilidad o no de la ejecución singular pretendida en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente—, sea exclusiva competencia del juez que entiende del concurso. A tal fin se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso,

sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento.

Resolución de 13-9-2012
(BOE 22-10-2012)
Registro de Aranda de Duero

ACTO DE CONCILIACIÓN. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES.

Es inscribible una dación en pago de una deuda reconocida en un acto de conciliación, en el que también se llevó a efecto la citada dación en pago. La causa de la transmisión está claramente determinada y, en tanto la registradora no lo ha alegado en su nota, no se puede entrar a discutir si es necesario otorgar escritura pública. La no acreditación del cumplimiento de los requisitos fiscales lleva consigo la suspensión de la calificación del registrador.

Resolución de 13-9-2012
(BOE 22-10-2012)
Registro de Granada, número 5

EJECUCIÓN DIRECTA DE BIENES HIPOTECADOS: TERCER POSEEDOR.

El requerimiento de pago al tercer poseedor es imprescindible para la validez del procedimiento. La comunicación efectuada por el registrador, al amparo del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago, y tiene solo el efecto de avisar de la iniciación de la ejecución y permitir a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la ejecución de la hipoteca el pagar y subrogarse en lugar del acreedor, pero no sustituye los trámites procesales más rigurosos y con distinta finalidad contemplados en la ley.

Resolución de 14-9-2012
(BOE 22-10-2012)
Registro de Madrid, número 35

REFERENCIA CATASTRAL.

La inobservancia de la obligación de incorporar la referencia y la certificación registral no parece suficiente, por sí sola, para impedir el acceso tabular de las fincas segregadas. La falta de coincidencia con la realidad catastral no debe obstaculizar la inscripción solicitada cuando encaja perfectamente con los parámetros de la finca parcelada que figuran en el Registro, con los que guardan coherencia la descripción y superficie de las nuevas fincas segregadas, sin perjuicio de que la notificación al Catastro, que debe ser efectuada, tanto por el notario como por el registrador, permitan instruir el procedimiento catastral que corresponda, atendida la información recibida.

Resolución de 14-9-2012

(BOE 22-10-2012)

Registro de San Lorenzo del Escorial, número 3

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Corresponde al registrador la calificación del interés del solicitante la exhibición de todo el contenido de los libros registrales, teniendo que tratarse de un interés conocido, directo y legítimo. En el ámbito de la publicidad formal deben tenerse especialmente en cuenta las exigencias establecidas en la legislación de protección de datos.

Resolución de 17-9-2012

(BOE 25-10-2012)

Registro de Burgos, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Habiéndose practicado en su día la inscripción de una finca, que figuraba a favor de dos personas solteras por mitad, a nombre de una sola de ellas, en una mitad con carácter privativo y en la otra con carácter presuntivamente ganancial, en virtud de un título de disolución de condominio con adjudicación de la finca, considerada indivisible, a uno solo de los condueños, y abonando este al otro la diferencia en metálico, no cabe ahora pretender la rectificación de esta inscripción bajo el argumento de que existe un error, dado que la calificación jurídica que en su día hizo el registrador no encaja en el modelo de errores de concepto que está previsto en la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-9-2012

(BOE 25-10-2012)

Registro de Valencia, número 3

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE: DURACIÓN.

El principio de especialidad exige que en las hipotecas en garantía de cuentas de crédito, conforme establece el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, se fije con toda claridad el plazo de duración, especificando si este es o no prorrogable, y en este caso, el régimen de dichas prórrogas.

Resolución de 19-9-2012

(BOE 25-10-2012)

Registro de Leganés, número 2

ACTA DE NOTORIEDAD PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

En supuestos de excesiva dificultad para la elevación a público del documento privado, este Centro ya ha admitido la reanudación de tracto sucesivo por el

medio supletorio del expediente de dominio —y lo mismo habría que entender respecto al acta de notoriedad con aprobación judicial—. Y podría aplicarse esta misma doctrina de la dificultad excesiva, en supuestos como el aquí planteado, en que la sociedad que figura como titular registral en el Registro de la Propiedad se ha extinguido y cancelado su hoja en el Registro Mercantil, lo que no deja de constituir una discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral adicional a la que representa la propia transmisión que se pretende acreditar e inscribir. Porque, en definitiva, la interrupción de tracto existe no solo cuando falta uno de los eslabones del tracto sucesivo, sino también cuando el último eslabón registral no permite pasar al actual sin una dificultad extraordinaria, en cuyo caso, el tracto también está interrumpido por razón de esa dificultad. Lo que ocurre es que actualmente, el artículo 400 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital prevé un procedimiento más sencillo y directo para la formalización de actos jurídicos tras la cancelación de la sociedad, por parte de los liquidadores o por el Juez del domicilio, que hará innecesario, en principio, acudir a los procedimientos de reanudación de tracto sucesivo interrumpido.

Resolución de 20-9-2012
(BOE 25-10-2012)
Registro de Barbate

DEFECTO INSUBSANABLE: EFECTOS.

El hecho de que un defecto apreciado en la calificación tenga el carácter de insubsanable (como lo es el caso de que el negocio encubra un pacto comisorio prohibido), supone que la eventual escritura que se presente con posterioridad para subsanar el defecto no podrá aprovechar la prioridad del asiento correspondiente al documento calificado en perjuicio de terceros que hubieran presentado sus títulos en el periodo intermedio.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 2-7-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro Mercantil de Zaragoza

LIQUIDACIÓN. ACREEDORES.

Se cambia el criterio de la Resolución de 29-4-2011. El pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad. En el caso de no existir haber social para su pago, el procedimiento legal previsto es el concurso de acreedores, aunque solo exista uno.

Desde el punto de vista de la legislación mercantil no se puede someter a la junta general el balance final de liquidación si no se han concluido las ope-

raciones de liquidación entre las que se incluye el pago de los acreedores; y no se puede otorgar la escritura de extinción y cancelar los asientos registrales si existen acreedores pendientes de pago, sean varios o uno solo. Otra solución sería injusta y produciría indefensión.

Desde el punto de vista de la legislación concursal, un único acreedor está legitimado para solicitar la declaración de concurso; el juez es el que debe decretar la conclusión del concurso de persona jurídica por falta o insuficiencia de bienes, su extinción y la cancelación de su inscripción en los registros públicos.

Debe rechazarse la extinción y cancelación de una sociedad en el Registro Mercantil cuando la inexistencia de bienes solo resulta de meras manifestaciones de liquidador sin intervención pública o jurisdiccional, sin prueba que garantice su veracidad y sin el conocimiento ni intervención de la persona que va a resultar perjudicada por la extinción y cancelación de la sociedad.

Resolución de 4-7-2012
(BOE 18-9-2012)
Registro Mercantil de Valencia

ASIENTOS. RECTIFICACIÓN.

Se presenta sentencia que declara la nulidad de la suscripción por la sociedad demandada de una serie de acciones y el derecho de los demandantes a suscribirlas en las condiciones determinadas en el acuerdo, en unión de escrito solicitando la inscripción de la sentencia, la declaración de nulidad de la suscripción y del artículo correspondiente al capital. La Dirección General confirma la calificación denegatoria porque la nulidad ya consta reflejada junto con la ejecución parcial del acuerdo formalizada en escritura a la que se incorporaba la sentencia. El asiento está bajo la salvaguarda de los tribunales y para su rectificación sería necesario el consentimiento del titular afectado o una resolución judicial dictada en el oportuno juicio declarativo ordinario.

Resolución de 6-7-2012
(BOE 20-9-2012)
Registro Mercantil de Gran Canaria, I

TRANSFORMACIÓN. ACUERDOS SOCIALES. PUBLICACIONES.

A menos que se acredite al registrador la comunicación individual a todos y cada uno de los acreedores y a los titulares de derechos especiales del acuerdo de transformación, será necesario acreditar la publicación del correspondiente anuncio en el *BORME* y en un diario, aunque el acuerdo se adopte por unanimidad de todos los socios. A pesar de que no existe derecho de oposición de los acreedores, el cambio de forma jurídica les afecta, por ejemplo, privándoles de derecho de oposición en una reducción de capital subsiguiente.

La resolución hace un interesante recorrido de la publicidad de determinados acuerdos. Distingue una publicación como mecanismo de «protección fuerte» del acreedor en los casos en que tienen derecho de oposición —fusión,

escisión, cesión global, traslado internacional, reducción de capital en S. A., reactivación— y una publicación como mecanismo de «protección débil» del acreedor para ser informado de determinados acuerdos que tienen trascendencia para él, pero sin derecho de oposición —reducción por pérdidas en S. A. y transformación—.

El registrador debe controlar que se acredita la publicación cuando la ley lo establece como requisito de la escritura o sea un dato que deba constar en el asiento, con independencia de que la omisión sea o no un vicio invalidante del acuerdo.

Resolución de 11-7-2012

(BOE 28-9-2012)

Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, II

CONSEJO. CONVOCATORIA. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

En los estatutos de una S. L., no es imprescindible establecer en las reglas de convocatoria del consejo la competencia para efectuarla. Pero si se establece, como ocurre en la cláusula debatida —el presidente o quien haga sus veces—, debe contenerse la salvedad del nuevo artículo 246.2 que confiere legitimación a un tercio de los consejeros, pues de no hacerlo, podría entenderse que la voluntad de los fundadores ha sido la de obviar esta norma.

Puede practicarse la inscripción parcial solicitada pues, a falta de previsión estatutaria, será aplicable el artículo 246 en su nueva redacción.

Resolución de 16-7-2012

(BOE 28-12-2012)

Registro Mercantil de Barcelona, VIII

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL.

Reitera la Resolución de 18-1-12. Para inscribir el cargo de consejero hay que consignar el NIF del mismo, sea español o extranjero (NIE en este caso), pues está incluido en el concepto amplio de obligado tributario.

Resolución de 17-7 y 22-8-2012

(BOE 3 y 11-10-2012)

Registro Mercantil de Madrid, XIV y II

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Vigente la nota marginal por baja en el índice, no puede practicarse ni la inscripción de cese, pues es consecuencia de un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede ser responsable el administrador cesado, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros. No se admite la alegación de que el cese fue muy anterior a la nota, porque la calificación se produce en el momento de la presentación del documento en cuestión; porque si se

incumplen los plazos legales de presentación de documentos (un mes siguiente al otorgamiento, diez días siguientes a la aceptación, ocho días siguientes a la aprobación del acta) los obligados a la presentación deben soportar las consecuencias perjudiciales.

Resolución de 18-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro Mercantil de Badajoz

PODER. A FAVOR DE UN ADMINISTRADOR.

La condición de administrador y de apoderado puede confluír simultáneamente en la misma persona, aunque hay que analizar cada situación.

No cabe el poder otorgado por el administrador en su propio favor o a su favor y al de otras personas indistintamente.

Cabe el otorgado por dos administradores mancomunados a favor de cada uno de ellos individualmente.

Cabe el de un administrador solidario a favor de otro, pues esto no impide que aquel posteriormente lo revoque o ejercite la acción de responsabilidad contra él.

Resolución de 19-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro Mercantil de Madrid, XV

ADMINISTRADOR. LIQUIDADOR. CADUCIDAD.

Los liquidadores (o administradores) con cargo caducado pueden requerir la presencia de un notario a la sesión de la junta debidamente convocada antes de vencer el plazo de su nombramiento.

Salvo disposición contraria de los estatutos, el cargo de liquidador tiene una duración indefinida. El señalamiento de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo (en este caso más corto que el previsto legalmente) no permite inferir una voluntad clara y precisa de alterar la previsión legal sobre su duración.

Resolución de 20-7-2012
(BOE 3-10-2012)
Registro Mercantil de Valencia, I

CALIFICACIÓN. ERROR IRRELEVANTE.

El mero error material en la numeración del artículo estatutario modificado, relativo al capital, no puede provocar el rechazo de la inscripción.

Aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación negativa sea escueta, es bastante si se expresa suficientemente la razón que la justifica.

Resolución de 2-8-2012.
(BOE 11-10-2012).
Registro Mercantil de Asturias

ADMINISTRADOR. RENUNCIA. CONVOCATORIA. CONTENIDO.

Para inscribir la renuncia del administrador único basta acreditar que ha convocado, en la forma establecida en los estatutos, junta para proveer el cargo, independientemente de la efectiva celebración de la junta o de lo que en ella se decida. Cabe distinguir dos supuestos:

- Cuando la renuncia (por ejemplo, de la mayoría de los consejeros o de uno de los dos administradores mancomunados) deja al órgano de administración inoperante, aquella es admisible, pues el administrador que permanece en el cargo tiene conocimiento inmediato y puede convocar sin necesidad de auxilio judicial.
- Cuando renuncian todos o el último con cargo vigente, hay que acudir al juez con el perjuicio que puede producir la dilación.

Acreditada la remisión y recepción del envío postal (convocatoria efectuada conforme a los estatutos) incumbe al socio la prueba de que el contenido del anuncio no contiene determinado punto del orden del día.

Resolución de 4-9-2012
(BOE 11-12-2012)
Registro Mercantil de Madrid, XVII

CIERRE REGISTRAL. CUENTAS. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

El cierre de la hoja registral, por falta de depósito de cuentas anuales, impide la inscripción del nombramiento de administrador, pero no la del cese del anterior.

El cierre registral por baja en el índice de entidades impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 1622/2012 de 19-7-2012
(*DOGC* 13-8-2012)
Registro de San Vicens dels Horts, número 2

CONDominio: RENUNCIA DE UN CONDUEÑO.

De acuerdo con lo previsto en la legislación catalana, la renuncia de un comunero extingue su derecho y acrecienta la cuota de los demás. Pero para la

inscripción de dicha renuncia se requiere que se acredite que los demás condueños han recibido la notificación de dicha renuncia y que soliciten la pertinente inscripción.

Resolución 1623/2012 de 26-7-2012
(*DOGC* 13-8-2012)
Registro de Sabadell, número 2

FIDEICOMISO DE RESIDUO.

De acuerdo con lo establecido en la Compilación de 1960, al fideicomiso ordenado en un testamento otorgado antes de su entrada en vigor debe aplicarse la propia Compilación. Si el fideicomisario renuncia, la herencia fideicomitada queda libre y se integra en o a masa hereditaria del fiduciario.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

EL DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR Y EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTIMIDAD FAMILIAR.—III. INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD FAMILIAR.—IV. EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—V. EL DAÑO MORAL Y LA INTIMIDAD FAMILIAR: A) DEFINICIÓN DEL DAÑO MORAL. B) PRUEBA DEL DAÑO MORAL. C) CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. D) POLIMORFÍA O VARIEDAD DE FORMAS DEL DAÑO MORAL.—VI. ORIENTACIÓN CADA VEZ MÁS AMPLIA. CRITERIO APERTURISTA CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD.—VII. EL SUFRIMIENTO O PADECIMIENTO PSÍQUICO: SITUACIONES.—VIII. EL DAÑO MORAL Y LA INTIMIDAD FAMILIAR.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La intimidad es la esfera personal de cada uno, en donde residen los valores humanos y personales, siendo un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y de la familia además de ser un ámbito reservado a la curiosidad de los demás contra intromisiones e indiscreciones ajenas.

La intimidad es aquella esfera personal y privada que contienen comportamientos, acciones y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se ha protegido siempre de forma limitada.

El ámbito de la intimidad es donde residen los valores humanos y personales; constituye un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y de la familia, es fundamental por su propia esencia de privacidad, la cual se protege frente a la curiosidad de los demás, es un reducto de protección de la persona contra intromisiones e indiscreciones ajenas. En definitiva, se contempla como la

esfera personal y privada compuesta por comportamientos, acciones y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público.

A modo ejemplificativo podemos señalar que los límites de la intimidad personal y familiar se centran en las violaciones de la correspondencia y comunicaciones personales, la intimidación laboral, la obtención de datos relativos a la intimidad personal, familiar, o de terceros pertenecientes a la esfera de la familia.

Y profundizando más, las circunstancias familiares protegibles serían los embarazos y nacimiento de hijos, las enfermedades y afecciones a la salud física; las enfermedades y afecciones psíquicas, inclusive derivadas de desengaños amorosos u otros aspectos análogos y el ámbito profesional y laboral no públicos.

A los efectos de intimidación personal, el domicilio es el espacio vital donde cada persona desarrolla su vida privada personal y/o familiar íntima, se extiende más allá de la residencia habitual, al lugar de trabajo, esto es, el lugar donde el sujeto vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales (1).

También existe un derecho y un ámbito concreto del derecho al secreto, que es la concreción de que todo individuo dispone de un derecho a la vida privada. Se extiende a los datos o informaciones del conocimiento público, es la propia divulgación la que limita lo que es secreto o no. De esta manera, cada individuo limita la divulgación o no de sus comunicaciones, lo que conlleva la imposibilidad de comunicar a terceros determinadas cuestiones. Nos referimos a su extensión en comunicaciones escritas como medio de exteriorizar sentimientos, ideas y tendencias, como en llamadas telefónicas, SMS, WhatsApp, emails y otros medios de comunicación verbal o escrita (2).

Evidentemente si existe una debida autorización judicial, motivada, será posible interceptar el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio o la intervención de las comunicaciones telefónicas y de otros elementos análogos o conexos.

Como la esfera de la persona es muy amplia, las cuestiones relativas al secreto personal pueden extenderse al secreto profesional, por ejemplo, en el caso de determinadas profesiones (Médicos, Abogados, Procuradores, Psicólogos, Funcionarios Públicos, Periodistas, etc.) donde adquiere connotaciones de deber moral, jurídico o deontológico. Como es sabido, consiste en la prohibición de revelar ciertos datos que le son facilitados por sus clientes, o de informaciones que conocen con ocasión de la actividad profesional. De este modo, el profesional se convierte simplemente en depositario del secreto que conoce por su relación con el cliente.

Todo lo expuesto anteriormente requiere una protección jurídica con el fin de que se *respete la vida privada y familiar*, garantizando a la persona esa esfera o zona reservada en donde transcurren todas estas circunstancias de la vida personal.

(1) Constituyen intromisiones ilegítimas, por ejemplo, los reportajes del hogar familiar sin que el titular del hogar haya consentido expresamente esa divulgación del entorno más íntimo de la persona, o la divulgación de los acontecimientos personales —boda, bautizo, entierros, funerales, etc.— que también exigen que el titular haya dado el consentimiento expreso. Por otro lado, las denominadas exclusivas en las que un particular comercia con una parte de su intimidad constituyen una renuncia parcial a su derecho de protección a la intimidad.

(2) La privacidad puede ser sacrificada voluntariamente, normalmente a cambio de beneficios, pero a menudo con un beneficio mínimo y con pérdidas y riesgos específicos. Un ejemplo de ello es la participación en concursos televisivos (pensemos en *realities* como el concurso de Operación Triunfo o Gran Hermano...). La persona proporciona datos personales a los efectos de obtener una oportunidad de ganar un premio. Otro caso que pertenece al ámbito penal, es cuando la información compartida voluntariamente es robada o usada fraudulentamente (pensemos en el robo de identidad).

En el caso de los personajes públicos, esta intimidad debe protegerse de manera más acentuada, ya que al estar dentro del panorama de personajes conocidos, comentarios o noticias realizadas de forma injuriosa pueden gravemente perjudicar su imagen pública creando una imagen irreal y distorsionada de la realidad reflejada desde un punto de vista subjetivo. Puede ocurrir que lo publicado sea totalmente verídico pero no por ello se puede permitir la intromisión de cualquier persona, ya que rompería con la intimidad que todo ser humano tiene y necesita que sea respetada por los demás.

II. INTIMIDAD FAMILIAR

El *reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar* tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, artículo 10.1 CE, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares (3).

Su *finalidad* se encuentra en atribuir a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC de 2 de diciembre de 1988 (4), y de 17 de octubre de 1991) (5), frente a la divulgación del mismo por

(3) La STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2011, recurso 1933/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 775/2011. Número de recurso: 1933/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 205979/2011.

(4) STC, Sala Segunda, sentencia 231/1988, de 2 de diciembre de 1988, recurso 1247/1986. Ponente: Luis LÓPEZ GUERRA. Número de sentencia: 231/1988. Número de recurso: 1247/1986. LA LEY 1166-TC/1989. Se extiende, no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar.

(5) STC, Sala Segunda, sentencia 197/1991, de 17 de octubre de 1991, recurso 492/1989. Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER. Número de sentencia: 197/1991. Número de recurso: 492/1989. LA LEY 1822-TC/1992. El derecho a la intimidad se extiende no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. Ello significa que la noticia no solo ha afectado al derecho a la intimidad personal del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos.

En cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación o divulgación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces.

Pero, más allá de esos hechos dados a conocer... prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo, como con toda seguridad sucede con la identificación por parte del periódico de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales...

Ha de concluirse, por tanto, que cualesquiera que hayan podido ser las manifestaciones o declaraciones de los padres en relación con las circunstancias de la adopción, la información publicada, relativa a las circunstancias y situación personal de la madre natural del menor, no constituye materia de interés general que contribuya a la formación de la opinión pública, ni se refiere a hechos relacionados con la actividad pública de la personalidad pública, ni estaba justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informaba. Como señala el Ministerio Fiscal, «tratar de plantear en la prensa el

terceros y a la publicidad no querida (STC de 10 de mayo de 2000) (6), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (7).

La limitación del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, vid. STS de 6 de noviembre de 2003) (8).

debate sobre la verdadera filiación de una persona, en este caso menor de edad, supone un ataque a su vida privada y constituye una injerencia a la intimidad personal y familiar, que es arbitraria o ilegal, según expresión del artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966».

Por consiguiente, los órganos judiciales han podido estimar, sin lesionar el derecho de los recurrentes a comunicar libremente información veraz, que la información publicada aquí cuestionada ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de quienes fueron actores en el proceso civil.

(6) STC, Sala Segunda, sentencia 115/2000, de 5 de mayo de 2000, recurso 640/1997. Ponente: Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS. Número de sentencia: 115/2000. Número de recurso: 640/1997. LA LEY 92668/2000. Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.

(7) Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

(8) STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de noviembre de 2003, recurso 157/1998. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 1036/2003. Número de recurso: 157/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 35/2004. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. Los usos sociales no justifican indagar —fisar— en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentarios. Por otra parte el que una persona tenga una notoriedad pública, en buena medida debida a los medios de comunicación, no autoriza a estos a invadir su vida íntima o privada, cuando no fue la interesada, con su conducta pública, quien dio pretexto para la intromisión.

No supone un interés general o colectivo la curiosidad pública. El hecho de que una persona tenga notoriedad pública no le priva del derecho fundamental a la intimidad, porque, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque dichas personas, por su carácter público, «ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás que su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad —STC 134/1999—; y de otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para

Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Cuando se trata de la libertad de expresión y de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad.

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa. Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. La ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (9).

La técnica de ponderación exige valorar el peso de los derechos fundamentales que entran en colisión:

1. La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información y expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor (10).
2. La prevalencia de la libertad de información exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones (11).

ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que esta sea —STC 197/1991—».

(9) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 2012, recurso 1865/2010. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 271/2012. Número de recurso: 1865/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 46527/2012.

(10) En relación con aquel derecho, la STS de 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC de 24 de abril de 2002) declara que *la proyección pública se reconoce en general por razones diversas*: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; así, quien de un modo u otro hace de la exposición personal a los demás su modo de vida y acepta instalarse en el mundo de la fama, no solo está contribuyendo a delimitar el terreno reservado a su intimidad personal, sino que también se somete al escrutinio de la sociedad.

La relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

(11) Por *veracidad* debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a

3. La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto.
4. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.
5. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión.
6. La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico. Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos (12).
7. El goce de pública celebridad y el hecho de que se haya podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal, no privan a los afectados de la protección de este derecho fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y solo tienen trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida como reservado para sí mismo o para su familia (art. 2.1 LPDH) (13).

III. INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD FAMILIAR

No hay intromisión en el derecho fundamental de intimidad familiar y personal, por las siguientes razones:

las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada.

(12) STC, Sala Primera, sentencia 23/2010, de 27 de abril de 2010, recurso 4239/2006. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Número de sentencia: 23/2010. Número de recurso: 4239/2006. LA LEY 40972/2010.

(13) STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de diciembre de 2010, recurso 179/2008. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. Número de sentencia: 811/2010. Número de recurso: 179/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 244467/2010.

1. La información facilitada en la noticia publicada cumple los requisitos legales de veracidad y relevancia pública (14).
2. Los datos personales publicados en la noticia fueron facilitados por los propios actores en otro reportaje publicado en internet. Sin que en la noticia publicada por la demandada se recogiera dato alguno que no se facilitara en dicho reportaje.
3. Una vez acreditado que los propios actores facilitaron a otro medio los datos publicados por la demandada, se excluye que su publicación por la recurrente pueda constituir una intromisión al derecho fundamental de su intimidad personal y familiar.

IV. EL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) DEFINICIÓN DEL DAÑO MORAL

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho referencia a la existencia de daño moral. Así, en la sentencia de 9 de diciembre de 2003 (15), se indica que: «Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de “todos” y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo —que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los arts. 1101 y 1106 CC— la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido [SSTS de 3 de junio de 1991 (16), 3 de noviembre de 1995 (17),

(14) La noticia del hallazgo del cadáver fue objeto de un lamentable tratamiento en un conocido medio televisivo, dando pábulo a las más disparatadas teorías, a lo cual resulta ajeno la demandada.

(15) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 2003, recurso 476/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1163/2003. Número de recurso: 476/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160/2004. Se analizan los daños morales derivados de la expulsión irregular y arbitraria de un alumno de un colegio privado. Cuantificación. Ponderación del descrédito de la imagen del alumno ante sus compañeros y entorno social, y de la repercusión de la sanción en los padres. Quebrantamiento de la confianza en el colegio y en que su hijo pudiera llevar a cabo sus estudios sin el corte arbitrario que se produjo. Producción de un estado de notoria intranquilidad determinante de impactos psicológicos y de afectación de la armonía familiar. Nexo causal entre la actuación del colegio y el resultado de injusta expulsión.

(16) STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de junio de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 688-JF/0000. En un contrato de exposición de obra propia. Se pueden producir daños morales cuando, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, se la causó una grave lesión espiritual que no puede marginarse y que si bien es de difícil reparación, si se pueden minorar mediante compensación indemnizatoria.

(17) STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de noviembre de 1995, recurso 764/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 764/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11864/1995. Se refiere a los daños morales como a toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos padecidos por la víctima a consecuencia del hecho ilícito.

21 de octubre de 1996 (18) y 19 de octubre de 2000 (19)] y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro».

Resulta muy importante la STS de 22 de febrero de 2001 (20), que señala que «el daño moral se sustantiviza para referirlo a *dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece*».

Puede ser también *aspecto integrador de ese daño moral*:

(18) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996. «Si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales—, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala, que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Lo que no resulta de recibo es que se produzca su rechazo de plano, como se lleva a cabo en la sentencia combatida, en base al argumento de falta de pruebas, pues esta decisión es regresiva y contradice la doctrina jurisprudencial civil.

En esta línea del discurso casacional hay que decir que en el supuesto de autos se produjo un evidente ataque al prestigio y reputación artística de la recurrente, y con ello a su acervo extrapatrimonial, toda vez que al no haber podido representar la obra programada y anunciada, aparte de la natural desmoralización en el elenco artístico que formaba la compañía, también se defraudaron en cierto sentido las esperanzas del público aficionado a esta clase de espectáculos, por privárseles de la posibilidad de asistir a la representación en las fechas que amparaba el contrato.

Acudiendo a criterios de moderación y acogiendo el motivo, se estima como adecuado fijar en dos millones de pesetas por los daños morales que se ocasionaron y oportunamente reclamados.

(19) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2000, recurso 2423/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 964/2000. Número de recurso: 2423/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11041/2000. Resarcimiento del daño moral por falta de comunicación del fallecimiento y traslado al depósito de cadáveres del padre del perjudicado. La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece y, en este caso, ser el hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación.

La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (sentencias de 27 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996, que parten de la de 6 de diciembre de 1912), a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, que es lo que ha verificado con mesura el Tribunal de Instancia.

(20) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de febrero de 2001, recurso 358/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 139/2001. Número de recurso: 358/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3532/2001. Indica que los daños morales se integran por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita que por su naturaleza no son traducibles en la esfera económica. Incumbe a la persona que pretende su resarcimiento la prueba de su ocurrencia y cuantificación.

- cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos;
- por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales;
- cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito;
- por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones, por la muerte de sus parientes más cercanos (por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes);
- incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales...

B) PRUEBA DEL DAÑO MORAL

La STS de 19 de octubre de 1996 (21) señaló que, como toda indemnización, *el daño moral ha de ser probado por quien lo reclama por mor del artículo 217 LEC*, y es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte cuando emane de un daño material, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad [SSTS de 15 de febrero de 1994 (22) y 11 de marzo de 2000 (23)].

(21) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, recurso 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1805/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10182/1996.

(22) STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, recurso 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 398/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13749/1994. Estudio de los daños morales por muerte a causa de accidente durante la realización de un curso de idiomas en el extranjero. Se concreta la existencia de responsabilidad contractual del centro educativo por accidente de alumna.

Se revisa en casación el *quantum* fijado en la instancia al haberse fijado, teniendo en cuenta las normas no aplicables al caso. «La doctrina de esta Sala se define como respetuosa en la fijación del *quantum* indemnizatorio que llevan a cabo los Tribunales. Ahora bien, cuando sucede, como en la actual controversia, que se presenta un claro y manifestado estado de incumplimiento contractual y que el Tribunal de Instancia no atendió, pues lo marginó decididamente y llevó a cabo, consecuentemente, incorrecta aplicación de las bases que asientan y fijan la cantidad indemnizatoria correspondiente, ya que las únicas que tuvo en cuenta fueron las que procedían de normas no aplicables al caso, con la derivación de dejar vacío de todo contenido la reclamación por daños morales. Resulta así que la sentencia ha de ser saneada, declarando su anulación casacional, con lo que los motivos proceden ser estimados y el recurso acogido».

(23) STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2000, recurso 1922/1995. Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. Número de sentencia: 234/2000. Número de recurso: 1922/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5470/2000. En este sentido el motivo procede ser estimado, pues la reparación del daño causado debe comprender los efectivamente ocasionados, teniendo en cuenta que en dicha baja escolar cabe incluir el *pretium doloris* que corresponde al sufrimiento moral que indudablemente afectó al menor.

En el mismo sentido se halla la SAP de Valencia, sentencia de 5 de septiembre de 2007 (24), que indica la existencia de prueba del padecimiento que ha sufrido el demandante como consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los tres menores que creía sus hijos, y la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos que han depuesto genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida...» (25).

C) CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

En cuanto a la *cuantía* de la indemnización del daño moral, la Sala pondera todas las circunstancias, señalando que «...dado el escaso tiempo de convivencia del actor con el menor y su convicción casi desde su nacimiento de que no era hijo suyo y la no excesiva duración de todo el proceso que tuvo lugar hasta que tuvo la certeza de ello, nació en febrero de 2004 y un año después ya lo supo, la cuantía de la indemnización por ese único concepto reclamado, duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará, no se puede fijar en los 100.000 euros que señala la resolución apelada, sino que se ha de ponderar por las primeras circunstancias y por deber excluirse las otras situaciones de crisis que indudablemente han contribuido al incremento del daño, de modo que se rebaja a 12.000 euros en cuyo único sentido se estima el recurso».

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección del honor, establece que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima.

La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida,

(24) Vid. el estudio realizado de la SAP de Valencia, sentencia de 5 de septiembre de 2007, recurso 245/2006. Diario La Ley, núm. 6853, de 3 de enero de 2008, Editorial LA LEY, realizado por IGLESIA MONJE, M.^ª I.: «Los daños morales del exmarido al descubrir que no era suyo uno de los hijos nacidos durante su matrimonio», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1367 a 1369. Daño moral sufrido por quien descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio. Consta negligencia de la esposa en la procreación del hijo y dolo al ocultar a su entonces marido su no paternidad del niño, y al permitir que, conociendo que no era hijo suyo, y pese a las dudas que aquel le puso de manifiesto, fuese inscrito como propio en el Registro, se le fijaran alimentos en la separación y se instara un proceso de impugnación de la paternidad.

(25) En nuestro supuesto de hecho los *trastornos físicos y psíquicos* del actor no le produjeron la baja laboral y pudieron obedecer no solo al duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará por el que reclama, sino a los otros factores también dichos (cambio de su cargo político de concejal a profesor de secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa) y todo ello dentro de sus fuertes creencias religiosas, los sufrió y lógicamente su situación depresiva derivó del dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que todo ello le produjo, lo que constituye un daño moral, además notorio en sí, a resarcir.

En esta situación, en diciembre de 2004, el mismo actor acudió a la visita del... y luego siguió tratamiento psicológico (informes, documentos de la demanda), todo ello por ansiedad, depresión, trastorno del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades que requirieron: Tranquimazín, Atarax y Omeprazol, patologías existentes como tales durante el siguiente año y el inicio del presente, con altibajos de mejoría y empeoramiento y derivadas...

para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (26).

De esta manera, las pautas valorativas que han de tenerse en cuenta para concretar el daño moral son las siguientes:

- Las circunstancias del caso, como pueden ser la naturaleza de la profesión del ofendido, sus circunstancias personales, sociales o familiares, la rectificación del periódico, la naturaleza de las afirmaciones levas.
- La gravedad de la lesión efectivamente producida, y la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido la intromisión ilegítima. Para apreciar la gravedad de la lesión, la jurisprudencia atiende al aspecto moral del daño y también a su repercusión económica o profesional.
- El beneficio obtenido por el causante de la lesión a consecuencia de la misma, criterio que por lo general plantea dificultades probatorias.

D) POLIMORFÍA O VARIEDAD DE FORMAS DEL DAÑO MORAL

La temática planteada presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia:

- así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996) (27);
- que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994) (28);
- que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991) (29);

(26) SAP de Madrid, Sección 12.^a, de 25 de enero de 2012, recurso 555/2011. Ponente: José Luis DÍAZ ROLDÁN. Número de sentencia: 36/2012. Número de recurso: 555/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17714/2012.

(27) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996.

(28) STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, recurso 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 398/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13749/1994. «En esta línea, aunque la sentencia atacada concede la indemnización menor de 416.619 ptas., dicho *quantum* no lo obtuvo correctamente, por razón del incumplimiento contractual que se deja analizado, pues si bien disponía de amplio arbitrio a tales efectos y del que usó el juez de la instancia, al tener en cuenta las condiciones y circunstancias de la fallecida, no sucede así en la sentencia recurrida, en cuanto que el Tribunal sentenciador *no ponderó dato alguno para la precisión de los daños morales reclamados, que no precisan de puntual prueba, pues se trata de daño notorio y no necesita exigente demostración*. El dolor de la madre es la mejor prueba y su reparación, en su dimensión íntima personal, nunca tendrá compensación suficiente».

(29) STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de junio de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 688-JF/0000. «La sentencia del Tribunal de Apelación no apreció los daños morales por la lesión que sufrió el derecho de autor; a consecuencia

- en tanto en otras se exija la constatación probatoria (STS de 14 de diciembre de 1993) (30);

de la mutilación y desperfectos que afectan a los cuadros, objeto de la exposición; pero hay que decir que si bien no los ignoró, tampoco los negó ni desconoció, sin embargo no los estimó, pues declaró la conveniencia de ser indemnizados discrecionalmente, como compensación a los sufrimientos del perjudicado, *no obstante entendió que en el proceso no existían autónomos daños morales probados, ya que no se acreditó en forma, concurriría lucro cesante, sin efectuar apreciaciones precisas y menos valorativas de las probaturas articuladas*. Sin apartarse del necesario y debido respeto al contenido fáctico de la sentencia que se revisa, ello no obstaculiza la posibilidad de valoración de tales daños, en el ámbito de este recurso, no obstante su difícil probanza, sobre todo en cuanto a su cuantificación económica, pero ha de partirse, para estimar su concurrencia, de una situación objetiva, representada por la producción de daños materiales, que en la presente controversia resultaron concretos y tasados, y de una subjetiva, en razón a la proyección que aquellos pudieran tener en los sentimientos y dimensión espiritual del que los sufre, en este caso un artista-pintor; de prestigio y renombre en los ambientes culturales. Evidentemente la estimación de los daños morales no puede supeditarse a que se den pruebas positivas de haber concurrido lucro cesante, sino que, en una progresiva interpretación de su concepto y dimensión, ha de llevarnos a superar estados jurídicos cerrados, en búsqueda de la más justa solución a la cuestión en debate, por ello, aunque se dé carencia de probanzas directas de los daños morales, no pueden supeditar ni impedir su valoración y acogida por los Tribunales de Justicia. El derecho de autor, que es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones —abundando en lo expuesto—, que pueden encuadrarse en dos grupos: *a) Unos de contenido patrimonial, derivados de la explotación económica de la obra, y nos lleva a la configuración de derechos previstos y protegidos en el Ordenamiento Jurídico y en la consideración de propiedad especial, y b) Otro contenido, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de las obras, que por su talento, arte, inspiración e ingenio, ha logrado realizar».*

(30) STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de diciembre de 1993, recurso 1004/1991. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1004/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13637/1993. La acción encaminada al reconocimiento del derecho no conduce siempre a la producción aneja de un daño moral, porque este ha de constatarse en la instancia y la sentencia recurrida declara con fuerza de hecho probado que la existencia del daño no ha tenido realidad ostensible, a lo que debe añadirse la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso, que no puede consistir en la reclamación de seis pesetas de indemnización por mucha satisfacción moral que tal condena produzca.

«...conforme al artículo invocado “en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico”, pero ello no significa que la acción encaminada al reconocimiento del derecho conduzca siempre a la producción aneja de un daño moral, porque este ha de constatarse en la instancia y la sentencia recurrida, como presupuesto de la indemnización declara y establece con fuerza de hechos probados, que *la existencia del daño no ha tenido realidad ostensible, circunstancia a la que debe sumarse otra que, por sí sola, bastaría para rechazar la condena solicitada, esto es, la falta de causa o interés jurídicamente relevante del asunto litigioso*, que no puede consistir en la reclamación de 6 pesetas de indemnización, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca, pues tal satisfacción ya se consigue con el reconocimiento del derecho, según los términos de “generosidad” de la renuncia a la indemnización que pudiera corresponder, a salvo la susodicha peseta por heredero. Mas los órganos de la jurisdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales, tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que, por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico, razón última que impide utilizar a los tribunales en su apoyo. En consecuencia el motivo parece».

- no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (STS de 19 de octubre de 1996) (31);
- lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SSTS de 23 de julio de 1990 (32), 29 de enero de 1993 (33), 9 de diciembre de 1994 (34) y 21 de octubre de 1996) (35), sobre todo en relación con su traducción económica, y

(31) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, recurso 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1805/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10182/1996, «la acción reparadora del artículo 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no solo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales, pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como aquí ocurre, no se dan por probados tales daños, la valoración probatoria había de combatirse adecuadamente (cita de la norma de valoración probatoria de prueba tasada infringida, que no se contiene en el art. 1902 CC)».

(32) STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de julio de 1990. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2079-JF/0000. Ante un ataque a los derechos de la personalidad, en concreto al honor, a través de expresiones que constituyen acusación de infidelidad conyugal y afectan a ambos cónyuges, surge el daño moral. «...se reclama que es una indemnización por daños morales contra determinadas personas que actuaron con autonomía jurídica y de hecho fuera de toda relación contractual con los perjudicados. Se creó, en definitiva, por la cooperación de los demandados, una situación de riesgo para terceros que se materializó en los daños causados por una emisión radiofónica, con base todo ello, más que en responsabilidad culposa, en la creación de aquel riesgo originador asimismo de responsabilidad cuando la lesión se exterioriza, riesgo consiguiendo al manejo de medios como emisoras radiofónicas susceptibles de causar daños por las noticias que desde las mismas se emite».

«Reclamación de indemnización por daños morales debidos a actuación extracontractual de los demandados frente al perjudicado. En la reclamación de daños morales por ofensas al honor, la valoración de los daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el Juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención solo a las circunstancias del caso concreto...».

(33) STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de enero de 1993. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 446-5/1993. La Sala *a quo* entiende que los demandados transmitieron información falsa, como se acreditó en anterior proceso penal seguido por delito de desacato, en cuya sentencia definitiva, de 10 de octubre de 1986, el ahora recurrido se reservó expresamente las acciones civiles para solicitar responsabilidad por daños y perjuicios contra el derecho al honor y daños morales.

«La regulación del daño moral y del perjuicio es subjetiva y consecuyente, a realizar por el juzgador *a posteriori* en función ya estrictamente decisoria, habiendo de valorarse por el juzgador el daño moral de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención solo a las necesidades y circunstancias del caso concreto...».

(34) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. Número recurso/rollo: 2830/1991. LA LEY 16537-R/1994. «Con independencia de que el daño no es consecuencia necesaria del incumplimiento y tiene que ser probado como regla general, es indudable que el moral no puede descansar en una prueba objetiva, debiendo apreciarse, en cada caso, según las circunstancias concurrentes».

(35) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996. «Si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños

- que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero de 1993 (36) y 9 de diciembre de 1994 (37). Cuando el daño moral emane de un daño material (STS de 19 de octubre de 1996) (38), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte;
- pero cuando depende de un juicio de valor, consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad [SSTS de 15 de febrero de 1994 (39) y 11 de marzo de 2000) (40)], no es exigible una concreta actividad probatoria.

En materia de prueba rige la doctrina general que veda su verificación o control en casación.

VI. ORIENTACIÓN CADA VEZ MÁS AMPLIA. CRITERIO APERTURISTA CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD (41)

Las sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye:

- una noción dificultosa (STS de 22 de mayo de 1995) (42);

morales—, *cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes*. Lo que no resulta de recibo es que se produzca su rechazo de plano, como se lleva a cabo en la sentencia combatida, en base al argumento de falta de pruebas, pues esta decisión es regresiva y contradice la doctrina jurisprudencial civil».

(36) STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de enero de 1993. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 446-5/1993.

(37) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. Número recurso/rollo: 2830/1991. LA LEY 16537-R/1994.

(38) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, recurso 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1805/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10182/1996.

(39) STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, recurso 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 398/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13749/1994.

(40) STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2000, recurso 1922/1995. Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. Número de sentencia: 234/2000. Número de recurso: 1922/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5470/2000.

(41) Sentencia pionera que lo puso de relieve: Vid. STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2000, recurso 2332/1995. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 533/2000. Número de recurso: 2332/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9204/2000.

(42) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, recurso 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 399/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 713/1995. La negligencia vulneradora del deber de diligencia médica puede provenir tanto de una responsabilidad contractual como de una responsabilidad extracontractual y producir el efecto de reparar las consecuencias dañosas producidas. «...como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos...».

- relativa e imprecisa [SSTS de 14 de diciembre de 1996 (43) y de 5 de octubre de 1998) (44)].

Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual [SSTS de 9 de mayo de 1984 (45), 27 de

(43) STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de diciembre de 1996, recurso 299/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 299/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 125/1997. La Diputación Foral de Guipúzcoa, con base en que esta tenía concedida la guarda, custodia y educación de la menor al tiempo del fallecimiento, si bien se encontraba interna en un piso de la Asociación de Educadores Especializados de Guipúzcoa, la menor falleció tras la utilización de un *kart*, actividad a la que fueron llevados todos los alumnos.

«...la muerte de la niña Laura fue casi instantánea y ello nos lleva directamente al daño moral, consistente en el *precium doloris*, ya que en el supuesto que nos ocupa no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; mas las circunstancias recogidas por ambas sentencias de cierto abandono por parte de estos, algún maltrato, desorden en los valores espirituales, hasta el extremo de ocasionarse les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado; y a virtud de la obligación reparadora del artículo 1902 del Código Civil, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporcione, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado, lo que solo puede realizarse de modo aproximado, dado que la propia relatividad e imprecisión del concepto “daño moral” impide una estricta y exacta traducción a lo económico, que ha de entregarse a la valoración de los Tribunales de instancia si no varían los hechos que los mismos han tenido en cuenta para la determinación del *quantum*...».

(44) STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de octubre de 1998, recurso 1404/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 1404/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9367/1998. Tras la realización de unos trabajos de excavación se produce la ruina del inmueble colindante, con la consiguiente pérdida de material propio de coleccionista, se exige la indemnización por daño moral.

«...la relatividad e imprecisión forzosa del mismo impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, que jurídicamente ha de ser resuelto con aproximación y necesidad pragmática de resolver ese conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir el principio del *alterum non laedere*...».

(45) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 48163-NS/0000. La relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el *principio de alterum non laedere*; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato, produce, en un curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (cfr. CC arts. 7.1 y 1258).

julio de 1994 (46), 22 de noviembre de 1997 (47), y 12 de julio de 1999 (48), entre otras].

Se produce una superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad. Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional [sentencias de 28 de febrero de 1994 (49), 9 de diciembre de 1994 (50), 15 de diciembre de 1994 (51) y 21 de octubre de 1996 (52), de propiedad intelectual] (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria [sentencias de 22 de mayo de 1995 (53), 27 de enero de 1997 (54) y 28 de diciembre de 1998 (55)] y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte)...

No obstante ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (STS de 27 de julio de 1994) (56), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual [STS de 12 de julio

(46) STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de julio de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17066/1994.

(47) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 1997, recurso 2941/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 2941/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11376/1997. Ruina de vicios en la construcción de una propiedad horizontal. Existencia de daños morales.

(48) STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1999, recurso 3465/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 3465/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8668/1999.

(49) STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de febrero de 1994, recurso 1069/1991. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 1069/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13774/1994. Daños causados al prestigio comercial de una empresa mediante la emisión de información no veraz.

(50) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. Número recurso/rollo: 2830/1991. LA LEY 16537-R/1994.

(51) STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, recurso 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 398/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13749/1994.

(52) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996.

(53) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, recurso 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 399/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 713/1995.

(54) STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de enero de 1997, recurso 1949/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1949/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1332/1997. Responsabilidad civil de las entidades titulares o gestoras de los establecimientos públicos, pero indirecta por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados. Y de forma directa por deficiencias imputables a la asistencia masificada.

(55) STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998, recurso 925/1994. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 925/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1241/1999. Responsabilidad de la administración hospitalaria por contagio de SIDA en transfusión sanguínea.

(56) STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de julio de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17066/1994.

de 1999 (57), 18 de noviembre de 1998 (58), 22 de noviembre de 1997 (59), 20 de mayo de 1996 (60) y 21 de octubre de 1996 (61)], lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

VII. EL SUFRIMIENTO O PADECIMIENTO PSÍQUICO: SITUACIONES

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [SSTS de 22 de mayo de 1995 (62) y 19 de octubre de 1996 (63)].

La Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar:

- el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990) (64),

(57) STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1999, recurso 3465/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 3465/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8668/1999. Rescisión del contrato de compraventa de la vivienda adquirida por la actora en la urbanización.

(58) STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de noviembre de 1998, recurso 2625/1994. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 2625/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235/1999. Acción de repetición de la retención efectuada por la empresa sobre la indemnización pactada por extinción de contrato de alta dirección. Daños morales.

(59) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 1997, recurso 2941/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 2941/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11376/1997.

(60) STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de mayo de 1996, recurso 3091/1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 3091/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6278/1996. Aplicación analógica de las reglas hermenéuticas a los actos previos o posteriores al negocio. «Improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible, y que, al mismo tiempo se valore como indemnizable el daño moral producido por la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante, no obstante, aquel recurso, en el caso de haberse ejercitado, concluyera con la desestimación, sin que pueda ser objeto de revisión, como ya se ha dicho, de la indemnización establecida por el daño moral».

(61) STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996.

(62) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, recurso 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 399/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 713/1995.

(63) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de octubre de 1996, recurso 2243/1993. Ponente: Francisco MORALES MORALES. Número de recurso: 2243/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9226/1996. Las informaciones publicadas en el Diario «El Correo Gallego», contenidas en los documentos que se aportan con el escrito de demanda, se produjo una intromisión ilegítima en el honor del actor, por no ser veraz la información; procediendo condenar solidariamente a los demandados a pagar al actor la cantidad de 5.000.000 de pesetas por daño moral, así como a difundir el encabezamiento y parte dispositiva de esta resolución en la misma forma en que se efectuaron las informaciones de «El Correo Gallego».

(64) STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de julio de 1990. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2079-JF/0000. «En la reclamación de daños morales por ofensas al honor; la valoración de los daños corresponde hacerla al juzgador conforme a

- impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990) (65),
- la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995) (66),
- el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998) (67),
- impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS de 12 de julio de 1999) (68).

las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención solo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral *es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido en casos como el debatido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad* (ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado...».

(65) STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de julio de 1990. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21212-JF/0000. «...la impotencia, la zozobra, la ansiedad, la angustia hasta llegar al centro médico, y, después, la tragedia en el traslado de uno a otro (dejó de hablar y respirar, murió) y la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente».

(66) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, recurso 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 399/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 713/1995. «...como indemnización del perjuicio moral, ciertamente inculcable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario...».

(67) STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de enero de 1998, recurso 450/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 450/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1768/1998. Difusión de noticia radiofónica falsa sobre detención de conocido comerciante por delito contra la salud pública. «El precepto parte de la existencia de un presupuesto que debe resultar suficientemente demostrado y es la intromisión ilegítima —lo que aquí concurre— para establecer la presunción de la concurrencia consecuente y en todo caso de perjuicios, cuya indemnización se extiende al daño moral padecido por quien sufre los deméritos de la noticia que le afecta, efectuándose su valoración de acuerdo con las indicaciones que el artículo establece».

«...al tratarse de un delito que puede calificarse de “odiado” por la sociedad, la amplia difusión de la noticia en Melilla, que llegó a ser conocida o al menos alcanzó la posibilidad de ser sabida por todos sus habitantes, por tratarse de una ciudad media, de reducido perímetro y con la inevitable repercusión en sus actividades comerciales, por tener abiertos al público varios establecimientos destinados a la venta de zapatos, suficientemente conocidos, así como que la esposa del demandante sufrió, a consecuencia de la noticia, un trastorno de ansiedad que exigió asistencia médica, lo que representa normalmente el impacto emocional recibido y la incertidumbre consecuente, aunque la noticia se hubiera desmentido, pero siempre queda el rescaldo de la duda en la armonía psíquica de los afectados más próximos al ofendido».

(68) STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1999, recurso 3465/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 3465/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8668/1999. La sentencia impugnada condena a la recurrente al pago de una indemnización de daños y perjuicios sin prueba alguna acreditativa de su objetividad y procedencia, se desestima porque la sentencia de instancia condena a la recurrente a la indemnización de un

La sentencia que definitivamente ha impulsado estas características del daño moral ha sido la STS de 31 de mayo de 2000 (69), en donde se analizó el daño moral indemnizable por sufrimiento psíquico motivado por el retraso del vuelo en un transporte aéreo (70).

VIII. EL DAÑO MORAL Y LA INTIMIDAD FAMILIAR

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se afirma que: «en su artículo noveno, de acuerdo con lo prevenido

millón de pesetas (1.000.000 de ptas.) por daños morales, los cuales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia.

(69) STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2000, recurso 2332/1995. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 533/2000. Número de recurso: 2332/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9204/2000.

(70) Sentencia pionera que lo puso de relieve: Vid. STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2000, recurso 2332/1995. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 533/2000. Número de recurso: 2332/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9204/2000. El problema concreto que se plantea en el asunto es si tal doctrina es aplicable a la aflicción producido por un retraso en un transporte aéreo. La parte recurrente considera que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo espiritual, entendiéndose que no procede estimar la pretensión indemnizatoria. Evidentemente, como sostiene la parte recurrente, *no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo;* y obviamente también tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta *incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna.* En el caso se dan los tres requisitos. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida). Y en tercer lugar, se dio la situación de aflicción en la esfera psíquica (como se establece en la sentencia de la Audiencia), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a *la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud* por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya.

en el artículo 53.2 CE, el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas, así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que estos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no solo la de los perjuicios materiales, *sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos*; y en que los supuestos de intromisiones o agresiones ilegítimas a este derecho fundamental, «la indemnización *se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida*».

A juicio de MARTÍNEZ-CALCERRADA (71), daño moral «en su integración negativa, es toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “*quantum económico*”, y tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos, por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico, y no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable».

Continúa afirmando que en «su integración positiva... habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, o intromisiones en sus derechos personalísimos —honor, intimidad— y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable), se puede captar la esencia de dicho daño moral».

No obstante en la reclamación de daños morales por ofensas al honor, la valoración de los daños corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para su desestimación su falta de determinación pecuniaria.

De hecho el juez valora discrecionalmente atendiendo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «El daño moral: sus manifestaciones en el Derecho español», en *Diario La Ley*, núm. 6999, Sección Tribuna, de 29 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-242, Editorial LA LEY. LA LEY 38695/2008.
- IGLESIA MONJE, M.^a I.: «Los daños morales del exmarido al descubrir que no era suyo uno de los hijos nacidos durante su matrimonio», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1367 a 1369.

(71) MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, «El daño moral: sus manifestaciones en el Derecho español», en *Diario La Ley*, núm. 6999, Sección Tribuna, 29 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-242, Editorial LA LEY. LA LEY 38695/2008.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico).

- STC, Sala Primera, sentencia 23/2010, de 27 de abril de 2010, recurso 4239/2006. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Número de sentencia: 23/2010. Número de recurso: 4239/2006. LA LEY 40972/2010.
- STC, Sala Segunda, sentencia 115/2000, de 5 de mayo de 2000, recurso 640/1997. Ponente: Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS. Número de sentencia: 115/2000. Número de recurso: 640/1997. LA LEY 92668/2000.
- STC, Sala Segunda, sentencia 197/1991, de 17 de octubre de 1991, recurso 492/1989. Ponente: Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. Número de sentencia: 197/1991. Número de recurso: 492/1989. LA LEY 1822-TC/1992.
- STC, Sala Segunda, sentencia 231/1988, de 2 de diciembre de 1988, recurso 1247/1986. Ponente: Luis LÓPEZ GUERRA. Número de sentencia: 231/1988. Número de recurso: 1247/1986. LA LEY 1166-TC/1989.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 48163-NS/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de julio de 1990. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21212-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de julio de 1990. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2079-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de junio de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 688-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de diciembre de 1993, recurso 1004/1991. Ponente: ALMAGRO NOSETE, José. Número de recurso: 1004/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13637/1993.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de enero de 1993. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 446-5/1993.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, recurso 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 398/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13749/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de febrero de 1994, recurso 1069/1991. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 1069/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 13774/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de julio de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17066/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. Número recurso/rollo: 2830/1991. LA LEY 16537-R/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, recurso 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 399/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 713/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de noviembre de 1995, recurso 764/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 764/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11864/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de mayo de 1996, recurso 3091/1992. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 3091/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6278/1996.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, recurso 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 1805/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10182/1996.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, recurso 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 184/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9948/1996.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de octubre de 1996, recurso 2243/1993. Ponente: FRANCISCO MORALES MORALES. Número de recurso: 2243/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9226/1996.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de diciembre de 1996, recurso 299/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 299/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 125/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 1997, recurso 2941/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 2941/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11376/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de enero de 1997, recurso 1949/1993. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 1949/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1332/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de octubre de 1998, recurso 1404/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 1404/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9367/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de noviembre de 1998, recurso 2625/1994. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 2625/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 235/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998, recurso 925/1994. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 925/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1241/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1999, recurso 3465/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 3465/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8668/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 11 de marzo de 2000, recurso 1922/1995. Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso. Número de sentencia: 234/2000. Número de recurso: 1922/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5470/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2000, recurso 2332/1995. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 533/2000. Número de recurso: 2332/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9204/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2000, recurso 2423/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 964/2000. Número de recurso: 2423/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 11041/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de febrero de 2001, recurso 358/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 139/2001. Número de recurso: 358/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3532/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de noviembre de 2003, recurso 157/1998. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 1036/2003. Número de recurso: 157/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 35/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de diciembre de 2003, recurso 476/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1163/2003. Número de recurso: 476/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 1999, recurso 3465/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de recurso: 3465/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8668/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 2012, recurso 1865/2010. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 271/2012. Número de recurso: 1865/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 46527/2012.

- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de diciembre de 2010, recurso 179/2008. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio. Número de sentencia: 811/2010. Número de recurso: 179/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 244467/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2011, recurso 1933/2009. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 775/2011. Número de recurso: 1933/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 205979/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 2012, recurso 1865/2010. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 271/2012. Número de recurso: 1865/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 46527/2012.
- SAP de Madrid, Sección 12.^a, de 25 de enero de 2012, recurso 555/2011. Ponente: José Luis Díaz Roldán. Número de sentencia: 36/2012. Número de recurso: 555/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17714/2012.

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- CE.
- Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

RESUMEN

DAÑO MORAL. INTIMIDAD FAMILIAR

El ámbito de la intimidación personal y familiar es donde residen los valores humanos y familiares; constituye un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y de la familia. Es fundamental por su propia esencia de privacidad, la cual se protege frente a la curiosidad de los demás. Su reconocimiento como derecho fundamental tiene por objeto su garantía (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. El daño moral ocasionado por la intromisión ilegítima en dicho ámbito es de creación jurisprudencial, debe ser probado por quien lo reclama. El juez valora los daños conforme a las exigencias de la equidad, y en atención solo a las circunstancias del caso concreto, pues el daño moral es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, a la

ABSTRACT

MENTAL ANGUISH. FAMILY PRIVACY

It is in the sphere of personal and family privacy where human and family values reside. In that sphere one is protected from the curiosity of others. The fundamental right to privacy was acknowledged (Spanish Constitution, article 10.1) to ensure people's privacy against the action and knowledge of others, whether public authorities or simply private citizens. The mental anguish caused by unlawful intrusion into the private sphere is a creation of case law and must be proved by the claimant. The judge weighs the damage pursuant to the requirements of fairness, factoring in only the circumstances of the particular case at hand, for mental anguish is the mental or spiritual impact or suffering caused by a direct attack against the victim's non-economic or personal aspects of self (offending a person's reputation or personal honour or casting doubt on the person's honesty), and reparations

honestidad) y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino como compensación al sufrimiento causado.

are not intended to cover a physical loss, but to provide compensation for the suffering caused.

1.2. Familia

LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL: 1. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: 1. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés básico como es el alojamiento. Normalmente, una parte muy importante de los recursos familiares se destinan a su adquisición mediante préstamo hipotecario; lo que puede determinar, a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos, que ante el impago de la carga hipotecaria —como de cualquier otra deuda— pueda suponer la embargabilidad de la vivienda en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Nuestra Constitución no se refiere a la vivienda familiar como una institución independiente, sino que contempla entre los principios rectores de la política social y económica el derecho de los ciudadanos a tener una vivienda digna y adecuada (art. 47 CC). No estamos, pues, ante un derecho subjetivo en sentido estricto, por lo que el ciudadano carece de una acción que le permita garantizar una efectiva disposición y goce de una vivienda familiar. En todo caso, el citado precepto constitucional hace también indicación a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Aunque como señala ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, «la mera comprobación mecánica de que en la Constitución no hay referencia alguna a la vivienda familiar nunca podrá ser el fin de un estudio jurídico, sino acaso solo su punto de partida» (1), de ahí

(1) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona 1986, pág. 35.

la existencia de otros preceptos constitucionales que tangencialmente también hacen referencia a la vivienda, así el artículo 18 en su apartado 1, relativo a la protección de la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen, y su apartado 2 en relación con el domicilio y su inviolabilidad; el artículo 19 en conexión con la residencia y su libre elección; y los artículos 32 y 39, que se refieren a la familia y a la actuación de los poderes públicos orientada a su protección (2).

Por su parte, es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 B, 91, 96, 103.2.^a y 104); a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales (arts. 1356 y 1357); una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 1406.4 y 1407) a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario, que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes (3).

(2) Mientras GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 63; y CARCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda familiar y mobiliario de la familia en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1433, han querido ver el engarce constitucional del artículo 1320 del Código Civil en el artículo 47 de la Constitución Española; para MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 68, y CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 297, se encuentra en el principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 del citado texto constitucional.

(3) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 26-27, que «la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de este y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar, y ello en dos frentes, a saber: uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquel o estos (nuevo art. 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (arts. 90, 96, 103), y cuando este se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)». Y añade: «El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección y a la que habrá de atender el juzgador».

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, pág. 1584, que la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley de 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Centrándonos en el artículo 1320, hay que señalar que tiene su ubicación en el Título III, Capítulo I del Código Civil, en el marco de las disposiciones generales relativas al régimen económico-matrimonial primario, por lo que se aplica cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (sociedad de ganancias, separación de bienes o participación). De ahí su carácter imperativo (4), sin que responda a principios de orden público (5). Por otra parte, para la efectiva protección que dispensa el citado precepto, resulta indiferente el título en virtud del

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 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 CORDECH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 587, señala que «la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no solo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda».

(4) COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1566; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 587; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1982, pág. 128, precisa que es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales, impuestas por «el régimen secundario», o a través de la delimitación de la libertad de pacto para establecer el propio régimen matrimonial; QUILEZ ESTREMER, M., «La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 u otros del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVIII, marzo-abril de 1982, núm. 549, pág. 424; MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 1987, pág. 240, quien entiende que se trata de una norma irrenunciable: «1.º Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes. 2.º Porque dicha renuncia estaría incurso en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.º, ya que podría perjudicar los derechos de terceros. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6274), el Registrador inscribe el uso de la vivienda y deniega la inscripción de las cláusulas transcritas referentes a la misma vivienda por los siguientes defectos: «1.º La renuncia previa a la facultad que concede al cónyuge no titular el artículo 1320 del Código Civil parece contraria al artículo 6.2 del mismo Código; 2.º Los pactos sobre indisponibilidad o disponibilidad de la finca que constituye la vivienda familiar son de carácter personal y por tanto no inscribibles».

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Reflexiones en torno a la capacidad de la mujer casada», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor José María Castán Tobeñas*, T. VI, Pamplona, 1969, págs. 128-129, en términos generales, «no todas las normas imperativas o prohibitivas contenidas en un Ordenamientos Jurídico determinado, son normas de orden público». Por su parte, GARCÍA CANTERO, G., «Notas al régimen matrimonial primario», en *Documentación Jurídica*, vol. 1, 1982, pág. 301, afirma que, «a primera vista, la noción de régimen matrimonial primario se presenta con gran sencillez, pues se predica de aquellas disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial inderogables, por tanto por acuerdo entre particulares». Refiriéndose al artículo 1320 del Código Civil, GARCÍA-CANTERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos a Manuel ALBALADEJO, T. XXXVI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 189, «aun cuando algún autor haya calificado de orden público el precepto del repetido artículo del Código, esa afirmación carece de sentido alguno, por cuanto tal norma no tiene sentido territorial y

cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o personal), pues afecta a todos los derechos por igual, y, como precisa el citado texto legal, «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges» (6). Es válido para este supuesto el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Establece el citado artículo 1320 que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos no 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». Se trata de una limitación a la libre disposición del cónyuge titular que, como tal exige una interpretación restrictiva de la misma (7). Asimismo, se destaca por la doctrina, que tanto la vivienda como el mobiliario son bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. De ahí el deber de ambos cónyuges de contribuir a tales cargas mediante la aportación de aquellos. Por lo que, la no puesta a disposición del cónyuge titular de los derechos sobre tales bienes constituirá infracción de lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil (8).

Ahora bien, tal restricción a la libre disposición tiene sentido cuando la titularidad de la vivienda corresponde exclusivamente a uno de los cónyuges. Si ambos son cotitulares por tratarse de un bien ganancial, o en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, el consentimiento de los dos será necesario como consecuencia de la cotitularidad. Asimismo, el consentimiento será necesario cuando uno de los cónyuges pretenda enajenar la cuota indivisa que le corresponde sobre la vivienda.

Por otra parte, el fundamento del artículo 1320 radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia ante la actuación arbitraria del cónyuge que ostenta la titularidad de aquella, al disponer de la misma a favor de terceros (9). Así, la exigencia contenida en tal precepto

no es aplicable a los extranjeros ni tampoco a aquellos españoles que estén sometidos a la ley civil catalana o balear».

(6) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 91; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.³ J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588, «esta precisión —si no inútil— no parece esencial, toda vez que la titularidad modalizará el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no altera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320, para cuya aplicación el dato básico —y suficiente— es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

(7) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129, matiza que, de lo que se trata no es de una limitación de la facultad de disponer sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4466); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de abril de 1992 (*AC* 1992/526).

(8) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, págs. 39-40; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566; HERRERO GARCÍA, M.³ J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

(9) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 296-297; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129;

no tiene otro alcance que lograr que el asentamiento del hogar conyugal se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges (10). En palabras de LACRUZ BERDEJO, «el derecho al hogar limita la utilización libre y sin trabas de los objetos domésticos y el local, exclusivamente en tanto en cuanto se encuentran destinados a su fin familiar y con la misma duración. Lo que quiere decir que la enajenación es siempre posible en tanto en cuanto no se traspasen los límites de esa utilización familiar e inviable en otro caso» (11). La tutela que ofrece, pues, el precepto es *inter partes*, mediante una protección del cónyuge no titular frente a la actuación del otro cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda que puede ejercer el *ius disponendi* sobre la misma. Una tutela que solo cede frente a terceros de buena fe. Se pretende, en esencia, proteger el uso y el disfrute del bien afecto a las necesidades de la familia frente a una actuación arbitraria del cónyuge que ostenta su titularidad. En fin, con ello se posibilita la tutela de la legítima posesión del grupo familiar sobre la vivienda habitual familiar que viene a constituir su hogar.

De todas formas, se parte de la existencia de un vínculo matrimonial y de la necesidad de proteger la sede familiar con el objeto de favorecer la convivencia de todos los miembros de la familia, sea únicamente el matrimonio o el grupo de cónyuges e hijos. Cabe plantearse si es aplicable el citado artículo 1320 también al supuesto de separación de hecho. Se inclina por una postura afirmativa la doctrina, pues no se puede privar del calificativo de vivienda familiar habitual a la que como tal fue elegida por ambos cónyuges, si al menos existe en uno de estos el deseo de mantener ese carácter (12).

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 128, quien manifiesta que «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos»; para MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 67, se nos presenta la norma «como una plasmación concreta del abstracto contenido del deber matrimonial de actuación en interés de la familia».

La Resolución de la DGRN, de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/4921), establece que «la finalidad que persigue el artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»; y la Resolución de la DGRN, de 6 de marzo de 2004 (JUR 2004/158887), señala que se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003/166974), lo que se trata de proteger es el interés familiar.

(10) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1434.

(11) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 28.

(12) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588 quien, asimismo, precisa que «una negativa no razonable del cónyuge no titular dejará abierta la vía prevista en este precepto: solicitar la correspondiente autorización judicial; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, señala que, para que cese de existir la vivienda familiar no basta la separación de mutuo acuerdo; por su parte, para ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1453, si los cónyuges están separados de hecho será la vivienda en que viven o han convivido hasta el momento de la separación con los hijos comunes. En el caso de que los

Ahora bien, se parte en el mencionado precepto de la irregularidad del título en lugar de operar sobre la invalidez de la transmisión, cuando falta el consentimiento del cónyuge no titular; lo que supone una excepción a la teoría general de la transmisión de los derechos reales, fruto esencialmente de la influencia del ordenamiento francés donde la transmisión opera *solo consensu* (art. 1318 del Code Civil); de forma que, basta el contrato traslativo para que opere el proceso transmisivo y, en consecuencia, el cambio en la titularidad jurídico real (13).

En consonancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1301 y el artículo 1322 del Código Civil, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, la sanción por falta de consentimiento del cónyuge no titular al acto dispositivo es la anulabilidad, salvo que el adquirente haya actuado de buena fe (14). Aunque el contrato pudiera reunir todos los requisitos para su validez, sin embargo, se ha considerado por el legislador que la falta de consentimiento del cónyuge no titular, a pesar de no ser un requisito del contrato, sino de la tradición, posibilita que aquel pueda atacar el título traslativo, provocando con ello la ineficacia de la transmisión. Con ello, se ha optado por situar los efectos de la ausencia de consentimiento del cónyuge no titular en el contrato; de forma que el tercero que adquiere no pueda ampararse en la fe pública registral (art. 34 LH), pues

cónyuges vivan separados y no tengan hijos comunes, no tiene sentido hablar de vivienda familiar, sino de vivienda conyugal, y deberá ser considerada como tal la última vivienda que hubieran compartido. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/5540).

(13) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 303-304.

(14) ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU Barcelona, 1992, pág. 162; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 363-364, que aclara que el artículo 1322 no solo se circunscribe a los negocios referentes a la vivienda familiar, sino que también se aplica a cualquier acto de disposición o administración en el que se haya omitido el necesario consentimiento de uno de los cónyuges como en los casos de los artículos 1377 y 1378 del Código Civil. En contra, CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1137; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, págs. 259-261, descarta que el acto pueda ser calificado de anulable, pues, en un análisis *de lege ferenda*, lo que nos encontramos es ante una inoponibilidad al cónyuge no titular con posterioridad a la disposición del derecho del cónyuge titular, para la defensa de su derecho, en función de cuál sea la situación personal de este cónyuge con relación a la vivienda familiar. En consecuencia, el artículo 1322 no es aplicable como sanción de ineficacia del negocio dispositivo, amén de la inadecuación del régimen de anulabilidad a nuestro supuesto. Entiende por ello que la continuación o no del derecho del cónyuge no titular tras el acto de disposición sin asentimiento, dependerá de la buena o mala fe del adquirente.

Por su parte, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 303, nota 86, comparte la opinión de este último autor con respecto a la inadecuación del régimen al problema que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular, pero matiza que, no cabe duda que la voluntad del legislador ha sido la de establecer tal grado de ineficacia. Con todo, no cree «que sea posible equiparar, en cuanto las consecuencias, la situación del artículo 1320 del Código Civil con la del artículo 96 del Código Civil, pues los mecanismos de protección empleados por el legislador son diferentes». Y añade: «la ley no diseña un "derecho" a favor del cónyuge no titular en situación de normalidad matrimonial y sí lo hace para los casos de crisis conyugal. De ahí que concluya que no comporte la categoría de inoponibilidad que propone el autor citado para resolver los problemas que plantea el artículo 1320 del Código Civil.

no estamos ante una falta de poder de disposición del cónyuge titular que trasmite, sino ante la ineficacia del título que determina la plena operatividad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Si bien, esta facultad de control sobre el acto transmisivo que se concede al cónyuge no titular tiene como límite la buena fe del adquirente. De forma que la legitimación posesoria del cónyuge no titular solo se mantiene si se ha omitido su consentimiento en el negocio dispositivo, y el adquirente ha actuado de mala fe.

Ahora bien, cuando la situación de normalidad se torna en situación de crisis matrimonial, el artículo 96.4 del Código Civil erróneamente, además de limitar la libre disposición del cónyuge titular con respecto a la vivienda familiar, posibilita que se atribuya al cónyuge no titular un derecho de uso en base a criterios como la existencia de hijos menores y la concesión a este de su guarda y custodia, o a falta de estos, por ser el interés más necesitado de protección. Son varias las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la naturaleza de este derecho de uso, como analizaremos, aunque suelen coincidir en su oponibilidad *erga omnes* y su posible inscripción en el Registro de la Propiedad. En esta situación de crisis conyugal la falta de consentimiento no afecta al título de transmisión del bien que constituye la vivienda familiar, sino que se adquiere el dominio con la obligación de mantener el derecho de uso del cónyuge, que no ostenta ninguna titularidad sobre el bien. Si bien, hay que matizar que, si el gravamen o carga no está inscrito en el Registro, enajenándose como libre la vivienda familiar, y estamos ante un tercero adquirente de buena fe, que no puede conocer de otro modo la existencia de tal derecho de uso —pues, no olvidemos que la posesión también actúa como forma de publicidad—, aplicando las normas registrales, resulta protegido por el principio de buena fe registral (art. 34 LH), aunque la realidad extrarregistral determine que se encuentra limitada o gravada la propiedad por un derecho de uso o algún otro derecho real en cosa ajena no inscrito o debidamente cancelado (15). Si, por el contrario, el gravamen está inscrito, deberá el adquirente respetar el derecho de uso.

En todo caso, estamos ante un derecho de ocupación, de uso que se concede al cónyuge no titular —pues si el uso se atribuye al cónyuge propietario, ningún derecho emerge— (16), inexistente en situaciones de normalidad matrimonial, que por sí solo resulta suficiente, de ahí que no resulte necesario añadir, como, sin embargo, erróneamente hace nuestro legislador, una limitación a la libre disponibilidad de la vivienda familiar, que, en cambio, sí resulta operativa en situación de normalidad matrimonial.

Por su parte, aclara CUENA CASAS que en la situación de crisis matrimonial la ley prescinde del criterio de la titularidad, pues puede tratarse de un inmueble que era ganancial y que tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 y sigs. CC); puede que ya inicialmente se tratara de un bien en comunidad ordinaria por haberlo adquirido de esta forma los cónyuges o puede ser que el inmueble sea en su totalidad propiedad exclusiva de uno de los cónyuges (17).

(15) GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 1148.

(16) Vid., las Resoluciones de la DGRN de 6 de julio de 2007 (*RJ* 2007/6161), y de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634).

(17) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 337.

En este contexto, aunque constituye un reto ambicioso un análisis en profundidad del artículo 1320 y artículo 96.4, señalando sus similitudes y también constatadas diferencias, por razones de espacio vamos a centrar el presente estudio en un supuesto relativamente frecuente, como es que ambos cónyuges adquieran la vivienda habitual conjuntamente en régimen de comunidad en el marco de un régimen de separación de bienes, o antes de constituir la sociedad de gananciales, o como consecuencia de la disolución y liquidación de esta tras la ruptura del vínculo conyugal por sentencia de divorcio, la vivienda que era ganancial se adjudica a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria, o, en fin que, el bien que constituye la vivienda familiar sea propiedad de uno de los cónyuges y un tercero. En todos estos casos, cabe plantearse qué sucede si constante el matrimonio se opta por disponer de la cuota, o cualquiera de los cónyuges ejercita la acción de división de la cosa común, estamos ante un acto dispositivo del artículo 1320 del Código Civil, e, igualmente, si tal ejercicio tiene lugar por el cónyuge no usuario o por un tercero y existe un derecho de uso a favor del otro cónyuge no titular, subsiste o no tal derecho de uso, máxime si la cosa es indivisible y, puede venderse en subasta pública con la concurrencia de licitadores extraños. Para llevar a cabo este estudio, lo vamos a estructurar tratando, en primer lugar, qué se entiende en la doctrina y jurisprudencia por vivienda habitual, para luego proceder a analizar el supuesto planteado desde la doble situación expuesta, esto es constante matrimonio, concretando qué se entiende por acto dispositivo de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario al que se refiere el artículo 1320 del Código Civil, y su aplicación a este concreto supuesto, o una vez tiene lugar la crisis matrimonial si sobre la base de las diferentes concepciones en torno a la naturaleza del uso, subsiste o no este. Si bien, además de la referencia doctrinal y jurisprudencial necesaria en todo análisis, nos parece oportuno aludir a la regulación existente en otros ordenamientos autonómicos.

No obstante, antes de iniciar el presente estudio, brevemente señalaremos por un lado que el Consejo de Europa ha desarrollado una importante actividad en el área del Derecho de Familia, en particular en el sector de la vivienda familiar con la aprobación por el Comité de Ministros de la resolución 78 [37] sobre igualdad de los esposos en el Derecho Civil, en la que se recomienda a los Estados, que «adopten todas las medidas necesarias para que una protección legal sea garantía del esposo que habita o ha habitado el inmueble familiar; pero que no es ni propietario, ni locatario, ni titular de otro derecho que le proporcione el goce de dicho alojamiento, cuando los derechos pertenecen o han pertenecido al otro cónyuge y pueden ser perdidos o han sido perdidos como consecuencia del comportamiento abusivo de su cónyuge, sin perjuicio de los derechos de terceros», y, la Recomendación de este mismo Comité [81] 15 sobre derechos de los cónyuges relativos a la ocupación de la vivienda familiar y utilización del ajuar que pretende asegurar a los esposos el derecho a la ocupación del alojamiento de la familia y a la utilización del mobiliario y los objetos destinados al uso familiar, introduciendo una legislación, o, en su caso, adaptando la legislación de los Estados a los principios enunciados en el anexo del documento, tomando en consideración la copropiedad y la cotitularidad arrendaticia, como medios de reforzar el derecho a la ocupación del alojamiento familiar (18). Advierte, GARCÍA CANTERO, que «no se trata de lograr una igualdad absolutamente matemática entre

(18) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 60.

las legislaciones internas de los países miembros del Consejo de Europa, sino que se trata de ofrecer un modelo o *standard* que represente el mínimo de protección que se considera satisfactorio, para lo cual se deja en buena parte a los derechos internos elegir el mecanismo jurídico más apto para lograr los indicados fines. Y añade que «se limita a enunciar un derecho a ocupar la vivienda o a usar el mobiliario, sin que descienda a definirlo, únicamente recomienda el sistema de copropiedad cuya adopción está en función, evidentemente, de las posibilidades reales que el régimen de copropiedad ofrezca dentro de cada país para dispensar una protección efectiva» (19). En semejante sentido, se pronuncia CORRIENTE CÓRDOBA, para quien «una armonización y más una uniformización que hubiera querido ir demasiado lejos y demasiado deprisa en estas cuestiones hubiera estado llamada a un segundo fracaso». Por ello, cuando el Comité de Ministros habla de la necesidad de establecer «reglas comunes», puede traer a nuestras mentes la idea de una futura convención europea sobre la materia (20).

Y por otro, que la tutela de la vivienda familiar en otros ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno se ha abordado desde dos sistemas definidos: el sistema inglés, que se basa en la creación de un derecho autónomo de ocupación del hogar familiar, inscribible en el Registro de la Propiedad y con eficacia *erga omnes*, y por otro, el sistema continental de aplicación más general, que se funda en una restricción a los poderes dispositivos que tienen los cónyuges sobre la vivienda familiar, que les pertenece, concediendo precisamente al cónyuge no titular la posibilidad de impugnar el negocio realizado por su consorte sin su consentimiento. Con relación al primero, en Gran Bretaña la *Matrimonial Homes Act* (MHA) de 1967, y su sucesora de 1983, fundamenta el sistema sobre la base de conferir al cónyuge no propietario del inmueble, que sirve de alojamiento al matrimonio, un derecho autónomo de ocupación preferente que es oponible tanto al otro cónyuge como a los terceros, previa anotación del derecho de ocupación en el Registro respectivo. Se trata de un derecho esencialmente personal, no cedible, que mientras subsista el matrimonio tendrá el carácter de carga sobre la propiedad, limitando las facultades de disposición al titular del inmueble y además de un derecho temporal. El titular de la protección otorgada no solo es el cónyuge no titular, sino también el cónyuge que carece de un derecho real sobre el inmueble que le permita su utilización, e incluso aquel cónyuge que no cuenta amparo en el *trust* conyugal que pueda existir (21). En cuanto al sistema continental, es la acogida en Francia en el año 65, cuando la Ley de 13 de julio de ese mismo año modificó el artículo 215 del Código Civil que dispone que: «*los cónyuges no pueden disponer, el uno sin el otro, de los derechos por los que se asegura el alojamiento familiar, ni de los muebles que contiene. El cónyuge que no haya dado su consentimiento al acto puede solicitar su anulación: la acción para pedir la nulidad puede ejercitarla durante un año a partir del día siguiente en que se tuvo conocimiento del acto, y sin que en ningún caso pueda interponerse*

(19) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 66-67.

(20) CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., «La configuración de la vivienda familiar y de su ajuar en el Derecho europeo. Líneas de construcción y directrices de política legislativa formuladas por el Consejo de Europa», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 335.

(21) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 104-106.

transcurrido un año desde que hubiese quedado disuelto el régimen matrimonial». De forma que la restricción a la facultad dispositiva determina que el cónyuge titular no puede disponer de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro, pudiendo este impugnar el negocio dispositivo en el plazo de un año.

Como precisa, CUENA CASAS, el legislador español ha optado por las dos posibilidades. Así, «en situación de normalidad matrimonial, el artículo 1320 del Código Civil concede a quien no ostenta ninguna titularidad jurídico-real sobre el inmueble, una potestad de control en cuanto a la enajenación o gravamen del mismo, ...en tanto que no basta un contrato válido celebrado por el dueño del bien que se pretende enajenar, sino que es preciso este «consentimiento» de un tercero que no es dueño del inmueble... En paralelo, distinta es la posición jurídica que tiene el cónyuge no titular en situación de crisis matrimonial, pues se diseña un derecho de ocupación, el derecho de uso sobre la vivienda familiar» (22).

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación» (23). Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia» (24). Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además de seguridad e intimidad (25). Para HERRERO GARCÍA, por vivienda fa-

(22) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 298-299.

(23) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 49.

(24) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46 y 194.

(25) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, págs. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001/62709); de la Audiencia Provincial de

miliar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar» (26).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (27), conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil, en relación con el matrimonio y su crisis, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar (28); se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de

Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 1996 (*AC* 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4917), y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 22 de enero de 2003 (*JUR* 2003/67263), se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

(26) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204, entiende por vivienda habitual, «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

(27) *RJ* 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995/2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que: «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

(28) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 28.

voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen» (29).

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA, «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes» (30).

A esta falta de definición hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar, en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406, también del Código Civil, referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria, a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC) (31). Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no solo aquel sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial—, y de identificación del matrimonio. Mientras que la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar (32).

ESPIAU ESPIAU, atendiendo a la consideración del domicilio conyugal como lugar «de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones», con-

(29) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 187.

(30) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 99.

(31) GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pág. 349.

(32) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), que entiende la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial».

sidera que «respecto a terceros, aquel desarrolla una función de localización de ambos consortes, unificando el domicilio individual de cada uno de ellos en una sede común; y entre los cónyuges se configura como lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro. En este sentido, el domicilio conyugal desempeña una doble función, susceptible de ser diferenciada y que caracteriza su consideración como domicilio: como lugar de localización de la persona, referido a cada uno de los cónyuges, y como lugar de localización de la relación jurídica existente entre ellos» (33).

Por su parte, señala CUENA CASAS que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar (34).

Lo cierto es que existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar (35). Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA-CANTERO piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto, el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio» (36).

(33) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, págs. 25-26.

(34) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 281.

(35) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1981, pág. 88; SANTOS BRIZ J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» (art. 40 CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, 1988, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (*La Ley* 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (AC 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (*JUR* 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan, de común acuerdo, el domicilio familiar. Ante terceras personas se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

(36) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/359).

En todo caso, la objetivización de la vivienda familiar, como sede del domicilio conyugal, tiene trascendencia frente a terceros y permite garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el artículo 1320 del Código Civil, amén de una mayor constancia en el Registro de la Propiedad (37).

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar; y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio (38).

Ahora bien, cuando se trata de domicilio conyugal se omite toda referencia a la residencia como base de su existencia; sin embargo, si la vivienda familiar es el lugar donde la familia tiene su residencia habitual y se destina a la satisfacción de la necesidad básica de alojamiento de la familia, no parece razonable desvincularla de la residencia efectiva. De forma que, si la vivienda familiar es el lugar de residencia habitual de los cónyuges, se puede presumir que el lugar donde los cónyuges han fijado el domicilio familiar es el lugar de residencia habitual de la familia (39).

El concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual y la vivienda la base territorial de aquel (40).

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos:

1. Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar (41), o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible (42); o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen

(37) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 281-282.

(38) GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197.

(39) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 283.

(40) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (*RJ* 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (*RJ* 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (*RJ* 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 22 de enero de 2000 (*AC* 2000/383), la residencia habitual supone, como elemento fundamental, «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

(41) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993/2235).

(42) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

construir la casa (43). La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que tal ocupación haya tenido lugar durante un determinado periodo de tiempo, pues tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente (44).

Si se habita de forma normal y permanente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*. Si bien, no es necesario, aunque no faltan opiniones en sentido contrario (45), que concurren ambos elementos para que opere este requisito: objetivo (*corpus*) equivalente a un asentamiento con carácter permanente, y otro subjetivo (*animus*) entendida como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter; al ser posible que la vivienda ocupada transitoria o provisionalmente, se considere también vivienda habitual mientras tal ocupación tenga lugar. Hemos de pensar en la necesidad de la familia de ocupar otra vivienda temporalmente, mientras se concluye la construcción de la que será la vivienda familiar definitiva. De ahí que no se autorice a ninguno de los cónyuges a disponer unilateralmente de la vivienda que en ese momento ocupa la familia, mientras tal situación esté vigente (46).

(43) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, pág. 1606; HERRERO GARCÍA, M.^ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1997-I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

(44) RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320, viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que solo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable».

(45) MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus*.

(46) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 286; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 215.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/148995), consideró vivienda familiar un inmueble en construcción que no había sido ocupado todavía por la familia, y ello porque «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^ª, de 9 de

En todo caso, no basta con residir, sino que se ha de presumir que se hará en un futuro. Es la permanencia y la estabilidad lo que debe acreditarse, sin necesidad de analizar la intencionalidad del sujeto para entender que una vivienda constituye la sede familiar.

2. Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Solo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiendo la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ, para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa» (47). Para TAMAYO CARMONA, cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo (48).

Por otra parte, además de la habitabilidad, la propia redacción del artículo 1320 del Código Civil exige que el inmueble que tenga la condición de vivienda familiar, sea precisamente una vivienda. De ahí que, atendiendo a tales consideraciones, existe un punto común de excluir del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, construcciones en ruinas, en definitiva a todo espacio que desde una perspectiva objetiva no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas (49).

marzo de 2007 (*JUR* 2007/203692), que se considera que tiene el carácter de vivienda familiar, aunque temporalmente se haya abandonado su uso con motivo de obras de rehabilitación.

(47) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1436.

(48) TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46-47 quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial, se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad y la inviolabilidad de domicilio.

(49) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1606; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 284; LUCINI CASALES, Á., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriidad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios (50). Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que la ley asigna a la vivienda familiar (51). Por otra parte, también plantean cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble (52). Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada (53).

año LXVI-1990, núms. 596 al 601, pág. 88; PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HÍJAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

(50) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1437; BELDA SÁENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriidad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, págs. 224-225; ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 285, el criterio de la accesoriidad es subsidiario del de segregación; y en la medida en que esta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

(51) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 208-209; HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquel que es a la vez vivienda habitual de la familia.

(52) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149.

(53) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (JUR 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (JUR 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar cuando se trata de fincas registrales distintas.

3. Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia y con carácter principal (54).
4. La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual (55).

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios (56). Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales (57); frente a quienes solo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal (58).

(54) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

(55) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

(56) La Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contempla expresamente esta posibilidad en sus artículos 7 y 27.2.f).

(57) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que dado que la ley no prohíbe, nada impide que haya más de dos viviendas; DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora, «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onis*, Salamanca, 1984, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A., «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil*, 1987-1, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

(58) RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1607; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 55-56, precisa que, esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda

No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «*pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otra residencia, si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*», algo que ya se había planteado con el artículo 83 del Código de Familia catalán.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

Respecto a los muebles de uso ordinario de la familia, a la que se refiere el artículo 1320 del Código Civil y que reitera el artículo 96.4 del Código Civil en relación con el derecho de uso respecto a los objetos de uso ordinario, hay que prescindir, al igual que con la vivienda familiar, de la titularidad o pertenencia que los cónyuges tengan sobre tales bienes (59). Al término «muebles» cabe darle el sentido que el artículo 346.2 del Código Civil dispone para las cosas o bienes muebles; de forma que han de entenderse comprendidos en tal término, todas aquellas cosas o bienes que principalmente tengan por destino amueblar o alhajar las habitaciones y que están destinadas al uso indistinto de cualquiera de los miembros de la familia. Quedan, en consecuencia excluidos, los objetos de uso exclusivamente personal, las alhajas, objetos artísticos o históricos, cuadros u otros objetos de extraordinario valor, en la línea con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil —aplicable al supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges—; de forma que habrá de atenderse también a las circunstancias económico-sociales (60). Con todo, ha de tratarse de muebles de uso ordinario, en el sentido de objetos usuales y usables e imprescindibles para la vida de cualquiera de los miembros del grupo familiar (61).

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que corresponde a la familia matrimonial (62).

familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

(59) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 289.

(60) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589, habrá que atenderse a las concretas circunstancias económicas-sociales de la familia, pero entendiendo que quedan excluidos los de extraordinario valor; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 289; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129 quien, asimismo, precisa que «la referencia a los “muebles de uso ordinario” de la familia parece algo más amplia que la referencia al ajuar doméstico, o “ajuar de la vivienda habitual común de los esposos”, a que alude el artículo 1321, sin que por ello dejen de excluirse, también de los muebles de “uso ordinario de la familia”, las alhajas y objetos valiosos».

(61) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 128-129. Para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 289-290, entiende que «no habrá obstáculo para que, tratándose de bienes de cierto valor, sea posible su sustitución por otros que presten la misma utilidad». Ahora bien, añade la autora, que «aunque resulte obvio, es necesario que los muebles a que se refiere la norma estén en la vivienda familiar y no en otras viviendas pertenecientes a los cónyuges».

(62) Precisa LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 128, que por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

Aunque el material normativo constitucional puede ampliar tal campo de aplicación, pues, mientras el artículo 32 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad; el artículo 39 en su apartado 1 establece que los poderes públicos procurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, añadiendo en su apartado segundo, que aquellos poderes «asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». De forma que, sobre tal base legal, el concepto de familia pueda ser más amplio al englobar tanto la familia unida por un vínculo matrimonial como la no matrimonial (63). Sin embargo, el modelo de familia legal diseñado en tal texto constitucional se basa en el matrimonio respecto de la cual es posible una discriminación positiva conforme lo dispuesto en el citado artículo 32, siendo, en consecuencia, también prevista para ella el régimen de protección que el Código Civil dispensa a la vivienda en los artículos 96.4 y 1320 (64). Todo ello sin perjuicio de los deberes inherentes a la patria potestad o de la obligación de alimentar a los descendientes que corresponde a las parejas de hecho con hijos, o a la protección, en su caso, que se puede dispensar a este núcleo familiar al margen del matrimonio a través de los artículos 142 y siguientes (obligación de alimentos), y 392 y siguientes (comunidad de bienes) del Código Civil (65).

En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación

(63) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 39, señala que «se trata de un material normativo fragmentario que tiene que ser interpretado dentro de un contexto más amplio, cultural e histórico para que pueda ser correctamente captado el sentido de los preceptos de la Constitución tanto en lo que dicen como en lo que no dicen».

(64) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 31, que «la aplicabilidad de las normas sobre hogar familiar a las parejas no casadas parece excluida por el tenor literal de tales normas, y pensando que quien no se casa lo hace precisamente para mantenerse al margen de las leyes y en un régimen de mero arbitrio y libertad, de modo que cualquier vinculación iría contra la presumible voluntad de los convivientes. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la concesión del hogar familiar, tal como la plantea la ley, aunque recaiga en un progenitor, muchas veces se realiza en función de los hijos, tampoco cabe excluir absolutamente a título de alimentos de estos se pudiera también aplicar al conviviente abandonado el régimen de los artículos 90 y sigs., en cuanto preceptos que detallan una particular forma de prestar alimentos, que puede ser extendida por analogía a otros supuestos de los en ella expresamente previstos. No habiendo hijos, habría que acudir a la regla del artículo 1902, la cual no deja de ser discutible en el caso de abandono de una convivencia a la que nada obliga, y que reproduce en forma irregular una relación legal».

Por su parte, también en otros ordenamientos autonómicos es necesaria la presencia de un vínculo matrimonial para la protección de la vivienda familiar. Vid., artículos 231-9 y 233-20 del Código Civil catalán; artículo 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat Valenciana, de Régimen económico-matrimonial; el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven en Valencia; y la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra.

(65) ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82.

de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho (66). Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 del CC y 14 de la CE) (67). De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis*, «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa» (68); si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección (69).

(66) Vid., ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 45 y 226; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 291; ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1439-1440, nota 20, por su parte, «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2731); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148) (Plenaria); de 27 de marzo de 2008 (*RJ* 2008/4062); de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404), y de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708), en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello se sean aplicables por analogía los artículos 96 y sigs. del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular, que el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del exmiembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiéndose que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

(67) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la sentencia del TS, de 6 de octubre de 2011», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio de 2012, pág. 607; y vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9020); Sección 1.ª, de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139); y Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4354); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2001 (*AC* 2001/785).

(68) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); y de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001/4993); y de 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002/6246) aplican también por analogía *legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

(69) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4770); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); de 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3345); y de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de abril de 1998 (*AC* 1998/5078).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1272), descarta el recurso a la analogía *legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función

No obstante, conviene precisar que en otros ordenamientos autonómicos la protección de la vivienda familiar se ha extendido a las parejas de hecho, unificando el tratamiento. Así el artículo 243-3.2 del Código Civil catalán remite al artículo 239-9, equivalente a nuestro artículo 1320 del Código Civil, en materia de disposición de la vivienda familiar por parte de uno de los miembros de la pareja estable (70); igualmente, el artículo 75.1 del Código de Derecho Foral de Aragón ofrece un tratamiento uniforme de las medidas derivadas de la ruptura de la convivencia de los progenitores al margen de que estén unidos o no por vínculo matrimonial al disponer que *«la presente sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en caso de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guardia y custodia de los hijos menores»*; y, en lo atinente al uso de la vivienda familiar, el artículo 81 establece que: *«1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor por razones objetivas, tengan más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. 2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. 3. La atribución al uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. 4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. 5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar, se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables»*. Un régimen similar relativo al uso de la vivienda familiar se contiene en el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En el ámbito estatal hay que destacar la aplicación del artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, a las parejas no casadas que reúnan determinados requisitos para el caso de desistimiento y vencimiento del contrato con objeto de proteger la vivienda familiar.

Por otra parte, conviene poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Segunda, de 31 de octubre de 1986 (71), configura a la familia «como sujeto colectivo, como titular comunitario» a los efectos de la protección de la vivienda familiar. Como precisa ELORRIAGA DE BONIS, «el razonamiento transcrito es fundamental por dos aspectos principales. En primer lugar, ve en la familia un titular comunitario, lo que permitiría apoyar la tesis de que la familia, en ciertos aspectos, puede constituir un sujeto de derechos y enlazar dicha conclusión con los artículos 39 y 47 CE. En segundo término es significativo que el Tribunal Constitucional razone en este fallo con normas de Derecho Civil,

integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

(70) El artículo 234-7 del Código Civil catalán contiene una normativa relativa al uso de la vivienda familiar en el supuesto de ruptura de la pareja estable.

(71) *RTC* 1986/135.

concretamente los artículos 96 y 1320 del Código Civil, bases de la configuración de la vivienda familiar en el Derecho Privado español, lo que no solo es argumento para la tesis que se expone, sino que también para cuestiones de mucha importancia como la naturaleza jurídica de la asignación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial». Sin embargo, añade el autor: «la familia en el Derecho Civil español actual no goza de personalidad jurídica, por lo que, en rigor, no puede ser calificada de sujeto colectivo o de titular comunitario ni de los derechos sobre la vivienda ni de los derechos que pueda ostentar cualquiera de sus miembros sobre otro bien. Es verdad que relacionando los artículos 39.1 y 47 CE podría llegarse a la conclusión, muy genérica por lo demás, que la familia, como grupo humano definido y constitucionalmente protegido, tiene derecho a que el estado predisponga las condiciones necesarias para que sus miembros puedan acceder a una vivienda digna y adecuada; y es cierto, además que, los artículos 96 y 1320 del Código Civil de alguna manera impiden que la decisión del titular de la vivienda se imponga sobre la voluntad del otro cónyuge, impidiendo su libre disposición y regulando su destino en casos de crisis matrimonial». Pero, concluye con un argumento razonable que, «sostener una eventual cotitularidad de los cónyuges sobre la vivienda y a concebir la familia como persona jurídica capaz de detentar un derecho autónomo sobre el hogar que, en sentido estricto, pertenece a uno de los cónyuges, hay trecho demasiado grande» (72).

Lo cierto es que la familia no es un sujeto colectivo o titular comunitario, sino un conjunto de miembros unidos por lazos de filiación y parentesco, cuyo alcance puede concretarse en un ámbito familiar nuclear (padres e hijos), o ampliar más allá, extendiéndose a otros miembros de la familia. El lugar donde tales miembros fijan su residencia efectiva, domicilio familiar o conyugal, como es la vivienda familiar, va a resultar protegida tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en situaciones de crisis; de ahí, la regulación de los citados artículos 96 y 1320 del Código Civil.

De todas formas, la vivienda familiar no está sujeta, por regla general, a un especial régimen de titularidad jurídica, puede pertenecer a la sociedad conyugal, si el régimen económico-matrimonial elegido es el de gananciales, o pertenece privativamente a uno de los cónyuges, o a ambos en régimen de comunidad ordinaria. Tal titularidad no se ve alterada por la circunstancia de que se exija el consentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar (art. 1320 CC), ni mucho menos porque el uso se conceda a quien no es titular exclusivo (art. 96 CC), ni tampoco que estas disposiciones legales operen un cambio en la titularidad de la vivienda, que determine que el titular sea toda la familia (73).

III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL

El artículo 1320 del Código Civil emplea el término «disposición de los derechos sobre la vivienda», si bien no ha de entenderse como contrapuesto a

(72) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 50-51.

(73) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 51-52.

actos obligacionales o de administración, pues, como señala SERRANO ALONSO, en este caso «la naturaleza del acto adquiere una importancia secundaria, lo importante son las consecuencias que del mismo se desprenden respecto a la utilización y disfrute de la vivienda» (74). De forma que el criterio que se ha de utilizar para su conceptualización es un criterio propio del citado precepto, que no guarda precisamente relación con la catalogación que el acto pueda tener desde una perspectiva jurídica o económica (75), sino que se está haciendo referencia a todos aquellos actos o negocios dispositivos que comprometan o puedan comprometer el uso y disfrute de la vivienda familiar; esto es, que pueden implicar una privación del goce de la vivienda por la familia, tales como enajenación, constitución de derechos reales limitados o personales. Así un contrato de arrendamiento a favor de terceros puede comprometer el uso de la vivienda y necesitaría el consentimiento de ambos cónyuges, al igual que actos de gravamen como la hipoteca, pues, una ejecución forzosa del inmueble puede poner en peligro la utilización de la vivienda, como, asimismo, la renuncia del cónyuge titular al uso de la vivienda (76). En esencia, se ha de garantizar la permanencia y la estabilidad en el uso y disfrute de la vivienda familiar; por lo que no será necesario el consentimiento para aquel acto dispositivo que no ponga en peligro precisamente el disfrute o la utilización de la vivienda familiar; esto es, no prive ni actual ni potencialmente a la familia del uso de la vivienda y del mobiliario. Como pone de relieve DE LOS MOZOS, «lo que realmente impide el artículo 1320 es la disposición unilateral de los derechos que uno de los cónyuges tenga sobre tales bienes, cualquiera que fuera la naturaleza de aquellos en modo que su uso se sustraiga a la familia o a la sociedad conyugal de forma

(74) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 97.

(75) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 62-64 y 69, quien precisa que, desde una perspectiva jurídica, esto es, aquella que toma en cuenta el carácter jurídico del acto, y como categoría de los mismos «el negocio jurídico se entiende por dispositivo cuando produce un cambio en la situación patrimonial preexistente, provocando de forma inmediata la pérdida o gravamen de un derecho. Incluidos dentro de esta categoría se encontrarían, por ejemplo, la renuncia de un derecho real limitado, la condonación, o incluso la segregación de una finca para constituir fincas independientes. En definitiva, este tipo de negocios supone una alteración patrimonial en el activo de este. Frente a estos negocios de disposición se colocan los negocios obligatorios, los cuales solamente comportan la asunción de un deber en orden a provocar un cambio real futuro. Provoca, por tanto, una alteración patrimonial pero radicada en el pasivo».

Desde una perspectiva económica, aquella que toma en cuenta el efecto económico del negocio, señala el autor que «el de disposición es entendido como aquel que compromete la existencia o individualidad o valor de los bienes. No obstante, y también a mayor diferencia con la anterior perspectiva, los contornos que delimitan el contenido del acto de disposición no son rígidos, dado que la identificación del negocio no se produce de forma intrínseca, sino puesto con relación a un patrimonio. En este sentido, la noción de disposición no se corresponde con la de enajenación, sino que es más amplia, incluyendo la constitución de derechos reales y los llamados actos “de extraordinaria administración”. Frente a esta conceptualización del acto de disposición, se colocarían los actos de administración, siendo estos los que tienden a la puesta en valor y a la explotación normal de un patrimonio, es decir, aquellos que van dirigidos al uso, goce y conservación de la cosa o patrimonio administrado».

(76) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 de julio de 1998 (AC 1998/6868).

definitiva o completa, o que pueda ponerla en peligro. Es decir, la interpretación de la norma no debe ir más allá de su finalidad» (77). En consecuencia, precisa HERRERO GARCÍA, «la norma se refiere no solo a los actos de disposición, sino incluso a la abstención culpable del cónyuge negligente de hacer valer sus derechos o defenderlos» (78).

En todo caso, la ley se refiere a «disposición de derechos», de forma que no solo alcanza al derecho de propiedad, sino a cualquier derecho de contenido real (superficie, uso, usufructo, servidumbre, censo), o personal como el arrendamiento (79).

Ahora bien, el carácter limitativo de la norma exige una interpretación restrictiva de la misma. De manera que, si el acto de disposición no priva a la familia del uso de la vivienda, y este tiene tanta estabilidad como el derivado del derecho de propiedad no será de aplicación el artículo 1320, como sucede en el supuesto de transmisión de la nuda propiedad con reserva del usufructo en provecho de la familia (80); en cambio, si será necesario el consentimiento del cónyuge no titular cuando se enajena la vivienda con reserva del usufructo a favor del disponente (81), pues, como señala CUENA CASAS, «resulta necesario porque el carácter vitalicio del derecho de usufructo (art. 513 CC) podría poner en riesgo el uso de la vivienda en la medida en que, fallecido el usufructuario, deberá procederse a la entrega de la cosa usufructuada al nudo propietario (art. 521 CC)». Si bien matiza que «cierto es que fallecido el titular dominical deja de existir el carácter familiar de la vivienda y, por otro lado, no existe ninguna norma limitativa a favor del hogar familiar en los actos *mortis causa*, sin embargo, si la vivienda sigue en propiedad del cónyuge titular, las probabilidades de que los hijos, caso de tenerlos, sean los herederos de la misma y decidan acerca de su destino es máxima. El control presente y futuro sobre la posesión del inmueble es mayor si permanece en propiedad de uno de los cónyuges que

(77) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129.

(78) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149, añade o a extinguirlos, así si es que la vivienda tiene un arrendamiento o un usufructo, y el cónyuge arrendatario o usufructuario trata de renunciar a tales derechos.

(79) COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 300; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 245 a 327.

(80) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567. En contra, ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 144; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590, quien señala que «parece más conveniente exigir el consentimiento del otro cónyuge por varias razones: dificultad técnica de construir dicho tipo de usufructo, fundamentalmente, el que la estabilidad del derecho de usufructo es menor que la del derecho de propiedad. Aún pensando que el usufructo se inscribe en el Registro de la Propiedad, para evitar el juego del artículo 34 de la LH, en la venta por el adquirente de la nuda propiedad a un tercero, habría que concluir que, dados los términos de los artículos 91.1 del RH, la inscripción de la constitución de dicho usufructo precisaría el consentimiento del otro cónyuge».

(81) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 282-283.

sí se constituye en usufructuario». A pesar de que, concluye la autora, «el usufructo no comprometa el uso de la vivienda, el riesgo de pérdida de la posesión del inmueble por parte del cónyuge no titular —y mediatamente— de los demás miembros de la familia, es mayor, razón por la que estimo que sería necesario el consentimiento del cónyuge no titular» (82).

Por otra parte, igualmente, se muestra favorable la doctrina en la inclusión en el artículo 1320 del Código Civil y por tanto, a la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular en el caso de enajenación de la vivienda con reserva del arrendamiento al considerarse que pasaría a poseerse con un título más debilitado (83).

En todo caso, en el supuesto de vivienda arrendada donde el contrato puede haber sido celebrado por ambos cónyuges o por uno solo de ellos, el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como norma especial y de aplicación preferente en la resolución de los conflictos que genera la vivienda familiar arrendada —sin perjuicio de la aplicación supletoria de lo previsto en el art. 1320 para los supuestos no contenidos en la norma arrendaticia—, prevé la subrogación del cónyuge no titular del contrato de arrendamiento en los casos de no renovación de este por parte del arrendatario cuando tiene derecho legal a hacerlo (prórrogas de los arts. 9 y 10 de la LAU), ante el derecho de desistimiento (art. 11 de la LAU) y el abandono de la vivienda, igualmente, por parte de aquel sin manifestación expresa sobre su voluntad de no renovación o desistimiento (84). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que en el caso de desahucio del cónyuge titular debe traerse a juicio del consorte, pues se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (85).

Ahora bien, la limitación de la libre disposición sobre la vivienda familiar para el sentir mayoritario de la doctrina alcanza a los actos de disposición a título oneroso; sin embargo, la duda se plantea con respecto a los actos a título gratuito. Para una parte, se estima que «disponer» incluye tanto los actos de carácter oneroso como los gratuitos (86); de forma que el artículo 1320 del Código Civil no limita la protección al adquirente a título oneroso, sino que también alcanza al que adquiere a título gratuito de buena fe, pues, ambos pueden privar del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular (87). Sin embargo, para otros, el

(82) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 301.

(83) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129.

(84) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4466).

Por su parte, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 331, precisa que la cesión a tercero del derecho arrendaticio o la resolución del contrato a instancia del arrendatario entrará en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. Sin embargo, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998, pág. 79, considera que estos supuestos entrarían en el artículo 12 de la LAU.

(85) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de octubre de 1986 (*RTC* 1986/135).

(86) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 95; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 278; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 205; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149.

(87) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 402.

ámbito objetivo de la norma se limita a los actos a título oneroso (88) —criterio más lógico—.

Por otra parte, la doctrina de manera unánime considera que el alcance de la citada norma está limitado a los actos de disposición *inter vivos*, pues, para los actos *mortis causa* habrá que estar a las normas del Código Civil en materia sucesoria (89).

Ahora bien, el consentimiento del cónyuge no titular al que se refiere el artículo 1320 del Código Civil señala, igualmente, la doctrina de forma unánime que no se trata de un consentimiento en sentido técnico (art. 1261 del citado cuerpo legal), sino de un asentimiento o declaración de conformidad con el negocio ajeno necesario para todo tipo de actos y negocios dispositivos que impliquen privación del goce de la vivienda habitual por la familia (90). En cuanto a la forma, no se ha previsto ninguna particular, por lo que tal asentimiento puede ser expreso, tácito o presunto. Como señala ELORRIAGA DE BONIS, se entiende que es expreso cuando «se manifiesta en términos directos, explícitos y formales, no dejando lugar a dudas sobre su existencia»; tácito cuando «se deduce inequívoca-

(88) GIMÉNEZ DUART, T., «El artículo 1320 del Código Civil, ¿es aplicable en Cataluña?», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pág. 198; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 346; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 312.

En relación con el adquirente a título gratuito, a juicio de CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329, «siguiendo un criterio de interpretación teleológico, atendiendo a la finalidad de la norma, la salvaguarda del alojamiento de la familia cede ante la seguridad del tráfico y la protección de los terceros que sufren una pérdida como consecuencia del juego de la norma. Tal protección no encuentra justificación cuando tal pérdida no se ha producido».

(89) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 206. Asimismo, la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra.

Sin embargo, para SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 93, entiende que nos encontramos ante una laguna legal que deberá ser suplida judicialmente con los principios de equidad y generales del derecho.

(90) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590; RAMS ALBESA, J., «Uso, habitación y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 107; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; BELDA SÁENZ, C., «Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 340; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1622; MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320», *op. cit.*, pág. 239; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1447; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 1614; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 65; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 206.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997/6614); y de 8 de octubre de 2010 (*La Ley* 171465/2010), que señala esta última que el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto dispositivo», y las Resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2005 (*RJ* 2005/5576); y de 7 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8526).

mente de ciertos actos del cónyuge llamado a consentir, y de circunstancias que lo rodean, que su intención es la de asentir el negocio de disposición sobre la vivienda, debe tratarse de actos de positivo valor, demostrativo indubitadamente de una voluntad determinada en tal sentido, o que ponga de relieve el deseo o la voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, excluyéndose todas las actuaciones que no sean inequívocas o no concluyentes». Y, finalmente, es presunto para el autor «cuando sin ser expreso, ni derivarse incuestionablemente de actos del cónyuge llamado a consentir, es posible inferirlo de su aquietamiento, pasividad o silencio frente a actos preparatorios y dispositivos del hogar familiar, siempre y solo en la medida que dicho aquietamiento permita suponer la aceptación del negocio» (91).

Además este asentimiento debe ser específico, no general para el concreto acto dispositivo sobre la vivienda familiar (92). Asimismo, puede ser previo, coetáneo o posterior al negocio; en este último supuesto sería posible su convalidación tanto expresa como tácita (93).

(91) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 334-336. Para ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88, el consentimiento expreso consistirá «en la manifestación fehaciente, clara, de la conformidad del cónyuge no disponente con el negocio de disposición. Por su parte, según la jurisprudencia citada, el carácter tácito podrá deducirse de la pasividad de dicho cónyuge, de su no oposición al acto realizado, de la admisión de la validez del acto que no lleve consigo perjuicio o fraude para tercero, o incluso por no responder a los requerimientos que, al efecto, le pudieran haber hecho alguna de las partes en el negocio dispositivo». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7858); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 13 de abril de 1992 (*AC* 1992/609), el consentimiento *uxoris* como consentimiento tácito, «ante la pasividad de la esposa o su no oposición al acto realizado, o admitiendo la validez del acto que no lleve un perjuicio o fraude para terceros, o interviniendo en los requerimientos, so pena de ir contra sus propios actos, e inclusive viene admitido en estos casos el silencio como revelador del consentimiento»; y de la misma Audiencia, de 28 de octubre de 1992 (*AC* 1992/1502), se refiere al consentimiento presunto que es posible deducirlo de otros hechos acreditados, siempre que, como exige el artículo 1253 del Código Civil, entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, ya que en definitiva «la presunción es el paso de un hecho conocido a otro desconocido, a través del camino de la lógica» [STS de 29 de enero de 1965 (*RJ* 1965/262)].

(92) TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 67; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 336; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 590-591, precisa que «el carácter específico del consentimiento no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre actos de disposición de la vivienda habitual, que cabe considerar de una manera abstracta y no necesariamente casuística».

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4466), se considera válida la constitución por el marido sobre la vivienda adjudicada a la esposa de una hipoteca, haciendo uso del poder representativo y de las facultades de disposición conferidas por aquella a su esposo.

(93) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130, señala que el acto celebrado sin consentimiento es ul-

En todo caso, resulta inviable cualquier pacto de renuncia, pues no olvidemos que la norma contenida en el artículo 1320 del Código Civil es imperativa de *ius cogens*, y, por tanto, inderogable e inmodificable por la sola voluntad de las partes (94).

Mas controvertida es la posibilidad de que conste en capitulaciones matrimoniales. Para una parte de la doctrina no resulta posible que en dicho documento público se pueda convenir un pacto por el que el cónyuge no titular consienta previamente la disposición de la vivienda familiar por parte del cónyuge titular, argumentando para ello de nuevo sobre el carácter imperativo de la norma y la imposibilidad de derogarlo por vía capitular (95); mientras otros mantienen su validez, habida cuenta del carácter excepcional de este consentimiento/asentimiento (96). Ciertamente la irrevocabilidad de las capitulaciones (art. 1331 CC), el carácter imperativo del artículo 1320 del Código Civil que lo convierten en una limitación al principio de libertad capitular, y el carácter eminentemente fáctico de la vivienda habitual familiar, hacen poco probable que se pueda admitir una cláusula capitular que excluya el consentimiento del cónyuge no titular, y, además, como matiza TAMAYO CARMONA, resulta necesaria «la reiteración del consentimiento ante el acto de disposición de la vivienda, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del artículo 1320 del Código Civil» (97).

teriormente confirmable, y la disposición sobre cosa ajena o por título gratuito solo puede ser objeto de ratificación.

(94) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 351.

(95) MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 240; DE LA CUESTAT SÁENZ, J. M.^a, «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1983, pág. 139; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 349-350.

(96) LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición de la misma», *op. cit.*, págs. 107-108; BELDA SÁENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», *op. cit.*, pág. 342.

(97) TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 68.

No obstante, parte de la doctrina que niega la posibilidad de insertar un pacto semejante en las capitulaciones, sin embargo, acepta el consentimiento preventivo incluido en capitulaciones no formando parte del contenido propio de las mismas, sino como contrato normativo que solo puede ser modificado en los términos previstos en el artículo 1331 del Código Civil. Solo sería válido como simple pacto capitular—independientemente de las normas estatutarias—, como manifestación de voluntad unilateral y revocable por el otorgante. Vid., HERRERA GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXI, 1981, pág. 20. Asimismo, ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 350-351, para quien en la línea con los citados autores, reitera que «solamente puede ser tenido como un consentimiento manifestado previa y formalmente en capitulaciones, pero que no llega a constituir un pacto matrimonial integrante del contenido normativo de las capitulaciones, permaneciendo como declaración de voluntad unilateralmente manifestada, que como tal puede ser revocada en cualquier instante, sin que le sea aplicable lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil».

Ahora bien, si el cónyuge no titular no prestara el consentimiento exigido, caben dos posibilidades: 1. Solicitar autorización judicial cuando proceda, o como dispone el artículo 1320 «en su caso»; y 2. Realizar el acto sin tal consentimiento.

Respecto de la primera, la expresión «en su caso», que emplea el citado artículo, debe ser entendida como equivalente a «cuando sea procedente», lo que, además de justificar la existencia de supuestos en los que no es posible solicitar la autorización judicial supletoria, concreta, asimismo, cuando esta resulta procedente como son los casos de negativa injustificada por parte del cónyuge no titular, o cuando este se encuentre imposibilitado para prestar el consentimiento por ausencia o incapacidad (98). En todo caso, el cónyuge titular que solicita tal autorización judicial subsidiaria ha de demostrar que el acto dispositivo de la vivienda familiar no perjudica el interés de la familia ni, en consecuencia, la estabilidad y permanencia en el uso y disfrute de la vivienda por parte de la misma. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria (art. 1811 de la LEC de 1881), y la autorización debe ser solicitada con carácter previo a la realización del acto o negocio dispositivo (99).

Por otra parte, ante el silencio del artículo 1320 del Código Civil, y tratándose de actos o negocios dispositivos onerosos sobre la vivienda familiar sin asentimiento del cónyuge no titular, cuando este resulte exigible, supone la anulabilidad de aquellos en virtud de lo establecido en el artículo 1322.1 del Código Civil (100). La acción de nulidad podrá ejercitarse en el plazo de cuatro años contados desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes se hubiera tenido conocimiento suficiente del acto o contrato, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde esta fecha (art. 1301 CC). En cuanto a la legitimación activa, no la tienen los herederos, solo el cónyuge, pues, con la muerte cesa la vivienda familiar (101). Siendo la vivienda un bien privativo, la sanción será la anulabilidad, aunque el cónyuge titular dispusiera de ella a

(98) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 356.

(99) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 362, quien precisa que «si el Juez autoriza con posterioridad al negocio esta autorización, se desnaturalizaría y pasaría a ser una confirmación o una ratificación que, como es sabido, solo puede provenir o de la persona facultada para alegar la nulidad o del que no se tenía poder para representar respectivamente».

(100) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 131; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 363; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; HERRERA GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 592; RAMS ALBESA, J., «Uso, habitación y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 108; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 139; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 87. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7858); y de 22 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4085); y las Resoluciones de la DGRN, de 29 de febrero y 8 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1091; 2000/1100). En contra, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 1620-1621.

(101) Sin embargo, para ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88, si están legitimados los herederos.

título gratuito sin el consentimiento de su consorte. Si la vivienda es ganancial, el negocio gratuito será radicalmente nulo.

En cuanto al adquirente de la vivienda familiar, el artículo 1320.2 del Código Civil dispone que «la manifestación errónea del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». La protección de la vivienda familiar no es total, pues tiene como límite al adquirente de buena fe. De ahí que, el legislador estatal opte por proteger a la familia, sin comprometer del todo la seguridad del tráfico, pues, la anulabilidad del título traslativo no afecta al tercero adquirente cuando exista una manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda, y aquel actúe, además, de buena fe (102).

Ahora bien, para la mayoría de la doctrina, el adquirente de buena fe de la vivienda familiar es parte del contrato y adquiere *a domino*, por lo que carece de la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al resultar aplicable el artículo 33 de la citada norma, ya que la inscripción no convalida un acto nulo. La manifestación errónea o falsa acerca del carácter familiar de la vivienda posibilita, no obstante, la inscripción de la misma a nombre del adquirente (art. 91.1 RH), pero si este no actúa de buena fe, permanecerá viva la acción de anulabilidad. Si el adquirente no inscribe su derecho sobre la vivienda habitual, no goza de protección registral, lo que no impide que, en cualquier caso, esté protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil. Para esta misma doctrina, si el adquirente de la vivienda enajenare a otro la vivienda (subadquirente), este sí sería tercero, al que le resultarían aplicables las normas registrales de adquisición *a non domino* (art. 34 de la LH) ante la eventual impugnación del contrato celebrado por el titular de la vivienda con el primer adquirente por parte del cónyuge no titular (103).

Lo cierto es que, el adquirente de buena fe es parte en la relación contractual con el cónyuge disponente, sin ninguna vinculación con el cónyuge no titular de la vivienda, que, como bien sabemos, tiene legitimación para impugnar el negocio realizado sin su consentimiento. Adquiere *a domino*, si bien, como parte en un negocio ineficaz, aunque tal adquisición se inscriba (art. 33 de la LH). Por lo que no estamos ante un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (tercero hipotecario), a diferencia del subadquirente que sí lo es respecto del contrato que, eventualmente el cónyuge no titular puede impugnar. En todo caso, al primer adquirente se le podría considerar un tercero respecto al cónyuge no titular y, por ende, no transmitente.

Por ello, el tercero a que alude el artículo 1320.2 del Código Civil es el subadquirente de buena fe, al que frente a la impugnación del contrato por el cónyuge no titular y, en consecuencia, la posible anulación o resolución del derecho de su transmitente —si prospera la acción de nulidad—, es tercero protegido por el Registro (art. 34 LH). De optar por otra interpretación y considerar al adquirente

(102) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 407; vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000/1100); y de 6 de marzo de 2004 (RJ 2004/2474).

(103) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 132; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 398-400; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 125; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 130-131; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 324-325.

un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria haría inútil el artículo 1320.2 del Código Civil (104).

En cuanto a la buena fe del adquirente (art. 433 CC) se habla de manifestación errónea o falsa por parte del disponente. Se entiende que es errónea, en cuanto induce al error; a equivocarse al adquirente sobre el carácter familiar de la vivienda, bien, como señala HERRERO GARCÍA, «porque exista discrepancia entre la voluntad real y la declarada —equivocada expresión—, bien porque, aunque difícil, el disponente incurra en una situación de error sobre el carácter familiar de la vivienda». Y esta misma autora añade que es manifestación falsa, «siempre que el disponente, de forma consciente, trate de engañar con ella al adquirente» (105).

Ahora bien, no basta con la manifestación errónea o falsa por parte del disponente, sino que es necesario que el tercero de buena fe ignore la condición familiar de la vivienda. Es por ello que resulta exigible al tercero al menos un mínimo de diligencia en la comprobación del estado posesorio del inmueble, esto es, en la no efectiva utilización de la vivienda por un grupo familiar, pues

(104) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 133.

(105) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591. Vid., asimismo, MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 366-367, excluye el error de derecho, y entiende por manifestación falsa, «el engaño, el dolo empleado por el cónyuge titular de los derechos para hacer creer al adquirente que el inmueble objeto del contrato no es un vivienda familiar»; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320», *op. cit.*, pág. 1455, para quien también la ausencia de manifestación ha de asimilarse a la manifestación errónea. Sin embargo, para DE LA CUESTAT SÁENZ, J. M.^a, «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 165, ante la ausencia de manifestación difícilmente se puede aplicar el precepto.

Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 6 de marzo de 2004 (RJ 2004/2474), dispone que: «el consentimiento de ambos cónyuges se exige para disponer de la vivienda privativa que sea la habitual de la familia y de la que, de no darse tal circunstancia, tendría su titular la libre disposición. Al ser aquella circunstancia de difícil e incluso imposible conocimiento, por el adquirente, la protección que merece su buena fe, en concreto en el caso de que acudiendo a la normal diligencia recabe del transmitente una declaración sobre el particular, ha llevado al legislador a dejarle incólume ante una manifestación errónea o falsa por parte del mismo sobre tal extremo. Pues bien, si el transmitente declara ser de estado soltero al igual que, si la manifestación es de viudedad, divorcio, o separación legal difícilmente puede el adquirente recabar del mismo manifestación alguna a los efectos del citado artículo 1320 del Código Civil, y esa declaración, sea falsa o errónea, ha de producir los mismos efectos que la que de ser casado hiciere sobre que la vivienda que transmite no tiene la condición del domicilio habitual de su familia. Y frente al alcanzado de tal manifestación no puede oponer el registrador el dato que obre en el Registro a los solos efectos de identificar al titular registral como es su estado civil recogido del título que motivó su adquisición, por cuanto no tal dato es objeto de publicidad registral y está amparado, en consecuencia, por el principio de legitimación registral, ni puede dar prevalencia al posible error padecido a reseñar tal circunstancia personal en el título inscrito sobre el que ahora se presenta inscripción, ni puede, por último, exigir prueba alguna sobre el cambio de tal circunstancia, por ejemplo, la nulidad del matrimonio existente en su momento, al igual que no podría exigirla de que en la actualidad el transmitente se encuentra viudo o divorciado si así consta en el título traslativo, frente a la situación de casado que constase en el asiento anterior».

la posesión es también una forma de publicidad (106). De ahí que no pueda ser considerado de buena fe al adquirente que, pese a existir manifestación errónea por parte del disponente acerca del carácter no familiar de la vivienda, se demuestre que conocía el carácter familiar de la misma (107). No obstante, algunos autores consideran suficiente la manifestación errónea del disponente para que resulte protegido el adquirente (108).

Por otra parte, sobre la exigencia de título oneroso para que opere la protección del artículo 1320.2 del Código Civil, aunque nada dice el precepto, la tendencia mayoritaria y, a nuestro entender acertada, es aquella que considera que solo quedan protegidos los que adquieren por este título y los que lo hacen a título gratuito, aunque sea de buena fe, en cuanto no sufren ninguna pérdida por el juego de la norma (109). Si bien, no faltan autores para los que la protección también alcanza a los adquirentes a título gratuito (110).

En cuanto a los efectos del artículo 1320.2 del Código Civil, si el adquirente carece de buena fe, el cónyuge no titular podrá impugnar el negocio dispositivo con el consiguiente efecto restitutorio derivado del ejercicio de la acción de nulidad (art. 1303 CC). Si bien, tal efecto restitutorio, ante la disposición ya consumada con la entrega correspondiente de la vivienda, deberá realizarse al disponente como titular del bien. Por el contrario, si opera de buena fe, el cónyuge no titular no podrá impugnar el negocio dispositivo, siendo por consiguiente inatacable la disposición realizada.

En todo caso, como precisa LACRUZ BERDEJO, el negocio sin asentimiento del cónyuge sigue una suerte de ineficacia que permite al adquirente optar por conservar el negocio, esto es, devenir en titular del bien, si ha cesado la «fami-

(106) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 327-328. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10136); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 4 de junio de 1997 (*AC* 1997/1245), los adquirentes conocían el carácter de vivienda habitual de la actora y, en consecuencia, su carácter de indisponible por el consentimiento de uno de los cónyuges, razón por la cual actuaban de mala fe, al conocer la falta de legitimación del vendedor; lo que impide, por sí solo, que pudiera quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/308208), de ninguna manera hay en los autos indicios en contra de los codemandados compradores suficientes para desvirtuar la presunción de buena fe.

Sin embargo, para Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 141, en modo alguno debe obligarse, siempre al tercero, a una pesquisa sobre si la vivienda es o no familiar.

(107) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010 (*La Ley* 21048/2010).

(108) Ávila Álvarez, P., «El régimen económico-matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVII, 1981, núm. 547, pág. 1380; Belda Sáenz, M., «Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 347.

(109) Giménez Duart, T., «El artículo 1320 del Código Civil: ¿es aplicable en Cataluña?», *op. cit.*, pág. 198; Álvarez Olalla, M.ª P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 467; Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329.

(110) Elorriaga de Bonis, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 293; Rodríguez López, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 1620.

liaridad» de este; y asimismo, permite al adquirente a título oneroso deshacer el trato y, en su caso, reclamar indemnización (111).

De todas formas, cuando el adquirente resulta protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil, el cónyuge perjudicado tendrá derecho a indemnización (112).

Por último, la protección que dispensa el artículo 1320.2 del Código Civil alcanza a la vivienda familiar, si bien, con respecto a los muebles de uso ordinario, para una parte de la doctrina el citado artículo 1320 del Código Civil será de aplicación analógica (113); para otros, a los que nos adherimos, se aplica el régimen general previsto en el artículo 464 del Código Civil (114).

Ahora bien, mucha de la problemática en torno a la vivienda familiar reside en la falta de un mecanismo en la legislación hipotecaria que posibilite la constancia en el Registro de la Propiedad de su carácter familiar (115). Relacionado con el artículo 1320 del Código Civil prevé el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario que: «cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de 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 tenía tal carácter». Se exige el consentimiento del cónyuge titular para los casos en que la ley lo requiera, salvo que el disponente manifieste precisamente que la vivienda no tiene tal carácter (116). De forma que la simple manifesta-

(111) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130. En esta línea, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329.

(112) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 131; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 207.

(113) COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1568.

(114) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 132; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 324; GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 1138; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 150.

(115) En esto coincide mayoritariamente la doctrina, *vid.*, GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y los derechos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 136; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 68; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 313; YAÑEZ VIVIERO, F., «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 26, 2002, pág. 22.

(116) La Resolución de la DGRN, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8733), dispone que: «El artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble puede constituir la vivienda habitual de la familia bien el consentimiento o autorización necesarios si, en efecto, el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual, bien la justificación de que el inmueble no tiene tal carácter o, simplemente, la manifestación por el disponente en tal sentido. No basta para entender realizada tal manifestación el dato de que el domicilio del disponente que consta en la escritura no coincida con el inmueble de que se dispone puesto que el domicilio de un cónyuge, puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Ni tampoco basta el que en una de las cláusulas de la escritura se exprese que los comuneros venden la finca "libre de cargas, gravámenes y arrendamiento", pues en esta fórmula de estilo no se contiene evidentemente la especial manifestación exigida por el

ción de voluntad del disponente acerca de su carácter no familiar, y la falta de la constancia registral de tal carácter perjudica al cónyuge no titular al hacer inoperante su protección frente al tercer adquirente de buena fe. Se parte de la presunción *iuris tantum* del carácter familiar de la vivienda salvo manifestación contraria del disponente (117).

Esta manifestación del cónyuge disponente sobre el carácter no familiar de la vivienda ha de contenerse en la escritura en que conste el acto dispositivo, pudiendo realizarse por apoderado (118).

Por su parte, en relación con el embargo de la vivienda habitual, consecuencia de un proceso de ejecución, el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario —que no se considera desarrollo normativo del art. 1320 del CC (119)— tras la reforma operada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, establece: «*cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge titular*». Aquí no se presume el carácter familiar de la vivienda. De manera que, si no consta tal carácter salvo que sí resulte del mandamiento judicial, el cónyuge no titular no va a ser notificado y se anotará el embargo de la vivienda. Aunque la notificación al cónyuge no titular no paraliza la ejecución, si posibilita al menos que pueda obtener el alzamiento de la traba, pagando el crédito del actor.

Hechas estas consideraciones, si ambos cónyuges son cotitulares en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas de la vivienda familiar, cabe plantearse si sobre la base de lo establecido en el artículo 399 del Código Civil, que permite

Reglamento Hipotecario, de que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia del disponente (lo cual, en sí, técnicamente puede no ser carga o gravamen o arrendamiento)».

(117) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 313; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 68.

(118) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 592. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 17 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9718).

(119) Vid., la Resolución de la DGRN, de 13 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5967), en la que se indica que el artículo 1320 del Código Civil en ningún caso puede servir de soporte para el contenido normativo del artículo 144.5 del RH, pues este tiene una significación y alcance que desbordan claramente los de aquella norma legal, y es que mientras el artículo 1320 del Código Civil establece una cautela que solo es de aplicación cuando se disponga de la vivienda habitual, el artículo 144.5 RH, en cambio, establece un trámite procesal aplicable a todo embargo de vivienda, a menos que conste que no es habitual del deudor. En esta línea, vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1083); de 29 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1091); y de 9 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1100).

Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 131, señala que «el artículo 1320 del Código Civil no impide que la vivienda y los bienes de uso ordinario sigan respondiendo de las deudas contraídas unilateralmente por un cónyuge, que les afecta según su condición privativa o ganancial». Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/881), en la que se indica que «el artículo 1320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual realizados en forma unilateral por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno, pues, no podría hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores en virtud de las deudas contraídas por uno de los cónyuges»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 5 de diciembre de 2006 (*JUR* 2003/73630).

a todo condueño enajenar, ceder o gravar su cuota, necesita para tales actos, por tratarse de vivienda familiar, contar con el asentimiento del otro cónyuge atendiendo a lo que dispone el artículo 1320 del Código Civil. La respuesta a tal cuestión ha de ser afirmativa, pues se trata de actos dispositivos que perjudican la estabilidad y permanencia en el uso y el disfrute de la vivienda familiar a quienes forman parte del grupo familiar (120). Así es posible que, ante la venta de la cuota, el comunero extraño no tenga ningún obstáculo jurídico como el carácter familiar de la vivienda para ejercer la acción de división. E, igualmente, cuando se grava con una hipoteca la cuota, puede un eventual embargo de la misma poner en peligro el uso de la vivienda. Estamos, pues, ante actos dispositivos que, por afectar a la vivienda familiar, exigen la aplicación del régimen de protección previsto en el artículo 1320 y previamente analizado, con el objeto de garantizar el uso de la vivienda familiar y la salvaguarda de la misma ante el proceder arbitrario de uno de los cónyuges. En todo caso, el asentimiento que se ha de prestar el otro cónyuge copropietario no lo hace en condición de tal copropietario, sino del cónyuge. Se trata, en esencia, de proteger la vivienda familiar, dotándola para ello de un régimen específico que posibilita que ambos cónyuges puedan consentir o, en su caso, solicitar la correspondiente autorización judicial ante actos o negocios dispositivos que puedan poner en peligro su uso y disfrute por la familia. En este caso, la entrada de un tercero extraño a la relación matrimonial que, lógicamente querrá disfrutar de su adquisición, va a exigir una distribución de uso de la cosa común, pues, como el resto de los comuneros tiene derecho a servirse de esta, siempre que no perjudique el interés de la comunidad; además de poder ejercitar en cualquier momento la acción de división de la cosa común.

Ahora bien, si en lugar de enajenar, ceder o gravar la cuota o, asimismo, renunciar a ella, cualquiera de los cónyuges opta por ejercitar la acción de división de la cosa común con la posible venta en pública subasta del bien, y la entrada de licitadores extraños. Cabe preguntarse si estamos, igualmente, ante un acto dispositivo encuadrable en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. A tal cuestión dedicaremos el siguiente apartado.

1. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

La comunidad de bienes, tal y como se encuentra regulada en el Título III del Libro II del Código Civil (art. 392 a 406 CC), en su modalidad de comunidad romana o por cuotas opera sobre la base de considerar que estamos ante una

(120) En la misma línea, MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 136-137; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 297; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XVIII, abril-junio de 1965, pág. 366; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, pág. 77, señalan que, la *actio communi dividundo* es un acto de disposición contra-puesto al acto de administración. Igualmente, lo consideran acto de disposición patrimonial DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 81. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857), que lo califica de acto de disposición a título oneroso.

situación incidental o transitoria, poco rentable y desfavorable; de ahí que partiendo de la no existencia de vínculo jurídico alguno que obligue a permanecer en situación de comunidad, se posibilite que cualquiera de los comuneros pueda salir de esta situación de comunidad, no solo disponiendo de su cuota, sino también ejercitando la acción de división de la cosa común, salvo que se haya pactado la indivisión (art. 400 CC). Los precedentes históricos de esta acción aparecen en el Derecho Romano (D. 10, 3, 14, 2), y con posterioridad en las Partidas (P. 5, 5, 3) y en el Fuero Real (FR. 3, 4, 2). Se describe con el carácter de absoluta —pues no hay excepción alguna a su ejercicio—, indiscutible, incondicional e imprescriptible (art. 1965 CC), pues se trata de una facultad que nace y renace en todo momento, pues proviene de la relación de comunidad y debe entenderse subsistente mientras la propia comunidad dure (121). Ni siquiera la existencia de derechos reales, distintos del condominio, que pudieran ser titularidad de terceros, constituyen un obstáculo para que se ejercite la acción de división (122). Tiene como objeto el solicitar el cese del estado de indivisión en el que se encuentra la comunidad de bienes, así como adjudicar entre los comuneros la cosa común.

La facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: *a)* El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagradas en el artículo 7 del Código Civil; *b)* No podrá exigirse la división de la cosa común cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2) (123). Para que sea válido el pacto de indivisión se exige que el mismo sea por tiempo determinado y que este no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 CC).

Ahora bien, tal acción de división ha de ejercitarse por el cauce procesal del juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía (ordinario o verbal), teniendo en cuenta que para la determinación de la misma se estará al

(121) ECHEVARRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 561; ESPÍN ALBA, I., «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 525; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 378-379, que añade como característica la irrenunciabilidad, si bien precisa que hay que compaginarla adecuadamente con el pacto de indivisión. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/3040).

(122) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.^a, de 23 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5882).

(123) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1103.

valor de la cosa al tiempo de interponerse la demanda, conforme al precio de mercado, o en la contratación de bienes de la misma clase (arts. 249.2 y 250.2 en relación con los arts. 251.2 y 3 de la LEC). Está legitimado activamente para ejercitar la acción cualquier persona que ostente la condición de comunero en el momento de hacerlo. De forma que, se trata de una acción real que debe dirigirse contra el resto de los comuneros. La división se registrará por las reglas concernientes a la división de las herencias (art. 406 CC). El resultado que se obtenga será la adjudicación en propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común, o, en el caso de que no fuera posible la división de la cosa, en la entrega de una parte del precio obtenido por la venta de la cosa, proporcional a la cuota que tenía en la comunidad (124).

Tras esta breve referencia a la acción de división de la cosa común, sobre la cuestión planteada en líneas precedentes, no cabe duda que la acción de división ejercitada por uno de los cónyuges constituye un acto de disposición en la medida que puede poner en peligro la estabilidad o permanencia en el uso o disfrute de la vivienda por parte de la familia con la entrada de un tercero extraño (125). Operamos como en los supuestos de venta, cesión o gravamen de la cuota, atendiendo al alcance específico que hemos dado en líneas precedentes al término «disposición de derechos» que emplea el artículo 1320 del Código Civil cuando se refiere a la vivienda familiar, que, como bien sabemos, siempre va orientada a la protección de la familia.

Ahora bien, si la acción de división la ejercita un tercero extraño copropietario de la cosa común, aunque estemos ante una vivienda familiar, no hay obstáculo jurídico alguno que le impida su solicitud, como igualmente, si decide enajenar, ceder, o gravar su cuota, pues el artículo 1320 del Código Civil protege solo a la vivienda familiar frente a la actuación arbitraria del cónyuge titular.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

En situación de crisis matrimonial hay que arbitrar una serie de medidas entre las que se encuentra la atribución del uso de la vivienda que se convierte en definitiva tras la aprobación del convenio regulador (art. 90 CC), o por decisión judicial en el caso de un procedimiento contencioso (art. 106 CC). La ley, al margen de a quien corresponde la titularidad del bien, concede el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario a aquel de los cónyuges, al que se atribuye la guardia y custodia de los hijos, y a falta de estos, al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.1 y 3 CC). Aunque la guardia y custodia representa uno de los criterios de atribución del uso de la vivienda, sin embargo, mayoritariamente se considera como único titular de este derecho de uso

(124) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 28 de junio de 1999 (*RJ* 1999/6133), que los actos de división y adjudicación de la cosa común no son propiamente transmisiones patrimoniales, a efectos civiles o fiscales, sino una mera concreción o especificación de un derecho abstracto o preexistente.

(125) En contra, ECHEVARRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 405 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 569, para quien «la división no puede calificarse como un acto de transmisión, sino como un acto de declaración o consolidación de la propiedad por transformación de lo que antes era un dominio compartido e incierto, en lo que después resulta un dominio exclusivo y cierto».

al cónyuge y no los hijos; si bien, estos también resultarán beneficiados por tal adjudicación (126). Si bien, no faltan quienes consideran como titulares también a los hijos además de al cónyuge custodio (127).

Se opta, no obstante, por la temporalidad en la atribución del uso, con posibilidad de prórroga (128). Y, como se dispone en el artículo 233-20.6 y 7 del Código Civil catalán, la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, siempre que sean idóneas para satisfacer las necesidades del otro cónyuge y los hijos; y, asimismo, si la vivienda pertenece, en todo o en parte, al cónyuge que no es beneficiario, la atribución del uso de la vivienda puede ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria.

Ahora bien, si la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (129), y el cónyuge cotitular no usuario decide enajenar la cuota o ejercitar la acción de la cosa común, cabe plantearse si subsiste el uso de la vivienda establecido en sentencia judicial y atribuido al otro cónyuge; o si la venta o la acción de división la realiza el tercero extraño —cotitular de la vivienda—, igualmente subsiste tal uso. A tales cuestiones dedicamos el presente apartado. Si bien, nos parece oportuno previamente hacer referencia a las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza del uso de la vivienda atribuido al cónyuge no titular, pues condicionará las conclusiones a las que lleguemos en relación con la problemática planteada.

Si bien, hemos de partir de la base que es frecuente que el único o uno de los más importantes bienes del matrimonio sea una vivienda familiar de imposible división material (130), y que el cónyuge beneficiario del uso ante la actuación

(126) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 212; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 107; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 381. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167) y de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/3006).

(127) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 410. Algunos van más allá y consideran titulares exclusivos a los hijos, y el cónyuge únicamente se aprovecha de ese beneficio «en virtud de que se le haya otorgado la guarda y custodia», vid., VICENTE DÍAZ, M., «Cuestiones sustantivas y procesales en los bienes gananciales en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero de 1988, pág. 269.

(128) Vid., artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

(129) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51364).

(130) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4832); de 30 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2822); de 21 de abril de 2010 (*RJ* 2010/3543), y de 30 de abril de 2012 (*RJ* 2012/5235), donde se señala que cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando esta sea posible y útil por reunir las unidades resultantes las condiciones de habitabilidad y no existe conflictividad entre los cónyuges; y añade, asimismo, que «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor». En esta línea, el artículo 552-11.6 del Código Civil catalán al disponer que «*las comunidades ordinarias que existen entre los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, pueden dividirse considerando como una sola división la totalidad o una parte de los bienes*

del otro cónyuge que pretende acabar con la situación de comunidad no pueda, por falta de medios económicos, adquirir la cuota propiedad del otro.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

Hay dos grandes posiciones doctrinales, de un lado la de quienes consideran que el derecho de uso tendrá una naturaleza jurídica diversa en función de cuál sea el título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda (derecho real, derecho personal, atribución por razón del cargo, precario o comodato, etc.); y de otro, aquellos que tratan de delimitar la naturaleza jurídica de este derecho atribuido judicialmente de un modo unitario para todos los casos.

Con relación a la primera corriente doctrinal que anticipamos, nos parece la más acertada, no se unifica la naturaleza del derecho de uso en torno a una sola calificación, sino que aquella se adapta a las diversas situaciones en las que previamente se ha sustentado la titularidad de la vivienda familiar constante matrimonio. En esta línea, CUENA CASAS destaca que «la naturaleza del derecho de uso no tiene por qué ser la misma en situaciones de base distintas». Por ello cree «que dar una solución unívoca en todas las hipótesis ha enturbiado sobremanera este problema generando una extraordinaria inseguridad jurídica, puesto que no han faltado resoluciones que han considerado que era factible que un juez gravara con un derecho de uso la propiedad de un tercero sin el consentimiento de este». Error grave, considera la autora, pues en lugar de resolverse aplicando los principios generales, «se ha pretendido solucionar negando el carácter real del derecho de uso y configurando un *derecho de naturaleza mutante* en función de la situación planteada». Es por ello que, a su juicio, «el derecho de uso tiene naturaleza real cuando la titularidad de base de los cónyuges sea real. Si no lo es, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta». Y concluye, «efectivamente, negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes*, incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía» (131).

sometidos a este régimen, de acuerdo con el artículo 232-12. Se aplica el mismo criterio en los casos de separación de hecho y ruptura de la pareja estable».

(131) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 344-346.

Previendo estas distintas situaciones, el artículo 233-21.2 del Código Civil catalán dispone: «*Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias*».

Por su parte, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274), que, aunque niega la naturaleza de derecho real al uso atribuido judicialmente, luego, sin embargo, le otorga las mismas consecuencias que de tal naturaleza derivan, y, asimismo, en la relación con la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar hace referencia a la existencia de alguna de las diversas situaciones

Con relación a la otra corriente doctrinal apuntada, hay que señalar que en el seno de la misma las posiciones no son unívocas. Así, hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. LACRUZ BERDEJO, reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial» (132). Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda» (133). Para MANZANO FERNÁNDEZ es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)» (134). En términos similares, VILLAGRASA ALCAIDE entiende que «debe zanjarse la polémica sobre su naturaleza, dejando sentado que se trata de un derecho real, aunque no asimilable al derecho de uso en general (por ejemplo, no es posible que el usuario se convierta en arrendador), en el sentido —más coherente— de las disposiciones reguladoras del derecho en el Código Civil español» (135). RODRÍGUEZ DE ALMEIDA señala, asimismo, que aunque parece que «nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar “familiar”, en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y, por tanto, delimita su contenido y características; (...) no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad» (136). Por último, sosteniendo su carácter real, aunque como *sui generis* o atípico, se pronuncian JUANES PECES y GALVÁN ARIAS (137).

Frente a esta tesis, hay autores que defiende su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible» (138). DE LA PUENTE ALFARO señala, asimismo, que no es real «porque no se cumplen

jurídicas descritas en que puede encontrarse la vivienda y, por ende el uso que en relación con la misma se atribuya (FD 6.º y 7.º).

(132) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 102.

(133) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609.

(134) MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 166.

(135) VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La atribución del uso de la vivienda familiar», en *Anales VII-2004/2005. Centro para la Investigación y el Desarrollo del Derecho Inmobiliario y Mercantil*, núm. 7, pág. 32.

(136) RODRÍGUEZ DE ALMEIDA M.ª G., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008-III, núm. 710, pág. 2522.

(137) JUANES PECES, Á., y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-4, pág. 1041.

(138) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, pág. 251.

los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición)» (139); y MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil» (140).

No faltan posturas intermedias, que como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión» (141); o ELORRIAGA DE BONIS, que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de lo segundo, su oponibilidad *erga omnes* y acceso al Registro de la Propiedad (142).

Otros lo consideran como una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres (143).

Finalmente, hay autores que optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, Díez-Picazo afirma que estamos ante «una situación jurídica original» (144); o como señala SERRANO GÓMEZ, ante «un derecho real limitado peculiar» (145); o, en fin, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno,

(139) DE LA PUENTE ALFARO F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, pág. 2371.

(140) MARTÍN MELÉNDEZ M.^a T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena noviembre de 2005, pág. 2336.

(141) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1, pág. 1333.

(142) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así pues, concluye que también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

(143) SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 136-139.

(144) Díez-Picazo, L., «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1961, pág. 897.

(145) SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 23-24 y 30.

como precisa ROCA I TRIÁS (146). Una concentración en el beneficiario del derecho de uso del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos cónyuges (147).

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (148), señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia del citado Tribunal, de 18 de octubre de 1994, de forma más contundente considera que es un derecho real familiar de eficacia total (149); y la sentencia del Alto Tribunal, de 22 de abril de 2004, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros (150). En esta línea, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad (151).

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (152), sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2004 (153); o, en fin, le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posi-

(146) ROCA I TRIÁS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en VV.AA., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 612-613.

(147) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, págs. 200-201; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994-1, pág. 83.

(148) *RJ* 1992/10136. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3807).

(149) *RJ* 1994/7722.

(150) *RJ* 2004/2713. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3807), parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.^a, de 2 de junio de 1995 (*AC* 1995/1654); de la misma Audiencia y Sección, de 27 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 20 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.^a, de 5 de mayo de 2000 (*JUR* 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, 4 de diciembre de 2001 (*AC* 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698), y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 18 de enero de 2006 (*AC* 2006/671).

(151) *RJ* 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698).

(152) *RJ* 1994/2945. Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10330); y la Sección 1.^a, de 18 de enero de 2009 (*RJ* 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (*AC* 1994/1027).

(153) *RJ* 2004/1234.

lidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo ser oponible a terceros (154), o destacan su naturaleza de derecho personal (155) o su carácter asistencial (156), o para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real (157). Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999 (158), manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*; y en esta línea, la Resolución de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004 (159), considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010 (160), que califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostentan el interés más necesitado de protección que, desde un punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

(154) Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 23 de enero de 1997 (AC 1997/197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999/1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y *sui generis* que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del *ius possidendi* sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuanto tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese *ius possidendi* así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

(155) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (AC 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/186909).

(156) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001/19256).

(157) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010/1211).

(158) RJ 1999/6085. Vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167).

(159) RJ 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), y de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667).

(160) RJ 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

En todo caso, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (161).

Como reseñamos al inicio de nuestra exposición, coincidimos con la posición de aquellos que consideran que el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función del precisamiento del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que también lo sea el derecho que le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Sobre tales bases hemos de proceder a analizar las cuestiones planteadas en relación con la enajenación o gravamen de la cuota por parte del cónyuge copropietario no usuario, o del ejercicio de la acción de división, tanto por parte de este como por un tercero copropietario que, esencialmente, van nuevamente ligadas a la naturaleza que se atribuya al derecho de uso concedido al cónyuge usuario cotitular o no.

Así, para el caso de enajenación, cesión, gravamen o renuncia de la cuota por parte del cónyuge copropietario no usuario, tuviera el derecho de uso la consideración de derecho real o derecho personal, tales actos de disposición sobre la base legal del artículo 96.4 del Código Civil, en cuanto pudiesen poner en peligro tal uso concedido en sentencia judicial, exigirían el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Partimos de una limitación de la facultad de disposición por parte del cónyuge cotitular no usuario (162).

(161) Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre de 2006, núm. 698, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

(162) En esta línea, GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, pág. 84; PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, junio de 2012, págs. 77-78, señala que «el consentimiento del párrafo cuarto del artículo 96 del Código Civil para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponde al cónyuge no titular es requisito de eficacia, se logra la protección deseada sin necesidad de cuestionar la naturaleza real o no del derecho de uso». Por tanto, añade la autora, «el derecho a continuar en la vivienda familiar exige su oponibilidad frente a terceros y los actos de disposición sobre la misma no quedan impedidos mientras sean compatibles con el derecho de uso, a fin de garantizar la continuidad del mismo».

Ahora bien, es posible sostener la misma solución con relación a la acción de división, esto es que la restricción a la facultad de disposición del citado artículo 96.4 alcance también al ejercicio de la acción de división en cuanto que este queda supeditado al consentimiento del cónyuge cotitular usuario o, en su caso, autorización judicial (163). Lo cierto es que nadie puede ser obligado a permanecer en estado de indivisión, pues el derecho de cada comunero a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 400 CC) —salvo pacto de indivisión— en los términos ya reseñados es un derecho personalísimo, irrenunciable e imprescriptible, por lo que no se puede privar de su ejercicio al cónyuge copropietario, aun existiendo un derecho de uso atribuido judicialmente a favor del otro (164). Cabe entonces preguntarse si resulta compatible la acción de división con la subsistencia del derecho de uso. Parece que, hoy por hoy, es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho de uso (165). El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en

(163) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857), configura la división o partición como acto dispositivo a título oneroso, aunque su fin esencial no sea el de enajenar y adquirir, sino el de determinar o especificar derechos. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 16 de octubre de 1992 (*AC* 1992/1379), señala que, para que cese la comunidad entre cónyuges o excónyuges en el supuesto de vivienda familiar, será preciso que medie consentimiento de ambas partes o autorización judicial. Si bien, no en el caso de vivienda familiar perteneciente *pro indiviso* a los cónyuges y a un tercero. Igualmente, exigen el consentimiento del cónyuge titular del uso para que ejercite la acción de división el otro cónyuge, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 2 de enero de 1996 (*AC* 1996/111); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 27 de enero de 2000 (*JUR* 2000/159871).

(164) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6852); de 31 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/7040); y de 1 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5314); y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 14 de marzo de 1992 (*AC* 1992/419), el ejercicio de la acción de división no puede apreciarse como abuso del derecho. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, de 14 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/298493), señala que la división es un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario.

Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522), se señala que no procede la acción de división por que el uso atribuido a la esposa tiene la consideración de derecho real innominado oponible *erga omnes*. Un uso excluyente de los demás comuneros que necesariamente ha de completarse con su impermeabilización ante la acción divisoria de la cosa común.

(165) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10684); de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6439); de 16 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9144); de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3428); de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3448); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/524); y de 1 de abril de 2011 (La Ley 14453/2011); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 (*AC* 1994/1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 29 de abril de 1998 (*AC* 1998/4472); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 4 de febrero de 2000 (*AC* 2000/163); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 8 de mayo de 2000 (*AC* 2000/1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 (*AC* 2003/114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/139318); y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (*AC* 2011/819).

pública subasta debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.4 del Código Civil, y asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así, las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010 (166) y de 18 de enero de 2010 (167), sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la reciente sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de febrero de 2012 (168), que además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su exmarido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Esta consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, al que nos sumamos (169).

En este contexto podemos trasladar lo expuesto a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, y parece que la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso. Insistimos de nuevo en el distinto tratamiento de la cuestión en el artículo 1320 del Código Civil y en el artículo 96.4 del mismo cuerpo legal más favorable para el cónyuge usuario copropietario o no en las situaciones de crisis matrimonial.

No obstante, la existencia de esta consolidada tendencia doctrinal y jurisprudencial que posibilita la subsistencia del derecho de uso pese a la acción de división, hay que señalar que también se ha cuestionado en alguna otra resolución acerca del carácter o no de tercero del cónyuge usuario frente a la comunidad e invocando para ello el artículo 405 del Código Civil, pues no es obstáculo para la división la existencia de derechos reales o personales sobre la cosa común o la cuota. MIGUEL GONZÁLEZ señala que en relación a este precepto, se debe distinguir según que el derecho del tercero recaiga sobre la cosa común o sobre la cuota ideal que corresponda a un determinado comunero, ya que en este último caso el titular del derecho tiene una posición subordinada a la de su causante. Estos últimos parece que son a los que se refiere el artículo 403 del Código Civil cuando habla de cesionarios. De manera que podrán oponerse, e incluso impugnar la división efectuada, pero lo que no pueden pretender es que la división materializada no afecte a sus derechos, que al igual que la cuota ideal de su causante, se concreta en la parte adjudicada tras la división. En cambio, los terceros que son

(166) RJ 2010/2323.

(167) RJ 2010/1274.

(168) RJ 2012/3383.

(169) DÍAZ MARTÍNEZ, «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998-2, pág. 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación, tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», en *La Ley 1995-4*, pág. 985.

titulares de derechos sobre la cosa común, es decir, aquellos cuya posición no se encuentra subordinada a la de un comunero concreto, son a los que se refiere el artículo 405 del Código Civil, y en consecuencia, son a los que no perjudica o afecta la división, a menos que presten su consentimiento a la alteración de su derecho (170). Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (171), se afirma categóricamente que «el consorte no es tercero a estos efectos por ser, *per se*, un copropietario de partida»; sin embargo, en la sentencia del mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1999 (172), parece no descartar su consideración como tercero.

Lo cierto es que entiendo acertada la consideración de parte y no de tercero del cónyuge cotitular de la cosa común, al que no obstante, en el proceso de nulidad, separación o divorcio, se atribuye el uso de la totalidad de la vivienda familiar.

Ahora bien, cabe, asimismo, plantear que es lo que acontece cuando son copropietarios de la vivienda, los cónyuges o uno de ellos y un extraño. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común se extingue el derecho de uso, pues aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido» (173).

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que determine la adopción de cualquier otra que palíe tal pérdida.

Por otra parte, si la cotitularidad de la vivienda familiar es del cónyuge no usuario y de un tercero. Si la acción de división la ejercita aquel, se señala que es preciso recurrir a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario para que se dé traslado de la demanda al cónyuge, a fin de que si le conviene, se persone en el procedimiento en defensa de su derecho y en previsión de una maliciosa inactividad procesal del cónyuge titular. En todo caso, solo se impedirá la sentencia estimatoria si el otro condueño no cónyuge no exige la división. De todas formas, si este insta la división, ninguna posibilidad de actuación tiene el cónyuge usuario en defensa de su derecho (174).

Finalmente, señalar que recientemente en un supuesto de condominio como el descrito, el tercero comunero no instando la acción de división, sino la acción de desahucio frente al cónyuge del otro copropietario al que se había atribuido el uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio, ha prosperado al

(170) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 405 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1116.

(171) *RJ* 1994/6439.

(172) *RJ* 1999/9493. En la misma línea, ABELLA RUBIO, J. M.^a, *La división de la cosa común en el Código Civil*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 329, al señalar que se trata el derecho de uso de un derecho real y conforme al artículo 405 del Código Civil no se ve perjudicado por la división de la cosa común.

(173) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *op. cit.*, pág. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 361.

(174) GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *op. cit.*, pág. 86.

atribuirse a este precisamente la condición de precarista en la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010 (175), que pretende unificar doctrina sobre la materia y que, asimismo, cuenta con un voto particular de los Magistrados Excmos. Señores don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y don Antonio SALAS CARCELLER. Así, se dispone en su *Fundamento de Derecho* 8.º que: «1.º *La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario*; 2.º *La demandante, ahora recurrida, doña Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad*». En el caso enjuiciado por dicha sentencia, la demandante y su hermano son titulares dominicales de una vivienda, en la que aquel estableció su domicilio conyugal al contraer matrimonio con la demandada. Interpuesta demanda de separación contenciosa de dicho matrimonio, el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuida a la esposa.

El punto de conflicto que se resuelve en esta sentencia es si el cónyuge del condómino, que tiene atribuido el uso, es o no precarista. El artículo 394 del Código Civil —inspirado en un criterio que ya aparecía en la Ley 26, Título II del Libro VII del Digesto— consagra el uso solidario de la cosa común, de manera que, si esta lo permite, el uso no necesariamente habrá de quedar sujeto a la medida que determine la cuota. Los límites en que se concreta el uso son principalmente tres: que se utilice la cosa conforme a su destino, que no se cause perjuicio a la comunidad, y que no se impida al resto de los partícipes el uso de la cosa o derecho en cuestión. Si bien, en determinados casos es necesario acordar el uso del bien o derecho común, ya que por su propia naturaleza no es posible un uso solidario, al resultar imposible que todos se puedan servir de la cosa de manera simultánea y directa (176). En el presente caso, así se hizo y se acordó por el marido y su hermana que el uso de la vivienda familiar correspondiese al matrimonio. Por otra parte, a diferencia de los supuestos habituales de precario donde la titularidad del bien pertenece a terceros ajenos al matrimonio, en este caso el marido es también copropietario de la cosa común. De forma que el derecho a poseer del cónyuge usuario deriva de un título originario como es la copropiedad del marido y del acuerdo con el otro comunero. La atribución del uso y disfrute se otorga al matrimonio, si bien la sentencia de separación lo concreta en un uso exclusivo del cónyuge del condómino, sin que tal título judicial modifique el título originario de posesión. Además, hay que señalar que este mismo Tribunal en alguna ocasión ha considerado precarista al cónyuge usuario sobre la base de que el contrato de comodato se había convenido por los padres titulares con el hijo al que no se atribuye después el uso de la vivienda, y no con su cónyuge (177). Es por ello que consideramos que en este caso el cónyuge usuario no es precarista, y coincidimos con el parecer expuesto por ambos Magistrados en el voto particular, discrepando, en consecuencia, de la postura de la ponente de esta sentencia. De todas formas, es el acuerdo de los comuneros el título que priva temporalmente del uso, y por ende, de la facultad de posesión inherente al dominio a la copropietaria demandante, por tanto será en este ámbito donde debe actuar e instar las acciones oportunas para recuperar

(175) *RJ* 2010/1274.

(176) Vid., la Resolución de la DGRN de 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4921).

(177) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2806); de 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010/2323); y de 30 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3724).

la posesión (uso) de la cosa común, entre las que no se encuentran, a nuestro parecer, precisamente la acción de desahucio por precario instada contra el cónyuge usuario. No obstante, la atribución judicial del uso de la vivienda a la esposa limita la facultad dispositiva del cónyuge copropietario (art. 96.4 CC), por lo que este no podrá modificar el pacto posesorio existente entre comuneros sin contar con el consentimiento de cónyuge usuario (178).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA RUBIO, J. M.^a: *La división de la cosa común en el Código Civil*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2007.
- CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, núm. 588, septiembre-octubre de 1988.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto de 1987.
- COSTAS RODAL, L.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTA, V.: «Atribución del uso de la vivienda familiar, y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994.
- HERRERO GARCÍA, M.^a J.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

(178) En este sentido, MARÍN VELARDE, A., «Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2012-2, pág. 293.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.
- LUCINI CASALES, Á.: «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVI-1990, núms. 596 al 601.
- MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002.
- O'CALLAGHAN 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.
- ROBLEDO VILLAR, A.: «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», en *La Ley* 1995-4.
- TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6852).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10684).
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6439).
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3428).
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999/9493).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3448).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/524).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010/2323).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010/1274).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (*La Ley* 171465/2010).
- STS, Sala Primera de lo Civil de 1 de abril de 2011 (*La Ley* 14453/2011).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012/3383).
- RDGRN de 10 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8733).
- RDGRN de 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4921).
- RDGRN de 13 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5967).
- RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7680).
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167).
- RDGRN de 7 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8526).
- RDGRN de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008/3155).
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010/1667).
- SAP de La Rioja, de 14 de marzo de 1992 (*AC* 1992/419).
- SAP de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522).
- SAP de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1181).
- SAP de Almería, de 29 de junio de 1994 (*AC* 1994/1090).
- SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 4 de junio de 1997 (*AC* 1997/1245).
- SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 29 de abril de 1998 (*AC* 1998/4472).
- SAP de Girona, Sección 2.^a, de 4 de febrero de 2000 (*AC* 2000/163).
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 8 de mayo de 2000 (*AC* 2000/1164).
- SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 23 de septiembre de 2003 (*AC* 2003/114).
- AAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 2 de febrero de 2011 (*AC* 2011/819).

RESUMEN

DISPOSICIÓN. VIVIENDA FAMILIAR
DIVISIÓN COSA COMÚN.
ATRIBUCIÓN DEL USO
CRISIS MATRIMONIAL

La protección de la vivienda familiar se contiene en los artículos 1320 y 96.4 del Código Civil, tanto constante matrimonio como en situaciones de crisis conyugal, donde la exigencia de consentimiento del cónyuge no titular o, en su caso, autorización judicial, como la naturaleza que se le dé al uso atribuido en sentencia de separación o divorcio van a determinar el alcance de tal protección frente a terceros adquirentes; y, asimismo, van a condicionar la respuesta que se dé a la realización de actos como la enajenación, cesión o gravamen de la cuota, o la acción de división común en una situación de copropiedad romana o por cuotas con relación a la vivienda familiar. El análisis de tales preceptos y su aplicación a estos concretos actos es en lo que vamos a centrar el presente estudio.

ABSTRACT

DISPOSITION. FAMILIAR HOUSING
DIVISION SEWS COMMONLY.
ATTRIBUTION OF THE USE
MATRIMONIAL CRISIS

The protection of the familiar housing controls itself in the articles 1320 and 96.4 of the Civil Code so much constant marriage as in situations of conjugal crisis, where the exigency of assent of the spouse not to title or, in his case, judicial authorization, as the nature that gives him to the use attributed in judgment of separation or divorce they are going to determine the scope of such a protection opposite to third buyers; and, likewise, they are going to determine the response that is given to the accomplishment of acts as the alienation, transfer or charge of the quota, or the action of common division in a situation of Roman co-ownership or for quotas with relation to the familiar housing. The analysis of such rules and his application to these concrete acts is on what we are going to centre the present study.

EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA
Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.
CUESTIONES JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—III. CARACTERES.—IV. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE MATRIMONIO Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.—V. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PENSIÓN COMPENSATORIA: A) INTRODUCCIÓN. B) PACTOS FIJANDO LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN. C) PACTOS MODALIZANDO LA PENSIÓN. D) PACTOS QUE SEÑALAN UNA INDEMNIZACIÓN O CLÁUSULA PENAL POR LA RUPTURA. E) RESERVA DE RECLAMAR LA PENSIÓN EN UN ULTERIOR PROCEDIMIENTO. F) SUPUES-

TOS DE RUPTURA MATRIMONIAL, REANUDACIÓN DE LA CONVIVENCIA Y PACTO DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—VI. EL PACTO DE RENUNCIA PREVIA Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—VII. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: A) PENSIÓN CON LÍMITE TEMPORAL CONCRETO. B) PENSIÓN INDEFINIDA: CARÁCTER VITALICIO. C) PENSIÓN INDEFINIDA: SIN SUJECCIÓN A TÉRMINO POR DECISIÓN JUDICIAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la publicación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio), se modificó el artículo 97 del Código Civil, que establece las circunstancias a tener en cuenta para que tras la separación o el divorcio se produzcan un *desequilibrio económico en un cónyuge*, en relación con la posición del otro, y surja el derecho a obtener la pensión compensatoria (1). Modificación que ha consistido en posibilitar la pensión compensatoria de manera temporal o por tiempo indefinido, o incluso en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o, en caso contrario, por ausencia de acuerdo, sea fijado en la resolución judicial (2).

(1) *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a *Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.^a *La edad y el estado de salud.*
- 3.^a *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.^a *La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.^a *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.^a *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.^a *La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.^a *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.^a *Cualquier otra circunstancia relevante.*

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

(2) También, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria. El artículo 233-14 concreta y define la figura en los siguientes términos:

«El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada, tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe en las mismas circunstancias.

Desde el año 1981 existe una doctrina jurisprudencial que indica que «contando ambos cónyuges con ingresos propios de sus respectivos trabajos, no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el artículo 97 del Código Civil» (3).

En la determinación de si concurre o no el desequilibrio, se tienen en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS de 19 de enero de 2010 (4), que declaró la doctrina siguiente: «para determinar la existencia de desequilibrio económico, generador de la pensión compensatoria, debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio» (5).

De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación, no es un factor que origine, por sí mismo, el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican «un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto.

Si uno de los cónyuges muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento matrimonial se extingue por el fallecimiento del cónyuge que debería pagarla».

(3) SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de marzo de 2012, recurso 1163/2011. Ponente: FRANCISCO JAVIER CORREAS GONZÁLEZ. Número de sentencia: 282/2012. Número de recurso: 1163/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 63376/2012.

(4) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2010, recurso 52/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 864/2010. Número de recurso: 52/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1539/2010.

(5) Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores, por ejemplo en las:

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de noviembre de 2011, recurso 567/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 856/2011. Número de recurso: 567/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 242715/2011 (que versa sobre la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria y la fijación de un límite temporal por la alteración sustancial de la fortuna de la esposa debido a la adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales por un valor superior a los 4 millones de euros, lo que le va a permitir una gestión independiente), y
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2011, recurso 1005/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 720/2011. Número de recurso: 1005/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 205980/2011 (improcedencia de la pensión compensatoria concedida a la esposa para el caso de pérdida de su trabajo en una empresa del marido después del divorcio, ya que la pensión compensatoria requiere que el divorcio produzca un empeoramiento de la situación del cónyuge en relación a su situación anterior en el matrimonio. Los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial).

El régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y, por ello, cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación.

El mismo criterio se sigue en el Código Civil catalán (6), como más adelante iremos analizando (7).

II. NATURALEZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Los presupuestos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico se centran en que:

- El desequilibrio debe ser real y, por tanto, probado por la parte que lo alega.

(6) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria. El artículo 233-15 determina la prestación compensatoria, indicando que la autoridad judicial, para fijar la cuantía y duración de la prestación compensatoria, debe valorar especialmente:

- La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico-matrimonial.
- La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.
- Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.
- La duración de la convivencia.
- Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

(7) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 29 de febrero de 2012, recurso 435/2011. Ponente: Agustín VIGO MORANCHO. Número de sentencia: 153/2012. Número de recurso: 435/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31636/2012. En cuanto a la pensión compensatoria, en primer término debe indicarse que la legislación aplicable es la contenida en el Código de Familia y no la prevista en el Código Civil (arts. 97 a 100), como hace la sentencia de instancia. En el presente caso, previamente al análisis de si efectivamente el divorcio ha producido un desequilibrio económico que justifique el establecimiento de una pensión compensatoria, debe indicarse que en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la separación como el divorcio se estiman cuando se producen causas objetivas tasadas por el legislador, con independencia de los criterios de culpabilidad o de la concurrencia de conductas antijurídicas, por lo que la pensión compensatoria no puede fundarse en la conducta del otro cónyuge, como alega la actora en su recurso.

Por otro lado, debe indicarse que la separación o el divorcio no implican *per se* que deba otorgarse una pensión compensatoria a favor del cónyuge que tenga una peor situación económica, ya que deben tenerse en cuenta los presupuestos del artículo 84 del Codi de Família. En el presente caso, debe indicarse que el matrimonio se contrajo en fecha de 10 de mayo de 2008, si bien la convivencia solo duró un año y dos meses...

En definitiva, de la comparación de la situación económica de cada litigante, así como de la escasa duración del matrimonio, se deduce que no se puede apreciar la concurrencia de un desequilibrio económico que sea derivado de la ruptura matrimonial, pues ya con anterioridad la esposa había trabajado desde el año 2006 y la situación de desempleo no se produjo al contraer matrimonio, ya que en dicha época no trabajaba, mientras que poco tiempo después de la denuncia por malos tratos comenzó a percibir una pensión de desempleo en agosto de 2009. En conclusión, no procede conceder pensión compensatoria a favor de la actora...

- El desequilibrio tiene como punto de referencia la posición del otro cónyuge —el potencialmente deudor— y, como consecuencia, un empeoramiento para el esposo acreedor de su situación anterior en el matrimonio.
- La finalidad de la pensión es compensatoria o reparadora del daño, objetivo motivado por la ruptura. No se trata de equiparar económicamente los patrimonios, sino de reducir los desequilibrios producidos por la ruptura y, por ello, se intenta colocar al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido antes del matrimonio para que pueda conseguir superar, con medios propios, ese posible desequilibrio (8).

El *fundamento* de la pensión compensatoria se basa en que no es un instituto jurídico equiparador de economías dispares. El *elemento esencial* del nacimiento de la figura jurídica es ese desequilibrio patrimonial, y no una situación de necesidad, como ocurre en la pensión de alimentos (9). Se trata de compensar el hipotético desequilibrio económico interconyugal producido por la separación o el divorcio con la finalidad de tutelar al cónyuge más débil.

La *naturaleza de la pensión compensatoria*, en palabras de la ponente de la STS, de 17 de julio de 2009, ROCA TRÍAS, *no es un mecanismo igualatorio de las economías de los cónyuges, sino reequilibrador* para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio (10).

En base a dicha naturaleza solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos cónyuges y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares.

Además, el artículo 97 del Código Civil es uno de los exponentes del aumento de la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes, que el legislador ha introducido en la Ley 2005 en materia de divorcio. Así pues, en último término, si las partes no han dispuesto nada, la actitud del juzgador es importante puesto

(8) Por eso no se otorga la pensión compensatoria en el supuesto de la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de marzo de 2012, recurso 1163/2011. Ponente: Francisco Javier CORREAS GONZÁLEZ. Número de sentencia: 282/2012. Número de recurso: 1163/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 63376/2012. Sentencia que, partiendo del estudio de las actuaciones y del análisis y estudio detallado de cada prueba, pero valorada toda ella en su conjunto; desestima el recurso del señor Hernan al compartirse con el órgano judicial *a quo* que no cabe señalar pensión (del art. 97 CC) a su favor; ya que dicho señor ha trabajado durante el matrimonio por cuenta ajena; también colaboró en negocios familiares; aún es joven, y actualmente trabaja desde julio de 2008 en la entidad mercantil DEFTA como técnico de mantenimiento y percibiendo por ello al mes 1648,54 € netos.

Ambas partes trabajan, perciben ingresos que son los justos y acoplados a las propias aptitudes y actitudes para generarlos y que deben ser suficientes para que cada uno pueda atender, por sí mismo, a sus propias necesidades, y más en fase de patología matrimonial. La pensión no es un instituto jurídico equiparador de economías dispares, por lo que, y como se lleva dicho, en este ámbito de familia no se da en el caso desequilibrio.

(9) Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-245, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1418/2002.

(10) STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de julio de 2009, recurso 1369/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 562/2009. Número de recurso: 1369/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 125216/2009.

que debe valorar el desequilibrio económico como presupuesto de la pensión que debe atender a un criterio objetivo.

III. CARACTERES

La pensión compensatoria es de *carácter enteramente dispositivo* (11), es el cónyuge solicitante el que debe acreditar la existencia de desequilibrio, conforme a las reglas de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 LEC (12).

En base a ello *no puede acordarse de oficio* (13). Siguiendo al TS, «Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio» (14).

(11) MORENO VELASCO, Víctor, «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7467, Sección Tribuna, de 14 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-271, Editorial LA LEY. LA LEY 9166/2010.

En relación con la jurisprudencia, cabe señalar que ya desde la STS, Sala 1.^a, de 2 de diciembre de 1987, ponente: FERNÁNDEZ CID DE TEMES, nuestra jurisprudencia ha venido declarando la *naturaleza dispositiva* de la pensión compensatoria, al indicar que «las partes pueden incluirla en el Convenio Regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (art. 142 y sigs.)...

(12) SAP de Toledo, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2012, recurso 258/2011. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO. Número de sentencia: 12/2012. Número de recurso: 258/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2782/2012. A la vista de tal doctrina, y de que la pensión compensatoria es una medida patrimonial, consecuencia del divorcio, pero de carácter enteramente dispositivo, es el cónyuge solicitante el que debe acreditar la existencia de desequilibrio, conforme a las reglas de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 LEC...

(13) SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 10 de enero de 2012, recurso 669/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 669/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 94/2012. La pensión compensatoria constituye una medida definitiva que no puede acordarse de oficio por el órgano jurisdiccional, sino que la oportunidad de su adopción y el señalamiento de su cuantía tiene que ser expresamente solicitado por el cónyuge litigante a quien convenga a su derecho...

(14) STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53987-JF/0000. Introduce a favor de la tesis del principio dispositivo las siguientes razones:

«A) Desde un punto de vista puramente procesal, puede afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad

Además, el derecho a la pensión por desequilibrio *no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor* (art. 101.2 CC). Tras su fallecimiento, sus herederos han de asumirla como una deuda del causante transmisible *mortis causa*.

Por otro lado, los herederos podrán solicitar del juez su reducción o supresión: cuando el caudal hereditario no pueda satisfacer las necesidades de la deuda o cuando afecte a sus derechos legitimarios (15).

En cuanto a la *exigibilidad de la pensión* cabe señalar que nace desde el momento en que se dicta la sentencia de separación o divorcio en la que se reconoció el derecho a recibirla. Debe fijarse en la resolución judicial que ponga fin al proceso, sin que sea posible solicitarla y fijarla en un momento posterior. La pensión compensatoria reclamada ha de ser judicialmente establecida (16).

No olvidemos que la pensión compensatoria surge del desequilibrio económico producido tras la crisis conyugal, originado en el momento de la ruptura del

jurisdiccional, su iniciación, no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo...

B) ...si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (arts. 142 y sigs.).

C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede valer o no sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio».

(15) SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 17 de enero de 2012, recurso 258/2011. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO. Número de sentencia: 12/2012. Número de recurso: 258/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2782/2012. La existencia del desequilibrio se produce en base a tres argumentos concretos, la dedicación de la esposa a la familia durante el largo periodo de duración del matrimonio y su falta de promoción profesional por ese motivo, la diferencia de ingresos entre ambos excónyuges, y que el divorcio le produce desequilibrio, en tanto se le priva del derecho a la pensión de viudedad, por divorciada, pues «...siendo acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, esta quedará extinguida al fallecimiento del causante» (modificación de clases pasivas introducido por la Ley 51/07, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 que modifica el RDL 670/87 en su art. 38.4)... Debe rechazarse que la eventual pérdida del derecho a la viudedad es consecuencia de la ruptura del vínculo matrimonial, no constituyendo sino una expectativa concreta que se pierde por el divorcio, y que en sí misma no ocasiona desequilibrio, sino que es mera consecuencia de una situación legal.

(16) Así se indica en la SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 12 de marzo de 2012, recurso 525/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 107/2012. Número de recurso: 525/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 30196/2012. La pensión compensatoria reclamada ha de ser judicialmente establecida, sean cuales fueran la edad y estado de salud de los esposos, su cualificación profesional, sus cargas familiares y la duración del matrimonio que el Código Civil menciona en el artículo 97, no como factores determinantes de su otorgamiento, sino como circunstancias a ponderar para la determinación de su cuantía.

periodo de normalidad del matrimonio y no después. Aunque en base al artículo 100 del Código Civil, puede que en ese momento se produzca una reducción en la fortuna del acreedor que bien pudiera legitimarle para solicitar el aumento de la pensión fijada en la sentencia, siempre y cuando tal reducción sea considerada como una alteración sustancial de las circunstancias que vulnera el pretendido desequilibrio. Lo que no cabe es que la disminución sobrevenga de los recursos, por muy grave que sea, faculte al cónyuge para solicitar *ex novo* una pensión compensatoria no fijada en la sentencia por no existir desequilibrio.

En relación con la *forma de cumplimiento*, el artículo 99 del Código Civil posibilita a los cónyuges la sustitución de la pensión, fijada judicialmente, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero (17). En estos supuestos, la cantidad debida para compensar el desequilibrio producido por la crisis matrimonial se calcula con carácter previo en el momento de la fijación de la pensión (18).

No debemos olvidar la posibilidad de modificación de la pensión (19).

En cuanto a la *duración*, la pensión compensatoria es una obligación que se extingue por las razones señaladas en el artículo 101 del Código Civil. En la práctica, las pensiones compensatorias están sujetas a límites temporales en base a la finalidad de reducir los desequilibrios que generan las situaciones de crisis matrimonial y en consonancia con la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, artículo 10 CE, pensando en no convertir el matri-

(17) *En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.* Artículo 99 redactado por Ley 30/1981, 7 de julio (BOE de 20 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.

(18) STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2002, recurso 632/1999. Ponente: Luis MANGLANO SADA. Número de sentencia: 293/2002. Número de recurso: 632/1999. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 51531/2002. Exención del IRPF del capital de dinero acordado en acuerdo transaccional que viene a sustituir válidamente a la pensión compensatoria.

La controversia surge en relación a la suma deducida en concepto de pensión compensatoria. En efecto, en virtud de sentencia de 21 de julio de 1988 del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valencia, el demandante obtuvo el divorcio de su esposa, conviniendo el pago de una pensión vitalicia a la misma de 350.000 pesetas mensuales.

No obstante ello, como existieran en los siguientes años diversas diferencias entre los antiguos cónyuges... llegaron a un «acuerdo transaccional», por el que la exesposa desistía de cuantos litigios hubiera interpuesto y el recurrente se comprometía a abonarle 40.000.000 de pesetas, poniendo con ello fin a las controversias.

Como fuera que el actor entendía sustituida la pensión compensatoria por un capital en dinero, procedió en 1994 a deducirse parte del mismo en su declaración del Impuesto sobre la Renta.

(19) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria. El artículo 233-18 se refiere a la posible modificación de la prestación compensatoria, entendiéndose que:

- La prestación compensatoria fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga.
- Para determinar la capacidad económica del deudor deben tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos.

monio en una profesión que asegure un nivel de vida, incentivando la ociosidad del acreedor. El carácter temporal potencia el afán de recuperación y reinserción en el mundo laboral del cónyuge acreedor. La pensión no tiene el carácter de renta o pensión vitalicia y, si bien es cierto que el artículo 97 no señala limitación temporal alguna al derecho, tampoco lo excluye, ni de la literalidad de los artículos 99 y 101 se desprende su imposibilidad.

Como veremos más adelante, son muchas las STS y las sentencias de la jurisprudencia menor que reconocen el derecho a la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial limitándolo en el tiempo. Principalmente a partir de 1990 puede decirse que, como regla general, se procede a la limitación temporal del derecho de pensión, atendiendo fundamentalmente a la edad de su titular, al trabajo que desempeñe o que pueda desempeñar por su cualificación profesional, así como también a la duración de la convivencia matrimonial.

IV. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE MATRIMONIO Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Tras la reforma del Código Civil de 1981, la doctrina jurisprudencial introduce una visión subjetiva del desequilibrio basada en las causas del artículo 97 del Código Civil, a fin de determinar la cuantía de la pensión compensatoria. Hoy, tras la reforma legal de 2005, se produce un cambio hacia la visión objetiva (y así se constata por la Jurisprudencia). Las circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código Civil funcionarían para determinar si existe desequilibrio y para determinar la cuantía de la pensión.

Además, la doctrina científica da un paso más centrándose en *la relación de causalidad entre el matrimonio y el desequilibrio* como clave de la institución de la pensión compensatoria, donde «el desequilibrio técnicamente hábil para fundamentar una pensión compensatoria debe ser el producido por razón del matrimonio; debe existir una relación de causalidad desequilibrio-matrimonio» (20).

(20) El artículo 97 del Código Civil ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina *tesis objetivista*, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 del Código Civil, las circunstancias enumeradas en el 97.2 del Código Civil serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 del Código Civil determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión compensatoria.

La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y, para ello, habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios; e, incluso, su situación anterior al matrimonio, para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función:

- a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; y

De esta manera, si ambos cónyuges perciben un sueldo, conforme a sus capacidades profesionales, no está justificada la pensión compensatoria, salvo que se acredite que por circunstancias producidas durante el matrimonio se ha impedido al cónyuge acreedor acceder a una cualificación o un trabajo mejor por atender a la familia, los hijos, o incluso los negocios o asuntos del otro cónyuge.

La actual visión objetiva de las circunstancias que originan el nacimiento y la cuantía de la pensión es analizada con rigor por la jurisprudencia, basándose en la conexión causal del matrimonio y sus circunstancias, con el desequilibrio.

La STS de 19 de enero de 2010 (21), aboga por la concepción subjetiva de la pensión compensatoria, en base a que no es suficiente para su establecimiento que se produzca un desequilibrio, sino que el mismo debe producirse por razón del matrimonio (22).

A juicio de MORENO VELASCO (23) es necesario establecer la relación causal entre matrimonio —entendido como el periodo de tiempo que ha durado el vínculo

b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el Juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria;
- b) cuál es la cuantía de la pensión, una vez determinada su existencia; y
- c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

(21) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2010, recurso 52/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 864/2010. Número de recurso: 52/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1539/2010.

(22) La redacción del artículo 97 del Código Civil ha dado lugar a diferentes interpretaciones en la doctrina de las Audiencias Provinciales en torno, precisamente, a la que plantea la recurrente en el recurso de casación, semejante, por otra parte, al resuelto por esta Sala en sentencia de 17 de julio de 2009. Sin embargo, esta Sala ha venido manteniendo una postura uniforme en la interpretación del artículo 97.

Los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 del Código Civil son los siguientes:

- a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio. Así lo indican la STS de 10 de marzo de 2009 (LA LEY 8747/2009) y la STS de 17 de julio de 2009 (LA LEY 125216/2009);
- b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges [SSTS de 10 de febrero de 2005 (LA LEY 855/2005), de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 169518/2008) y 10 de marzo de 2009 (LA LEY 8747/2009)].

Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 de febrero de 2005 (LA LEY 855/2005): «La pensión compensatoria es, pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 97 del CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor; lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria.

(23) MORENO VELASCO, VÍCTOR: «La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria», en *Diario La Ley*, núm. 7522, Sección Tribuna, de 2 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-368, Editorial LA LEY. LA LEY 13283/2010.

marital— y desequilibrio, a través del análisis del matrimonio para determinar si ha sido este, u otras circunstancias, las que han determinado el desequilibrio. El citado abogado de familia entiende que «lo fundamental es determinar si el matrimonio ha impedido o dificultado a uno de los cónyuges para colocarse en la posición patrimonial o expectativas profesionales que tenía antes de contraer matrimonio, de forma que uno de los cónyuges sí ha podido desarrollarse patrimonial y profesionalmente; y el otro, por su mayor implicación en el cuidado de los hijos y la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge u otra circunstancia relacionada con el matrimonio, no ha podido, debe concederse la pensión compensatoria, con independencia de que el cónyuge acreedor disponga de un trabajo».

Fue la ya citada STS de 19 de enero de 2010, la que concretó la doctrina jurisprudencial sobre los parámetros a tener en cuenta para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria.

En la citada sentencia se declara como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico debe tenerse en cuenta básicamente, y entre otros parámetros:

- la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge,
- el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, y
- su situación anterior al matrimonio.

Por el contrario, el Tribunal considera que no hay desequilibrio y, por tanto, no cabe la pensión compensatoria, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la STS de 19 de enero de 2010 (24), o en el supuesto de la STS de 5 de noviembre de 2008 (25), que declara probado que los ingresos mensuales del marido, *en paro* al decretarse la separación, son inferiores a los que obtenía durante el matrimonio.

Tampoco puede basarse el reconocimiento de la pensión compensatoria exclusivamente en el dato del salario que cada cónyuge percibe por su trabajo, y

(24) Se niega la pensión compensatoria porque:

- 1.º La recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral.
- 2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo.
- 3.º El régimen económico-matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad.
- 4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio.
- 5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura, por lo que debe demostrarse este elemento e irrelevante la concurrencia de necesidad (STS de 10-3-09)».

(25) STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 5 de noviembre de 2008, recurso 962/2002. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 991/2008. Número de recurso: 962/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169518/2008.

así lo concreta la STS de 22 de junio de 2011 (26). Pues el dato de que la esposa gane menos que el marido por su trabajo no es un criterio automático que da por supuesto un desequilibrio susceptible de ser compensado con una pensión a cargo de este, siempre que tales ingresos no puedan reputarse absolutamente dispares, no aisladamente considerados, sino tras confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta.

La cuestión se complica cuando la esposa, trabajadora en una empresa del marido, pierde su trabajo tras el divorcio. En este caso también se ha pronunciado el TS en sentencia de 19 de octubre de 2011 (27), indicando que «la pensión compensatoria requiere que el divorcio produzca un empeoramiento de la situación del cónyuge en relación a su situación anterior en el matrimonio. Los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial» (28).

Es posible acordar la pensión compensatoria en el régimen de separación de bienes, siempre que se produzca el desequilibrio económico en un cónyuge exigido en el artículo 97 del Código Civil. El régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación (29).

V. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PENSIÓN COMPENSATORIA

A) INTRODUCCIÓN

Los pactos establecidos por los cónyuges en el convenio, que con posterioridad no es ratificado judicialmente, son ineficaces (vid. SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2012) (30).

Como es sabido, el convenio regulador debe confeccionarse y suscribirse por las partes donde, por ejemplo, se puede pactar que entre los cónyuges no

(26) STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de junio de 2011, recurso 1940/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 434/2011. Número de recurso: 1940/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 159722/2011.

(27) STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2011, recurso 1005/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 720/2011. Número de recurso: 1005/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 205980/2011.

(28) Hay reciente jurisprudencia de las Audiencias que siguen este criterio marcado por el TS, como la de la SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2012, recurso 535/2011. Ponente: Javier ANTÓN GUIJARRO. Número de sentencia: 197/2012. Número de recurso: 535/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7917, Sección Jurisprudencia, de 6 de septiembre de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 59930/2012. Sentencia que sigue la doctrina jurisprudencial de que «la pensión compensatoria no se puede incrementar, ni en su cuantía ni en su duración, por la alteración sobrevenida de circunstancias». Existe una solicitud por la esposa de que la pensión reconocida por un periodo de tres años se convierta en vitalicia en atención a las circunstancias sobrevenidas (su precario estado de salud).

(29) STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2012, recurso 1437/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 279/2012. Número de recurso: 1437/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58429/2012.

(30) SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2012, recurso 669/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 669/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 94/2012.

se ha producido ningún desequilibrio y consiguientemente no se señala pensión compensatoria a favor de ninguno de ellos.

Esta propuesta de convenio suele ser el paso previo a su presentación en un proceso judicial matrimonial de mutuo acuerdo. No obstante, si este no llega a ratificarse por los cónyuges en el ámbito jurisdiccional pierde su eficacia con independencia de lo que se hubiera pactado, pudiendo los interesados promover nuevo procedimiento solicitando medidas diferentes.

El convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia, mientras que el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva.

Ante la ausencia de regulación de esta materia, destaca la establecida en Cataluña, pionera frente a otra legislación foral (31).

B) PACTOS FIJANDO LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La cuantía de la pensión compensatoria también puede ser fijada de antemano por los cónyuges en base al principio de autonomía de la voluntad, y tras la ruptura, ser respetuoso con la cantidad indicada en dicho momento. Así, la SAP de Tenerife, Sala 1.^a, de 7 de julio de 2008, siguió los criterios fijados en el pacto alcanzado por los cónyuges antes de contraer matrimonio (32).

La Jurisprudencia indica que tales acuerdos entre los cónyuges, en lo que afecta a la pensión compensatoria, han de cumplirse en sus propios términos al referirse la *materia objeto de pacto a un interés meramente patrimonial de los cónyuges* en cuya autorregulación ha de aplicarse el principio dispositivo del que gozan las partes (33).

(31) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria. El artículo 233-16 se refiere a los posibles pactos sobre la misma, estableciendo que:

- En previsión de ruptura matrimonial puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria de acuerdo con el artículo 231-20.
- Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor.

(32) SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2008, recurso 745/2007. Ponente: Eugenio Santiago DOBARRO RAMOS. Número de sentencia: 312/2008. Número de recurso: 745/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 272631/2008. Los contrayentes, de nacionalidad alemana, regularon en un contrato prematrimonial la situación resultante para el caso de disolución del matrimonio. Dada la validez del pacto establecido entre las partes, se discute su valoración y alcance. El punto que determina el nacimiento al derecho de compensación por cada año de matrimonio es que se haya decretado el «divorcio» y no la «ruptura de hecho de la convivencia» ni el incurrir en causa de divorcio. Es con la declaración de divorcio cuando se disuelve el matrimonio, siendo el momento determinante de la percepción de la compensación. No estableciéndose condicionante alguno, la esposa solo tenía que acreditar para su percepción los años de matrimonio. Debe partirse de la fecha inicial del matrimonio y como término la fecha de la sentencia de divorcio de primera instancia.

(33) Vid la SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 8 de octubre de 2002, recurso 245/2002. Ponente: José GARCÍA BLEDA. Número de sentencia: 175/2002. Número de recurso: 245/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165897/2002. Sentencia que indica que «respondiendo tal acuerdo a un concierto libre entre los cónyuges dentro de la libre autonomía de su voluntad, no cabe ahora rectificar lo acordado, ya que como perfectamente se indica en la resolución

Por otro lado, solo procedería apreciar —si posteriormente aparece una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuges para modificar, si fuera posible,— su cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil o si concurren causas para declarar, si fuera posible, la extinción del derecho previstas en el artículo 101 del Código Civil (34).

C) PACTOS MODALIZANDO LA PENSIÓN

Afinando aún más en lo relativo a esta posible «alteración de circunstancias», la STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2008, advierte que el pacto por el que los esposos litigantes regulen privada y libremente las consecuencias patrimoniales de su futura separación judicial, entre ellas la cantidad en concepto de prestación compensatoria, debe considerarse válido y los interesados no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga, como ocurre con cualquier contrato, sin que una pretendida «autonomía» del procedimiento de divorcio respecto a la previa situación de separación suponga, por sí sola, una «alteración de circunstancias» que justifique el desconocimiento en aquel de lo libremente pactado por aquellos (35).

Por la lógica del principio dispositivo, el juez no debe modificar lo pactado por las partes sobre esta cuestión. La SAP de Lérida, Sala 1.^a, de 9 de julio de 2001, indica que no hay razón para que el juez acote temporalmente y revise a

de instancia en virtud del principio *pacta sunt servanda*, tal acuerdo, en lo que afecta a la pensión compensatoria, ha de cumplirse en sus propios términos al referirse la materia objeto de pacto a un interés meramente patrimonial de los cónyuges en cuya autorregulación ha de aplicarse el principio dispositivo del que gozan las partes y que es completamente distinto a los parámetros por los que se regula la pensión alimenticia de los hijos que por estar sometida a principios de *ius cogens* queda fuera de dicho ámbito dispositivo...».

(34) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 22 de julio de 1999, recurso 272/1999. Ponente: Marcial SUBIRÁS ROCA. Número de recurso: 272/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114916/1999. Indica que: «una vez aprobado dicho convenio y establecida una pensión compensatoria, en el presente divorcio solo procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil apreciar si hubo alteración sustancial en la fortuna de uno de los cónyuges para modificar su cuantía, o si concurrieron las causas para declarar la extinción del derecho previstas en el artículo 101 del Código Civil. No concurriendo ninguno de los anteriores supuestos modificativos del convenio regulador debidamente homologado, al hallarse ambos cónyuges en aquella misma situación que tenían en el momento de la separación, procede mantener sus mismos efectos que fueron debidamente consensuados y objeto de aprobación judicial con desestimación del recurso de apelación».

(35) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de septiembre de 2008, recurso 32/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 32/2008. Número de recurso: 32/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 190173/2008. No solamente se podría pactar anticipadamente su cuantía, sino también su modalización: prestación única o pago periódico, limitaciones de carácter temporal o por tiempo indefinido, causas de extinción... En este punto, la normativa del Código Civil no es tan explícita, pues habla de «acuerdo para señalar su importe», pero bajo un argumento *a fortiori* de que quien puede lo más puede lo menos, entendemos perfectamente admisible pactar la modalización de su pago. Por su parte, la normativa catalana contenida en el Código de Familia de 1998 era tan poco explícita al respecto como el Código Civil por lo que, con mayor desarrollo, en la Ley 25/2010 del Libro II del Código Civil de Cataluña se recoge expresamente en su artículo 233-16.1 que: «En previsión de ruptura matrimonial se puede pactar sobre la modalidad, la cuantía, la duración y la extinción de la prestación compensatoria de conformidad con el artículo 231-20».

la baja el importe de una pensión compensatoria pactada libremente por ambos cónyuges, pues el acuerdo efectuado entre los cónyuges sobre la pensión compensatoria no traspasa los límites de la autonomía privada y de la libertad contractual por no ser contrario a la ley, la moral ni al orden público (36).

D) PACTOS QUE SEÑALAN UNA INDEMNIZACIÓN O CLÁUSULA PENAL POR LA RUPTURA

Finalmente, no deben confundirse este tipo de acuerdos fijando la cuantía o la modalización del pago de la pensión compensatoria con los *pactos que señalan una indemnización o cláusula penal por la ruptura*. La SAP de Almería, Sala 2.^a, de 17 de febrero de 2003, decreta que este tipo de cláusula es nula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge.

Se argumenta que, de admitirse la validez de la estipulación, se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el artículo 32.2 CE, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges, pues colocaría a uno de ellos en desigualdad no solo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial. Asimismo el Tribunal entiende que se atenta contra el principio de igualdad de los cónyuges desde el momento en que la convivencia matrimonial se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual (37).

(36) SAP de Lleida, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2001, recurso 8/2001. Ponente: Luis Fernando ARISTE LÓPEZ. Número de sentencia: 92/2001. Número de recurso: 8/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8350/2001. No puede la sentencia reducir la cuantía y duración de la pensión acordada por los cónyuges en el convenio regulador cuando, constatada una lesión al esposo en la partición del acervo común efectuada, que ha dado lugar a la rescisión de la misma, la obligación de la esposa de indemnizar a su cónyuge le ha supuesto una disminución patrimonial respecto de la situación resultante de dicha partición.

(37) SAP de Almería, Sección 2.^a, de 17 de febrero de 2003, recurso 329/2002. Ponente: Manuel ESPINOSA LABELLA. Número de sentencia: 44/2003. Número de recurso: 329/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33081/2003. «La capitulación tiene una doble naturaleza, por un lado, desde un punto de vista de vigencia del matrimonio parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal, pues se cuantifica la misma el primer año y luego mensualmente; y por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación. Por su parte, el cónyuge, beneficiado con la estipulación, podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurra el tiempo sería mayor, de tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el otro, es decir, para el obligado a su abono.

La sentencia recurrida ha considerado que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones es nula por ser contraria al orden público matrimonial, considerándola contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social, pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial».

E) RESERVA DE RECLAMAR LA PENSIÓN EN UN ULTERIOR PROCEDIMIENTO

Puede darse el caso de que los cónyuges, en el procedimiento de separación, pacten una pensión de alimentos a favor de la esposa y, a su vez, acuerden *la reserva del derecho a reclamar la pensión compensatoria en un ulterior procedimiento*, que sería el de divorcio.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial al respecto viene recogida en la STS de 9 de febrero de 2010 (38). En el supuesto estudiado, originador de la decisión jurisprudencial, resulta probado que la ruptura matrimonial produjo un desequilibrio a la esposa, y también, se declara que es válido el pacto entre los cónyuges en cuya virtud la esposa se reservó el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un proceso posterior.

El TS declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.

F) SUPUESTOS DE RUPTURA MATRIMONIAL, REANUDACIÓN DE LA CONVIVENCIA Y PACTO DE RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Cuestión distinta es la recogida en la sentencia del TSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2009 (39). En dicha resolución se reconoce la pensión compensatoria tras la convivencia efectiva de los cónyuges separados judicialmente no comunicada al juez competente antes de hacerse efectiva la nueva crisis matrimonial.

Ahora bien, en los casos en los que el convenio regulador, aprobado por la sentencia de separación, integre una renuncia expresa o tácita a la pensión compensatoria por el periodo de convivencia matrimonial anterior a la separación judicialmente decretada, solo será posible fijar la pensión compensatoria por el tiempo de duración de la nueva convivencia de los cónyuges así separados.

VI. EL PACTO DE RENUNCIA PREVIA Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA

No hay una norma concreta que señale la *irrenunciabilidad del derecho* a la pensión, pero el artículo 6.2 del Código Civil del Título Preliminar posibilita su renuncia. No olvidemos que la pensión compensatoria tiene un interés privado y, por consiguiente, es renunciable. En base al carácter dispositivo de la pensión se concibe la posibilidad de su renuncia (40). La cual puede realizarse *con*

(38) STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de febrero de 2010, recurso 501/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 10/2010. Número de recurso: 501/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1535/2010.

(39) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de julio de 2009, recurso 15/2009. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 31/2009. Número de recurso: 15/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 200819/2009.

(40) Vid. MORENO VELASCO, VÍCTOR, «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7049, Sección Tribuna, de 5 de noviembre de 2008, año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY. LA LEY 40251/2008.

carácter anticipado: ya sea en base a capitulaciones matrimoniales o simplemente mediante acuerdo (41).

En este caso hay sentencias que insisten en que la renuncia no se haya producido antes del momento de la ruptura con un cambio sustancial de las circunstancias. Esta es la postura de la SAP de Granada, de 19 de mayo de 2001, en la que se señala que: «...En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión. Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. Es un hecho cierto, y además expresamente reconocido, que el marido trabaja para una empresa de laboratorios farmacéuticos como representante, por cuyo trabajo se veía obligado a desplazarse fuera de la capital, acompañándole su esposa. También es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente, por sí sola, para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria, si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas Resoluciones del TS (que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento)» (42).

Por el contrario, hay sentencias que se basan en la doctrina de los actos propios para reafirmar el carácter de la renuncia previa de la pensión compensatoria, como la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de febrero de 2007 (43) y la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2000 (44).

(41) PINTO ANDRADE, Cristóbal: «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7571, Sección Tribuna, de 17 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-69, Editorial LA LEY. LA LEY 96/2011.

(42) SAP de Granada, Sección 3.^a, de 19 de mayo de 2001, recurso 79/2000. Ponente: Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN. Número de sentencia: 377/2001. Número de recurso: 79/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 100811/2001. Antes del matrimonio, los cónyuges suscribieron capitulaciones matrimoniales con la renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico. Las condiciones existentes en el momento de la renuncia variaron con el matrimonio, como es el hecho de que la esposa dejara de trabajar. Desaparecidas las bases para la suscripción de aquel pacto puede ahora la esposa pedir la pensión compensatoria.

(43) SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de febrero de 2007, recurso 36/2007. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 141/2007. Número de recurso: 36/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 37166/2007. Los litigantes, días antes de contraer matrimonio, otorgaron capitulaciones matrimoniales para pactar el régimen económico de separación de bienes y renunciar la esposa a una futura pensión compensatoria. Los principios de seguridad jurídica y de prohibición de ir contra los propios actos exige que el juez quede vinculado a dicha renuncia. El derecho a la pensión compensatoria es renunciable.

(44) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2000, recurso 1092/1999. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número de recurso: 1092/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60947/2000. No procede la pensión compensatoria porque existe un documento privado anterior en el que la madre renuncia a cualquier tipo de pensión a su favor.

En cuanto a la postura contraria, la SAP de Asturias, Sección 5.^a, 690/2000, de 12 de diciembre, fundamenta la imposibilidad de renunciar a un derecho que aún no ha nacido (45). Según esta sentencia solo se puede renunciar a los que existen (46).

La pensión compensatoria es una *cantidad fija e inmodificable*. El artículo 100 del Código Civil contempla la posibilidad de que la pensión sea modificada cuando se producen alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Modificación de carácter excepcional, ya que la alteración patrimonial ha de ser «sustancial» (47) (vid. las SSAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 12 de marzo de 2012, recurso 525/2011, y de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011) (48).

En la Jurisprudencia, algunas resoluciones han admitido la validez, eficacia y valor vinculante de una renuncia a la pensión compensatoria del artículo 97

(45) SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 12 de diciembre de 2000, recurso 217/2000. Ponente: María Pilar MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO. Número de sentencia: 690/2000. Número de recurso: 217/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 226342/2000. La renuncia a la pensión compensatoria, realizada por la esposa varios años antes de la demanda de separación, ha de reputarse nula de pleno derecho, pues no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido.

(46) Dice la citada SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 12 de diciembre de 2000, recurso 217/2000 que: «según la STS de 18 de noviembre de 1957, la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, solo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del denunciante, por haberlos adquirido ya este en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, y las posteriores de 18 de marzo de 1982 y 21 de abril de 1997, sobre que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o solo se puede renunciar a lo que existe, criterio jurisprudencial recogido por esta Audiencia en sentencia de 15 de noviembre de 1999, al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente».

(47) *Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno otro cónyuge*. Artículo 100 redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20 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.

(48) SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 12 de marzo de 2012, recurso 525/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 107/2012. Número de recurso: 525/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 30196/2012. La modificación de la pensión compensatoria solo cabe en el caso de que se modifiquen las circunstancias existentes en el momento de la adopción. No cabe la revisión de la pensión desde una perspectiva histórica por el mero transcurso del tiempo. La modificación de la pensión compensatoria solo cabe por circunstancias sobrevenidas por la concurrencia de circunstancias inexistentes cuando se estableció que produzcan una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge, o un cambio de estatus económico de los afectados.

La edad, la falta de cualificación profesional, la dedicación a la familia, la duración del matrimonio, el no acceso a una futura pensión de jubilación y la venta de la que fue vivienda conyugal son circunstancias que fueron ya tenidas en cuenta para establecer la pensión compensatoria, existían y subsisten en la actualidad, pero la capacidad económica del obligado ha sido sustancialmente alterada disminuyendo, de ahí la necesidad de reducir también el importe de la pensión.

Idéntica doctrina es la seguida en la SAP de Les Illes Balears (con la misma sección y ponente), de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011. Número de sentencia: 399/2011. Número de recurso: 329/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238212/2011.

del Código Civil efectuada en momentos anteriores a la judicialización de la ruptura, bien en capitulaciones matrimoniales, convenios privados o convenios de separación de hecho. Sirvan de ejemplo: SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 19 de noviembre de 1999 (49); SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2000 (50); SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 13 de mayo de 2002 (51); STSJ de Cataluña, Sección 1.^a, de 10 de julio de 2006 (52), y SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de febrero de 2007 (53). De esta manera, en los casos juzgados en estas resoluciones, no existió ningún obstáculo para admitir plenamente la validez de los pactos previos a la crisis conyugal en la que uno de los cónyuges renunciaba de la pensión compensatoria de modo que surtieron plena eficacia.

Ahora bien, como señalan estas mismas sentencias, que se admita su validez y eficacia en el caso concreto, no significa que sea eficaz todo pacto previo de renuncia; ello supone el análisis del alcance en cada caso particular.

También puede renunciarse en el mismo convenio regulador. De esta forma si, aun existiendo desequilibrio, el cónyuge renuncia a la misma, dicha renuncia será válida y eficaz salvo que quede afectado el consentimiento por alguna ra-

(49) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 19 de noviembre de 1999, recurso 439/1999. Ponente: Antonio LÓPEZ-CARRASCO MORALES. Número de recurso: 439/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165807/1999 (improcedencia del otorgamiento de la pensión compensatoria. El convenio suscrito por las partes, a pesar de no haber sido ratificado por la autoridad judicial, contiene los elementos necesarios para su validez como negocio jurídico privado, celebrado sobre materias disponibles, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad. En él se estableció que los cónyuges renunciaban a reclamarse mutuamente cualquier tipo de pensión compensatoria).

(50) SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2000, recurso 1092/1999. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número de recurso: 1092/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60947/2000 (improcedencia de la pensión compensatoria, ya que existe documento privado anterior en el que la madre renuncia a cualquier tipo de pensión a su favor).

(51) SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 13 de mayo de 2002, recurso 95/2002. Ponente: José Jaime SANZ CID. Número de sentencia: 132/2002. Número de recurso: 95/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 91192/2002 (no procede el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa demandante. Existencia de una voluntad y renuncia expresa por su parte en capitulaciones matrimoniales).

(52) STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 10 de julio de 2006, recurso 97/2005. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 29/2006. Número de recurso: 97/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 181594/2006 (si bien en los procedimientos de divorcio la posible situación de necesidad de un cónyuge solo podría paliarse mediante la pensión compensatoria, en cambio en los de separación matrimonial puede ocurrir que la fijación de pensión compensatoria haga innecesaria la previsión de alimentos, o que se atienda al derecho de alimentos, vía pensión compensatoria, lo que no significa que pueda concebirse aquella como una derivación de esta, sino que conserva su propia autonomía conceptual y funcional, fundada exclusivamente en el desequilibrio económico determinante de un empeoramiento para uno de los cónyuges. La eventual renuncia del derecho a la pensión compensatoria no excluye la posibilidad de exigir alimentos posteriormente mientras el vínculo conyugal siga vigente).

(53) SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de febrero de 2007, recurso 36/2007. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 141/2007. Número de recurso: 36/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 37166/2007 (los litigantes, días antes de contraer matrimonio, otorgaron capitulaciones matrimoniales para pactar el régimen económico de separación de bienes y renunciar la esposa a una futura pensión compensatoria. Los principios de seguridad jurídica y de prohibición, de ir contra los propios actos, exige que el juez quede vinculado a dicha renuncia. El derecho a la pensión compensatoria es renunciable).

zón. En esta línea se pronuncia la SAP de Granada, Sección 3.^a, de 26 de abril de 2005 (54).

En dicha sentencia se asume que el derecho a la pensión compensatoria «quedó renunciado y precluido desde ese momento sin opción, ahora, incumpliendo ese acuerdo vinculante, válido y eficaz a hacer resucitar necesidades por desequilibrio que no existían al tiempo de la separación de la vida en común cuyos últimos años además, se reguló por el régimen económico de la separación de viviendas. Los achaques, padecimientos, molestias físicas que se esgrimen ahora en detrimento de la salud de la apelante carecen de toda virtualidad para justificar el nacimiento del derecho económico pretendido e igual ocurre con el cambio de administración del patrimonio común en usufructo que desborda el contenido de este procedimiento de divorcio y de las normas procesales que le regulan en detrimento de los previstos en la Ley *ad hoc* para la rendición de cuentas o simplemente exigir el cumplimiento efectivo de las obligaciones pactadas, asumidas y aprobadas en su día».

O, puede *renunciarse tácitamente*. La STS de 17 de marzo de 2006 estableció que la renuncia tácita es admitida jurisprudencialmente, como recuerda al decir: «Si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita» (55).

Renuncia que cabe también en el Derecho catalán (56).

(54) SAP de Granada, Sección 3.^a, de 26 de abril de 2005, recurso 76/2005. Ponente: José REQUENA PAREDES. Número de sentencia: 299/2005. Número de recurso: 76/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 92956/2005.

La apelante renunció expresamente a toda pensión compensatoria y de alimentos al expresar en la cláusula o estipulación tercera del convenio: «Cada cónyuge seguirá cuidando de su ropa, alimentación y vestido, no procediendo señalar, en virtud de lo establecido en el artículo 97 del Código Civil, cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria para la esposa, ya que en la actualidad esta tiene ingresos suficientes para atender a su propia subsistencia».

(55) STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de marzo de 2006, recurso 2717/1999. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 284/2006. Número de recurso: 2717/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27523/2006. El demandante intervino en la escritura de aceptación y partición de la herencia de sus padres y renunció de forma expresa a cuantas acciones pudieran corresponderle, por lo que no puede pretender ahora la inclusión en el inventario de una finca que había sido objeto de un contrato vitalicio entre su madre y su hermana. El demandante sabía que la finca, objeto del contrato, no se hallaba en el inventario y aceptó su no inclusión en el mismo.

(56) STSJ de Cataluña, Sala 1.^a de 10 de julio de 2006 (LA LEY 181594/2006), se afirma, con relación a su equivalente en la regulación catalana, que la pensión compensatoria es un derecho renunciabile. La argumentación que expone es perfectamente asimilable al Derecho Civil común cuando señala que si bien es cierto que no existe ningún precepto que expresamente lo establezca, tal renunciabilidad en Convenio Regulador no ofrece dudas, ya que según el artículo 76.2.b) del Código de Familia, en el Convenio Regulador se puede pactar, «en su caso», la pensión compensatoria, que ha de satisfacer uno de los cónyuges al otro, y la expresión «en su caso» pone claramente de manifiesto que la pensión compensatoria no se establece en la ley con carácter imperativo. Por tanto se considera que el tema de la renunciabilidad de la pensión compensatoria debe considerarse pacíficamente resuelto.

VII. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (57)

A) PENSIÓN CON LÍMITE TEMPORAL CONCRETO

La pensión compensatoria puede fijarse con *carácter temporal*, como así lo concretó, de manera pionera, la STS de 10 de febrero de 2005 (58). Sentencia que analizó si la temporalidad estaba prohibida legalmente en el artículo 97 del Código Civil (59). Y recogió los siguientes argumentos:

«En contra de la temporalización se ha dicho que:

- el precepto del artículo 97 no la establece;
- se trata de una omisión voluntaria del legislador, que si la hubiera querido prever la hubiera establecido;
- es contraria a la ratio del precepto;
- contradice la literalidad de los artículos 99 y 101 del Código Civil;
- quedarían sin contenido los artículos 100 y 101;
- supone una condena de futuro sin base legal; significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta;
- y que la pensión compensatoria «tiene una vocación natural de perpetuidad, y que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio econó-

(57) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria. El artículo 233-17 alude a las cuestiones relativas a su pago:

- La prestación compensatoria puede atribuirse en forma de capital, ya sea en bienes o en dinero, o en forma de pensión. En caso de desacuerdo, la autoridad judicial debe emitir una resolución sobre la modalidad de pago, atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, a la composición del patrimonio y a los recursos económicos del cónyuge deudor.
- En caso de atribución en forma de capital, la autoridad judicial, a petición del cónyuge deudor, puede aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento.
- En caso de atribución en forma de pensión, esta debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas. A petición de parte, pueden establecerse garantías y fijar criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía.
- La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un periodo limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido.

(58) STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2005, recurso 1876/2002. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 43/2005. Número de recurso: 1876/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 855/2005. Y que fue seguida por las: STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de diciembre de 2005, recurso 2038/2002. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 1025/2005. Número de recurso: 2038/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 249409/2005, y STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de octubre de 2008, recurso 726/2005. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 955/2008. Número de recurso: 726/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 152130/2008.

(59) Desde una perspectiva diferente a la expuesta debe destacarse el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (Informe del Comité de Expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo, de 20 a 24 de octubre de 1980); el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio —en cuyo art. 86.1.d) se establece que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció—; y el Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio».

mico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo».

Y en favor se sostiene que:

- el artículo 97 del Código Civil no la recoge expresamente, pero tampoco la excluye;
- no contradice los artículos 99, 100 y 101 del Código Civil;
- y en absoluto es contrario a la ratio legal;
- el artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que la ratio del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación;
- y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal;
- asimismo se dice que no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza;
- que el matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión;
- y que el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable;
- que la temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional (y en sintonía con el planteamiento esbozado se habla de «evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral», y se hace especial hincapié en que «se potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral», por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral);
- también se resalta que: no cabe dejar en manos de una de las partes, que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor;
- evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad;
- y se aduce el carácter dispositivo —se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado—,
- y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo;

- y que la realidad social (art. 3.1) la admite —se alude a la debilitación de los argumentos sociológicos que se manejaban al tiempo de crearse la figura de la pensión compensatoria y a los cambios sociales y el nuevo sentir social, en relación con la evolución de la sociedad española desde el año 1981 hasta la actualidad, y la diferente perspectiva y situación de la mujer en relación con el matrimonio y el mercado laboral—;
- y se alegan las dificultades prácticas en que se encuentran los Tribunales en relación con la aplicación del artículo 101; el efecto beneficioso de la disminución de la litigiosidad —con sus diversas perspectivas ventajosas—; necesidad de justicia o equidad, sin afectar a la estabilidad de la norma y a la seguridad jurídica, e incluso la idea de fomentar la autonomía basada en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10 CE; además de que —se razona— si cabe la extinción del derecho o su modificación por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro interesado o su sustitución por una renta vitalicia, usufructo o entrega de bienes, ningún obstáculo debe oponerse a la delimitación temporal en función de las circunstancias que concurren;
- y, finalmente, desde una moderna posición doctrinal, se entiende que la pensión compensatoria temporal está implícitamente recogida en el artículo 101 del Código Civil, si por cese de la causa que la motivó se considera «de las circunstancias que provocaron el desequilibrio económico, y es posible la previsión de la "desconexión"».

En definitiva, hay que señalar que el carácter temporal se encuentra en la misma esencia de la pensión, pues su finalidad es cumplir la función reequilibradora que le es propia por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para tal limitación.

Presupuesto lógico de la temporalidad de la figura es la constatación de un plazo, el cual debe estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio.

Posteriormente, también se hace eco de la *temporalidad* de la figura la STS de 17 de julio de 2009 (60), pero en esa época ya había sido modificado el artículo 97.1 del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y a partir de ese momento se admite que la pensión pueda consistir en *una pensión temporal o por tiempo indefinido*.

Siguiendo dichos criterios, la jurisprudencia menor indica que el plazo estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación —como en realidad en todas las apreciaciones a realizar—, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección (61).

(60) STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de julio de 2009, recurso 1369/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 562/2009. Número de recurso: 1369/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 125216/2009. Sentencia que se hace eco de que: «Esta Sala declaró como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 10 de febrero de 2005, seguida por las de 28 de abril y 19 de diciembre del mismo año y las de 9, 14 y 17 de octubre de 2008 y 21 de noviembre de 2008, que en las condiciones y circunstancias que se describían era posible la atribución de la pensión compensatoria con carácter temporal».

(61) SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2012, recurso 669/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 669/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 94/2012.

Otros criterios de la Jurisprudencia en cuanto a la limitación temporal tras la Ley de 2005:

- Para que se produzca la limitación temporal de la pensión compensatoria, precisa de la concurrencia de una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión (62).
- Justificación de la imposición de un límite temporal ante las posibilidades de la esposa de obtener un trabajo remunerado (63).

B) PENSIÓN INDEFINIDA: CARÁCTER VITALICIO

No obstante la posibilidad de pactarse por un periodo temporal, la pensión también puede ser pactada o establecida judicialmente con un carácter indefinido. Así, en 2010, y siendo ponente XIOL RÍOS, la STS de 29 de septiembre (64), fijó la pensión compensatoria con *carácter vitalicio*.

Para ello se centró el Supremo en las circunstancias fácticas valoradas por el tribunal de apelación, incólumes en casación. Circunstancias que permiten prever a juicio del Alto Tribunal, «con alto grado de certeza y actuando con prudencia y ponderación en el juicio pronóstico, que la función reequilibradora de la pensión no se va a alcanzar en un determinado plazo».

No obstante, hay que tener en cuenta que aún señalándose el carácter indefinido de la pensión, esta deberá someterse a la posible aplicación de lo establecido en los artículos 99, 100 y 101 del Código Civil, si se diesen las circunstancias exigidas al respecto (vid. la SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012) (65).

(62) SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 18 de noviembre de 2011, recurso 267/2011. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. Número de sentencia: 446/2011. Número de recurso: 267/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 230859/2011. Atendida la edad de la esposa, sesenta y dos años, su bajo nivel de cualificación profesional, y que su experiencia laboral se limitó a haber colaborado en el bar que regentaba su marido, así como su dedicación al cuidado y atención de la familia y al desarrollo de las labores domésticas, no procede imponer límite temporal a la pensión, salvo que en el futuro concurriera en el esposo alguna circunstancia que justificara la modificación. Confirmación de la cuantía. La titularidad del bar por un tercero distinto al esposo es meramente formal, pues es él quien sigue manteniendo la gestión del negocio.

(63) SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 4 de noviembre de 2011, recurso 401/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 431/2011. Número de recurso: 401/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 214955/2011. Cuenta con edad y aptitud y capacidad suficientes para acceder a una ocupación laboral. Percibe y ha venido percibiendo una prestación por desempleo. Los únicos ingresos del esposo proceden de una pensión de incapacidad permanente de escasa cuantía. El desequilibrio patrimonial ocasionado, como consecuencia de la ruptura, se verá compensado con la duración de la pensión por tres años.

(64) STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de septiembre de 2010, recurso 1722/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 590/2010. Número de recurso: 1722/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 161979/2010.

(65) SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 16/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2667/2012. «Cabe solo efectuar, al respecto, una matización que parece necesaria, dado el pronunciamiento que se hace en la resolución recurrida aludiendo al carácter vitalicio de la pensión compensatoria establecida. En este

C) PENSIÓN INDEFINIDA: SIN SUJECCIÓN A TÉRMINO POR DECISIÓN JUDICIAL

Otra cuestión a estudiar se centra en la *pensión compensatoria sin sujeción a término por decisión judicial*. Es precisamente el supuesto que se plantea en la SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 24 de noviembre de 2011 (66).

En el caso que nos ocupa, la pensión compensatoria se estableció a favor de la esposa sin límite temporal alguno y no en una cuantía fija, sino en un porcentaje del sueldo del marido. En concreto en un 27 por 100 del total líquido que percibe de su nómina, una vez descontada de su nómina el denominado complemento de dedicación especial, porcentaje que se incrementaría hasta el 30 por 100 cuando se extinguiera la pensión de alimentos para el hijo.

En consecuencia, nacida la pensión sin sujeción a término por decisión judicial, no cabe en la modificación de medidas, limitarla en el tiempo con posterioridad. Olvida el recurrente que *el desequilibrio se ha de apreciar en el momento de la ruptura*, siendo la sentencia que estableció pensión compensatoria en base a las circunstancias fácticas concurrentes del artículo 97 y que llevaron a su establecimiento y donde nada se dijo sobre la limitación temporal de la pensión inatacables en este nuevo litigio.

En este supuesto, entiende la AP que como el reconocimiento del derecho se hizo sin límite temporal, salvo que concurra causa de extinción, la pensión debe ser mantenida, sin perjuicio de que su importe pueda rebajarse por alteraciones sobrevenidas en la fortuna de uno u otro cónyuge.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- IBOLEÓN SALMERÓN, Belén: «Arbitraje y divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 6774, Sección Doctrina, de 7 de septiembre de 2007, año XXVIII, Ref. D-189, Editorial LA LEY. LA LEY 2970/2007.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-245, tomo 7, Editorial LA LEY. LA LEY 1418/2002.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La analogía *iusuris* como forma de aplicación de la pensión por desequilibrio a las parejas de hecho», en *Diario La Ley*, núm. 7122, año XXX, de 25 de febrero de 2009, Ref. D-67, Editorial LA LEY.
- «La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria», en *Diario La Ley*, núm. 7522, Sección Tribuna, de 2 de diciembre de 2010, año XXXI, Ref. D-368, Editorial LA LEY. LA LEY 13283/2010.
- «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7049, Sección Tribuna, de 5 de noviembre de 2008, año XXIX, Ref. D-313, Editorial LA LEY. LA LEY 40251/2008.
- «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», en *Diario La Ley*, núm. 7467, Sección Tribuna, de 14 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-271, Editorial LA LEY. LA LEY 9166/2010.

punto debe precisarse que con dicha alusión se está haciendo referencia en realidad a que la pensión compensatoria se fija con carácter indefinido...».

(66) SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 399/2011. Número de recurso: 329/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238212/2011.

- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «¿Una nueva pensión compensatoria? A propósito de una propuesta normativa de la Comisión Asesora de Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de Les Illes Balears», en *Diario La Ley*, núm. 7198, Sección Tribuna, de 17 de junio de 2009, año XXX, Ref. D-219, Editorial LA LEY. LA LEY 11829/2009.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7571, Sección Tribuna, de 17 de febrero de 2011, año XXXII, Ref. D-69, Editorial LA LEY. LA LEY 96/2011.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera», en *Diario La Ley*, núm. 7459, Sección Doctrina, de 2 de septiembre de 2010, año XXXI, Ref. D-256, Editorial LA LEY. LA LEY 4337/2010.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de mayo de 2012, recurso 1437/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 279/2012. Número de recurso: 1437/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58429/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de enero de 2012, recurso 124/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 1/2012. Número de recurso: 124/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2373/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de noviembre de 2011, recurso 567/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 856/2011. Número de recurso: 567/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 242715/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de noviembre de 2011, recurso 757/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 825/2011. Número de recurso: 757/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 228517/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de octubre de 2011, recurso 1022/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 726/2011. Número de recurso: 1022/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 218016/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 2011, recurso 1005/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 720/2011. Número de recurso: 1005/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 205980/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de junio de 2011, recurso 1940/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 434/2011. Número de recurso: 1940/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 159722/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de septiembre de 2010, recurso 1722/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 590/2010. Número de recurso: 1722/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 161979/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de febrero de 2010, recurso 501/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 10/2010. Número de recurso: 501/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1535/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2010, recurso 52/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 864/2010. Número de recurso: 52/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1539/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de julio de 2009, recurso 1369/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 562/2009. Número de recurso: 1369/2004. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 125216/2009.

- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 5 de noviembre de 2008, recurso 962/2002. Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación. Número de sentencia: 991/2008. Número de recurso: 962/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169518/2008.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de marzo de 2006, recurso 2717/1999. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 284/2006. Número de recurso: 2717/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 27523/2006.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de febrero de 2005, recurso 1876/2002. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 43/2005. Número de recurso: 1876/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 855/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de julio de 2002, recurso 362/1997. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 749/2002. Número de recurso: 362/1997. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7694/2002.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 53987-JF/0000.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de marzo de 2012, recurso 1163/2011. Ponente: Francisco Javier CORREAS GONZÁLEZ. Número de sentencia: 282/2012. Número de recurso: 1163/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 63376/2012.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 12 de marzo de 2012, recurso 525/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 107/2012. Número de recurso: 525/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 30196/2012.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de febrero de 2012, recurso 435/2011. Ponente: Agustín VIGO MORANCHO. Número de sentencia: 153/2012. Número de recurso: 435/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 31636/2012.
- SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012, recurso 16/2012. Ponente: Juan Manuel CABRERA LÓPEZ. Número de sentencia: 67/2012. Número de recurso: 16/2012. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10384/2012.
- SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 17 de enero de 2012, recurso 258/2011. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO. Número de sentencia: 12/2012. Número de recurso: 258/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2782/2012.
- SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 16/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2667/2012.
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2012, recurso 669/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 5/2012. Número de recurso: 669/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 94/2012.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 24 de noviembre de 2011, recurso 329/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 399/2011. Número de recurso: 329/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 238212/2011.
- SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2012, recurso 535/2011. Ponente: Javier ANTÓN GUIJARRO. Número de sentencia: 197/2012. Número de recurso: 535/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7917, Sección Jurisprudencia, de 6 de septiembre de 2012, año XXXIII, Editorial LA LEY. LA LEY 59930/2012.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 12 de marzo de 2012, recurso 525/2011. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. Número de sentencia: 107/2012. Número de recurso: 525/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 30196/2012.
- SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 18 de noviembre de 2011, recurso 267/2011. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. Número de sentencia: 446/2011. Número de recurso: 267/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 230859/2011.
- SAP de Cáceres, Sección 1.ª, de 4 de noviembre de 2011, recurso 401/2011. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 431/2011. Número de recurso: 401/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 214955/2011.

- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 24 de octubre de 2011, recurso 386/2011. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 505/2011. Número de recurso: 386/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 234503/2011.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2011, recurso 540/2011. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA. Número de sentencia: 501/2011. Número de recurso: 540/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165087/2011.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2008, recurso 745/2007. Ponente: Eugenio Santiago DOBARRO RAMOS. Número de sentencia: 312/2008. Número de recurso: 745/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 272631/2008.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de febrero de 2007, recurso 36/2007. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 141/2007. Número de recurso: 36/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 37166/2007.
- SAP de Granada, Sección 3.^a, de 26 de abril de 2005, recurso 76/2005. Ponente: José REQUENA PAREDES. Número de sentencia: 299/2005. Número de recurso: 76/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 92956/2005.
- SAP de Almería, Sección 2.^a, de 17 de febrero de 2003, recurso 329/2002. Ponente: Manuel ESPINOSA LABELLA. Número de sentencia: 44/2003. Número de recurso: 329/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 33081/2003.
- SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 8 de octubre de 2002, recurso 245/2002. Ponente: José GARCÍA BLEDA. Número de sentencia: 175/2002. Número de recurso: 245/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165897/2002.
- SAP de Lleida, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2001, recurso 8/2001. Ponente: Luis Fernando ARISTE LÓPEZ. Número de sentencia: 92/2001. Número de recurso: 8/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8350/2001.
- SAP de Granada, Sección 3.^a, de 19 de mayo de 2001, recurso 79/2000. Ponente: Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN. Número de sentencia: 377/2001. Número de recurso: 79/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 100811/2001.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2000, recurso 1092/1999. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número de recurso: 1092/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60947/2000.
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 12 de diciembre de 2000, recurso 217/2000. Ponente: María Pilar MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO. Número de sentencia: 690/2000. Número de recurso: 217/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 226342/2000.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 22 de julio de 1999, recurso 272/1999. Ponente: Marcial SUBIRÁS ROCA. Número de recurso: 272/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 114916/1999.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de julio de 2009, recurso 15/2009. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 31/2009. Número de recurso: 15/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 200819/2009.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de septiembre de 2008, recurso 32/2008. Ponente: Carlos RAMOS RUBIO. Número de sentencia: 32/2008. Número de recurso: 32/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 190173/2008.
- STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 8 de marzo de 2002, recurso 632/1999. Ponente: Luis MANGLANO SADA. Número de sentencia: 293/2002. Número de recurso: 632/1999. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 51531/2002.
- RDGRN de 2 de enero de 2006. LA LEY 10677/2006. Inclusión de la transmisión del dominio de una finca urbana ante la expectativa de la esposa de perder una pensión de viudedad y en concepto legal de pensión compensatoria. Tal transmisión es contenido propio del convenio regulador y su causa viene constituida

por la sustitución del derecho a la pensión compensatoria. Inscribibilidad de la misma una vez que el convenio ha sido aprobado judicialmente.

- RDGRN de 10 de noviembre de 1995. LA LEY 272/1996. Validez de la escritura de cesión de bienes otorgada como consecuencia de la capitalización de la pensión compensatoria acordada en convenio de separación.
- RDGRN de 13 de junio de 1986. LA LEY 2933/1986. No procede la anotación preventiva de embargo para garantizar una pensión compensatoria, dado el sistema de *numerus clausus* en las anotaciones preventivas.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- CE: Artículos 32 y 39.
- Código Civil: Artículos 97, 98, 100 y 101.
- La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en su Sección III, trata el tema de la prestación compensatoria.

RESUMEN

PENSIÓN COMPENSATORIA DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

El hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación, no es un factor que origine, por sí mismo, el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse la existencia del desequilibrio económico generador de la pensión debe tenerse en cuenta la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio.

ABSTRACT

COMPENSATORY PAYMENT ECONOMIC IMBALANCE

Whether a married couple has made their economic arrangements under a joint property regime or separate property regimes is not a factor that in itself entitles either spouse to compensatory payment. The right to compensation arises only if separation or divorce causes an imbalance, although the couple's property regime should be included among the parameters used to decide on the imbalance issue. To determine whether there is an economic imbalance making compensation necessary, account must be taken of the time each spouse spends on the family and helping out with the other spouse's activities, the property regime the spouses have been using (insofar as the regime might offset certain imbalances) and the spouses' situation prior to marriage.

1.3. Derechos reales

LA EXTINCIÓN PARCIAL DE LA COMUNIDAD DE BIENES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. CONCEPTOS GENERALES Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. MODOS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES.—III. LA ENAJENACIÓN DE CUOTA POR PARTE DE UN COMUNERO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONCEPTOS GENERALES Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El artículo 392 del Código Civil establece que la «propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas», dando por buena la comunidad de bienes. Esta supone un tipo especial de propiedad común que implica la existencia de un mismo derecho a favor de varias personas a la vez, de forma que, cada uno de los partícipes o comuneros, tiene una parte ideal y alícuota sobre ese derecho que denominamos cuota, de la que puede disponer libremente a favor de terceros, o incluso renunciar a la misma.

Los principios rectores de la comunidad romana son la proporcionalidad, en el sentido de que cada comunero debe contribuir y recibir en función de la cuota que tenga sobre la cosa común; el principio democrático, en virtud del cual, las decisiones deben tomarse por mayorías; y el principio de libertad individual, que supone que cada comunero puede abandonar la comunidad mediante la renuncia a su cuota, o bien cediendo la misma a favor de otra persona, sea esta otro comunero o un tercero.

Es decir, en la comunidad de bienes romana, los comuneros deben actuar al unísono o por mayorías en todo lo relativo a la gestión y administración (por supuesto también disposición) de la cosa común, pero a la vez conservan su libertad individual sobre su cuota o parte ideal en el derecho que tienen en común.

Por eso, la administración y gestión de esta comunidad exige unanimidad de los titulares para cualquier acto de disposición sobre la cosa común, y mayoría de cuotas para los actos de administración. Esto supone una dificultad a la hora de gobernar y del funcionamiento de la propia comunidad, que puede generar conflictos y problemas entre los comuneros; por eso, se considera que la comunidad de bienes es una situación que debe ser pasajera y no definitiva, de forma que el final lógico de la misma es su extinción, fundamentalmente a través de la división de la cosa común, pues como bien señala el artículo 400 del Código Civil, «nadie puede ser obligado a permanecer en indivisión», y, añadimos nosotros, a soportar las incomodidades derivadas de la misma.

Pero, si un comunero individualmente quiere abandonar la comunidad por esos inconvenientes que le genera, también puede hacerlo, ya que sobre su cuo-

ta goza de autonomía plena, y puede disponer de la misma (enajenar, gravar y renunciar), sin necesidad de acuerdo alguno con los otros comuneros.

En consecuencia, en cualquier análisis de la comunidad de bienes hay que distinguir claramente entre la cosa y el derecho común que recae sobre ella, y la cuota o parte alícuota individual que cada comunero ostenta sobre la misma, pues el régimen de gestión y administración es bien distinto.

Esto mismo se pone de manifiesto a la hora de hablar de la extinción de la comunidad que conllevará la extinción del derecho a favor de todos los condueños, o a la hora de hablar de la «extinción» de la cuota o parte individual de uno de los comuneros que no afectará, en principio, a la extinción total del derecho en comunidad de bienes.

En el primer caso, y como la comunidad es una situación transitoria (1), de la que los comuneros deben y pueden salir cuando quieran, debe extinguirse por su propia naturaleza, y esa extinción de la comunidad dará paso, normalmente, a tantos nuevos derechos individuales de propiedad como comuneros hubiera (división), o a un único nuevo derecho de propiedad exclusivo al transformarse aquella comunidad en una exclusiva a favor de un único titular (consolidación, transmisión a tercero, o renuncia total).

En el segundo de los supuestos, el comunero decide individualmente abandonar la comunidad, y para ello cede su cuota a otra persona, o renuncia a la misma. El comunero consigue salir de la comunidad, salir de la indivisión, pero la comunidad en este caso no se extingue, porque, o bien se produce únicamente un cambio de comunero (el adquirente de la cuota se subroga en la posición del cedente o disponente), o bien su cuota acrece a los demás comuneros, si se opta por la renuncia. Pero la comunidad no se ha extinguido, ni siquiera parcialmente, pues eso no es posible y continúa en los comuneros restantes.

Cuestiones que parecen claras pero que, a veces, se han confundido en la práctica cotidiana, dando lugar a situaciones confusas como la que se ha planteado en la RDGRN de 11 de noviembre de 2011, de la que vamos a partir para analizar la posibilidad o no de una extinción parcial de la comunidad.

Los hechos que dieron lugar a esta Resolución son los siguientes:

Se presenta a inscripción en el Registro una escritura de extinción parcial de una comunidad de bienes, en concreto: cuatro hermanos son dueños, cada uno de ellos, de una quinta parte indivisa de una finca rústica, y otorgan una escritura pública en la que acuerdan que la quinta parte que corresponde a uno de ellos (don Pablo) se adjudique por terceras partes iguales a los otros tres, compensando cada uno de ellos al cedente la cantidad de 50.000 euros, por lo que otorgan escritura de extinción parcial de la comunidad solo respecto de la quinta parte indivisa perteneciente a uno de los mismos, constando expresamente que el negocio que allí se recoge es la extinción parcial respecto a esa cuota.

(1) Véase la STS de 15 de febrero de 1966, que afirma que «el estado de indivisión que la comunidad de bienes produce se ha considerado siempre como una situación transitoria y antieconómica», y en el mismo sentido, la STS de 19 de octubre de 1992, señala que «las situaciones de indivisión en los estados de comunidad de bienes son tenidas en las legislaciones modernas transitorias, al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum*, por lo que la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas vienen a ser la regla normal que se ha de procurar, por razones jurídicas, económicas e incluso sociales para posibilitar convivencias más armónicas».

El registrador califica negativamente la escritura presentada, suspendiendo su inscripción, alegando que «siendo únicamente don Pablo dueño de la participación que se adjudican los demás comparecientes, resulta incongruente que los adjudicatarios adquieran dicha participación por extinción de la comunidad cuando no son dueños de la misma. Sería posible la extinción de la comunidad si esta se efectuase sobre las cuatro quintas partes indivisas de las que son dueños los comparecientes». El registrador sustituto confirmó la nota de calificación.

La notario autorizante recurrió la nota de calificación alegando que en la parte dispositiva de la escritura resulta clara: «a) la voluntad clara y expresa de ceder uno de ellos su cuota y adquirirla por partes iguales los demás pagando el precio convenido, y b) se le da el título de disolución parcial del condominio, expresando de esta manera que hay reducción del número de dueños, y del contenido de la escritura resulta que esa reducción se produce por cesión onerosa de la cuota de uno de ellos a favor de los demás intervinientes en el negocio». Además, continúa afirmando la notario que, en nuestro Derecho, no hay obstáculo para admitir una extinción parcial del condominio, para ello se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y en el hecho de que el Código Civil no lo prohíbe, sino que se limita a recoger el hecho de que el copropietario no está obligado a permanecer en indivisión (art. 400 CC), y que además puede enajenar, ceder o hipotecar libremente su cuota (399 CC).

La DGRN resuelve confirmando la nota del Registrador, estableciendo la siguiente doctrina: «la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario. Y en este sentido, la extinción de la comunidad o es total o no es tal. En el presente caso no se produce ninguna de ambas situaciones. La reducción del número de comuneros no constituye un supuesto de extinción o disolución de la comunidad, sino de mera alteración de su configuración subjetiva, en tanto esta siga siendo plural por la concurrencia de varios cotitulares».

Añade también el Centro Directivo que no cabe extinción parcial, pero que si esta fuera posible, no podría aplicarse a la misma y por analogía el mismo régimen jurídico que a la extinción total, por ser bien distintos sus presupuestos: «El Código Civil solo regula en rigor la extinción total de la comunidad. El pretendido negocio de “extinción parcial” de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta».

Es decir, no es posible extinguir parcialmente una comunidad de bienes permanenciando diversos cotitulares con sus respectivas cuotas en la misma, aunque el número de los mismos se reduzca y en consecuencia se redistribuyan esas cuotas.

Bajo la pretensión de hacer valer una extinción parcial de la comunidad subyace un problema de tipo económico, ya que fiscalmente es más rentable extinguir o disolver una comunidad que aceptar que solo ha habido una transmisión de cuotas gravada con el impuesto de transmisiones patrimoniales.

Pero esa realidad no puede llevarnos a una confusión jurídica, y por eso desde estas líneas vamos a tratar de analizar la extinción de la comunidad y la posibilidad o no de esa extinción parcial que, por otra parte, es ya contradictoria

con la propia extinción, pues como decía ROCA SASTRE —aunque en referencia a la cancelación registral— «la muerte no admite grados».

Analizaremos, a continuación, las causas de extinción de una comunidad de bienes para ver si el supuesto de hecho descrito puede encajarse en alguno de esos modos de extinción, y poder ser calificado, en consecuencia, como uno de ellos. Si esto no fuera así, debemos examinar con detalle en qué consiste la enajenación de cuota por parte de un condómino, y qué efectos y consecuencias jurídicas produce la misma, para tratar de ver si es un supuesto de extinción.

II. LOS MODOS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES

La comunidad de bienes romana tiene varias causas de extinción, entre ellas: extinción de la cosa sobre la que recae el derecho común, renuncia de todos los comuneros, prescripción adquisitiva de la propiedad por un tercero, por consolidación de las cuotas de todos los comuneros en uno solo, transmisión de la cosa a un tercero, y la más importante de todas ellas y exclusiva de la comunidad de bienes romana, la división de la cosa común.

Todas estas causas o modos de extinción, dejando aparte los comunes a cualquier derecho real (extinción de la cosa, renuncia común al derecho), podemos reconducirlas a tres: la adquisición de la propiedad total por un tercero, la consolidación de las cuotas en un comunero, o la división de la cosa común:

- a) Si un tercero adquiere la propiedad total de la cosa porque esta se ha enajenado por los comuneros (siempre por unanimidad), el *accipiens* adquiere la propiedad total sobre la cosa, siendo por tanto su titular una única persona, transformándose, entonces, en propiedad ordinaria y exclusiva.
- b) También se extingue la comunidad cuando uno de los comuneros adquiere el resto de las cuotas de sus copartícipes, reuniéndose todas ellas en la misma persona, y extinguiéndose la comunidad por consolidación. En este caso, como en el anterior —y por tanto podemos reconducir ambos en el mismo sentido—, la comunidad se ha extinguido porque desaparece la cotitularidad, presupuesto necesario para su existencia. Si solo hay un titular del derecho, hay propiedad ordinaria y exclusiva. Luego, podemos decir que para que haya verdadera extinción de la comunidad debe desaparecer la pluralidad de sujetos que le caracteriza; si permanece más de un titular, la comunidad no se ha extinguido. Puede haber disminuido el número de titulares con la consiguiente redistribución de cuotas, tal y como afirma la RDGRN de 11 de noviembre de 2011, que hemos citado, pero no se ha extinguido la comunidad, pues esta exige pluralidad de titulares y limitaciones recíprocas entre ellos, tal y como recoge la doctrina de la STS de 28 de mayo de 1986 que, a la luz del artículo 394 del Código Civil, afirma que «en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso».
- c) La división de la cosa común. Es el modo más típico y propio de extinción de la comunidad de bienes, se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Civil, donde se afirma que ningún comunero está obligado a permanecer en indivisión, y que todos ellos tienen la facultad de pedir la división de la cosa común. Facultad que es imprescriptible e irrenuncia-

ble (2). Como afirma ECHEVERRÍA SUMMERS (3), «el objeto que se persigue con el ejercicio de la acción de división es pedir que cese el estado de indivisión en el que se encuentra la comunidad de bienes, así como partir y adjudicar entre los comuneros el bien común», luego, la división de la cosa común, al poner fin a la indivisión, es una extinción total de la comunidad de bienes, lo que implica que ya no existan varios titulares sobre la misma cosa.

Es cierto, como afirma la STS de 27 de mayo de 1988, que puede ocurrir que, instada la división de la cosa común por un comunero, se divida la cosa de forma que se materialice una parte (la del comunero que pidió la división), y que sobre el resto se cree una nueva comunidad entre los demás, pero, aun en ese caso, la anterior se ha extinguido, pues es el efecto principal de la división de la cosa común. La comunidad que recae sobre la parte restante es absolutamente nueva puesto que el objeto sobre el que recae el derecho es distinto del primitivo, y los comuneros son diferentes del de la anterior y con distintas cuotas sobre la misma, alterando, por tanto, la forma de administrar y gestionar aquella. Con esta sentencia, confirmamos que no puede existir una división parcial, con una extinción parcial, sino que tras la división se extingue totalmente la comunidad, y puede crearse una nueva y diferente, pero no subsiste reducida la anterior.

Hay que recordar, por otra parte, y como afirma la STS de 28 de junio de 1999, que los actos de división y adjudicación de la cosa común no son propiamente transmisiones patrimoniales, a efectos, civiles o fiscales, sino una mera concreción o especificación de un derecho abstracto preexistente. Cuestión, como hemos adelantado, de sumo interés, para tratar de asimilar el supuesto de hecho que se ha descrito como una extinción o disolución de comunidad en lugar de una verdadera transmisión patrimonial, pero que no puede impedir su correcta calificación jurídica, y por tanto la aplicación legal impositiva correspondiente.

Analizados los principales modos de extinción de una comunidad de bienes, comprobamos que ninguno de ellos corresponde con el supuesto que dio lugar a la RDGRN de 11 de noviembre de 2011 que se estudia, puesto que no se ha dividido la cosa (ni siquiera parcialmente), no se ha transmitido la totalidad de la cosa a un tercero, ni se ha consolidado el dominio en uno de los comuneros al adquirir este el resto de las cuotas de sus cotitulares. No hay, *a priori*, ningún supuesto de extinción.

Lo que sí ha ocurrido es que uno de los comuneros ha enajenado, ha cedido su cuota a parte de los otros copropietarios, ni siquiera a todos ellos, sino a tres de los cinco copropietarios de la cosa común. ¿La enajenación de la cuota por comunero a otros comuneros extingue la situación de copropiedad?, ¿y parcialmente?

(2) SSTS de 21 de marzo de 1988 y 31 de diciembre de 1985: «Sobre la base de concepcuar a la copropiedad como una situación transitoria que no merece trato de favor, otorga a dicha acción un carácter absoluto, pues no se reconoce excepción alguna a su ejercicio, es concebida como irrenunciable e imprescriptible y no se admite sino limitadamente el pacto de indivisión». También SSTS de 5 de junio de 1989 y 8 de junio de 1945.

(3) ECHEVERRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ, RODRÍGUEZ CANO, coords.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 549.

III. LA ENAJENACIÓN DE CUOTA POR PARTE DE UN COMUNERO

Cuestión distinta de la extinción de la comunidad —sea por división, sea por concurrir en una misma persona la totalidad de las cuotas, tercero o comunero— es la enajenación o disposición de su cuota por parte de uno de los comuneros.

Cada comunero puede enajenar, ceder o gravar su cuota, pues sobre la misma tiene la plena propiedad (art. 399 CC). Esta disposición de cuota puede ser a favor de un tercero ajeno a la comunidad, en cuyo caso el adquirente pasará a formar parte de la misma, ocupando la posición que dejó el comunero transmitente (STS de 28 de mayo de 1986), ya que, como dice LACRUZ BERDEJO (4), «la condición de comunero carece del carácter estrictamente personal que el Código Civil atribuye a la de socio, de modo que su venta, donación, sucesión *mortis causa*, etc., coloca al adquirente en la misma posición que el cedente o causante y con los mismos derechos». En estos casos es claro que con la cesión de su cuota por un comunero, la comunidad no se extingue, sino que permanece y en los mismos términos que existía.

Parece un supuesto menos claro —o por lo menos así se refleja de los hechos que dieron lugar a la Resolución de 11 de noviembre de 2011 que se comenta— cuando el comunero enajena o cede su cuota a favor de los otros comuneros. En estos casos, ¿puede mantenerse que existe una extinción parcial de comunidad como se afirma en la escritura que se presentó a calificación? Desde nuestro punto de vista no es posible sostener que se trate de una extinción parcial.

Cuando un comunero enajena a otro u otros su cuota, se produce, efectivamente, un negocio dispositivo y traslativo de su cuota hacia los otros cotitulares, basado en el mismo artículo 399 del Código Civil y en su libertad individual como propietario pleno de la misma. Se trata del mismo supuesto que el anterior solo que difiere en el adquirente, que por tratarse de otro comunero, no ingresa en la comunidad como nuevo miembro, pero sí adquiere igual que aquel la cuota que se les transmite y en las proporciones que se haya estipulado. Hay un cambio de titularidad en la cuota que se enajena y que se redistribuye entre los adquirentes, pero no hay disolución ni liquidación de esa comunidad. En la comunidad siguen existiendo varios y diversos titulares aunque en proporción distinta, y por lo tanto la situación de indivisión continúa.

Está claro que no hay una extinción total de comunidad porque, como acabamos de decir, esta continúa. Pero ¿se puede decir que la transmisión de una cuota a otros comuneros supone una extinción parcial de la misma? Tampoco puede darse una respuesta afirmativa a esta cuestión, porque si en la propia cuota no había comunidad —subcomunidad— no puede haber extinción de ella, sino una mera transmisión a favor de nuevos titulares. No podemos afirmar que el cambio de titularidad de la cuota suponga la extinción de la misma, y por tanto implique cierta reducción o extinción parcial de esa comunidad. Como bien afirma el Registrador en su nota de calificación previa a la RDGRN de 11 de noviembre de 2011: «resulta incongruente que los adjudicatarios adquieran dicha participación por extinción de la comunidad cuando no son dueños de la misma. Solo sería posible la extinción de la comunidad si esta se efectuase sobre las cuatro quintas partes indivisas de las que son dueños los comparecientes».

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 357.

La jurisprudencia registral ha confirmado en varias ocasiones que, incluso la adjudicación de un bien a un condueño, indemnizando a los demás, puede considerarse como un negocio de carácter dispositivo y no particional, al que deben, en consecuencia, aplicarse sus reglas y requisitos, aunque en este caso no haya duda de que se extingue la comunidad (5). Baste ver, en este sentido, la RDGRN de 2 de enero de 2004, que afirma que: «La nota de calificación recurrida parece dar a entender que la facultad de adjudicar el bien indivisible a uno solo de los condueños si concurre el consentimiento de todos —art. 404 del CC (*LEG* 1889/27)—, o a uno de los coherederos si ninguno de los demás herederos pide su venta en pública subasta —art. 1062 del CC—, indemnizando a los demás o abonándoles el exceso en dinero, es, en todo caso, un negocio jurídico de carácter dispositivo, no particional, y, por tanto, concurriendo menores representados por sus padres precisa la autorización judicial exigida por el artículo 166 del Código Civil»; o la RDGRN de 4 de abril de 2005, que reitera esta tesis manifestando lo siguiente: «máxime cuando este Centro Directivo ha señalado [cfr. Resolución de 2 de enero de 2004 (*RJ* 2004/712)], que la extinción de una comunidad que recae sobre un bien indivisible, adjudicándolo a un condueño e indemnizando a los demás no tiene eficacia dispositiva sino particional».

Luego, con más motivo, se hace complicado considerar que la enajenación de una cuota por su titular único a favor de los otros comuneros suponga un negocio de carácter particional, lo será siempre dispositivo, y al no recaer sobre la totalidad del objeto en comunidad, nunca podrá ser extintivo, sin que quepa una extinción parcial, pues o hay comunidad o no la hay.

IV. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones hechas, el supuesto de hecho planteado en la Resolución que hemos analizado no puede entenderse como un caso de extinción parcial de una comunidad de bienes, y esto es así por los siguientes motivos:

1. La extinción de una comunidad debe implicar siempre, sea cual sea la causa, la desaparición de la pluralidad de cotitulares, pues esa pluralidad es de esencia de la propia comunidad.
2. En consecuencia, la enajenación de cuota por parte de un comunero, sea a un tercero o a otro comunero —que es un negocio dispositivo, no particional—, no produce extinción de la comunidad porque, lejos de reunirse todas las cuotas en un solo titular, persisten varios, todos los anteriores, salvo el que sale de la comunidad enajenando, aunque lo sean ahora en distinta proporción.
3. Si el supuesto de hecho planteado fuera alguno de los modos de extinción de la comunidad se podría sostener que es un tipo de extinción, pero si no lo es, es inútil mantener dicha afirmación.

Los modos de extinción se pueden reducir a dos: la división de la cosa común y la reunión en un solo titular de todas las cuotas.

(5) Es cierto que el carácter dispositivo o particional de la extinción de la comunidad es una cuestión bastante debatida por la doctrina y jurisprudencia, y encontramos numerosas resoluciones en ambos sentidos [cfr., por todas, las de 2 de enero de 2004 (*RJ* 2004/712) y 4 (*RJ* 2005/3603) y 14 de abril de 2005 (*RJ* 2005/5018)].

Es claro que en el supuesto que hemos analizado, no hay división de la cosa común, ni tampoco una consolidación de cuotas, puesto que continúa la comunidad en las mismas y varias personas que existían.

Si no puede calificarse o encajar en uno de los modos de extinción de la comunidad, no puede mantenerse que esa transmisión onerosa de cuota a favor de otros comuneros, sea en ningún caso un supuesto de extinción parcial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- EHEVERRÍA SUMMERS, F.: «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ, RODRÍGUEZ CANO, coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 549.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de junio de 1945.
- STS de 15 de febrero de 1966.
- STS de 31 de diciembre de 1985.
- STS de 28 de mayo de 1986.
- STS de 21 de marzo de 1988.
- STS de 27 de mayo de 1988.
- STS de 5 de junio de 1989.
- STS de 19 de octubre de 1992.
- STS de 28 de junio de 1999.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 2 de enero de 2004.
- RDGRN de 4 de abril de 2005.
- RDGRN de 14 de abril de 2005.
- RDGRN de 11 de noviembre de 2011.

RESUMEN

COMUNIDAD DE BIENES
EXTINCIÓN PARCIAL
ENAJENACIÓN DE CUOTAS A COMU-
NEROS

La comunidad de bienes de tipo romana es una situación, en principio, transitoria, y destinada a su extinción.

ABSTRACT

JOINT OWNERSHIP
PARTIAL TERMINATION
DISPOSAL OF SHARES TO FELLOW
JOINT OWNERS

Roman-style joint ownership is supposedly a transitory situation only, meant to be terminated. What requirements

Se analiza en este trabajo qué requisitos deben darse para la extinción de esa comunidad, y si cabe la posibilidad de una extinción parcial de la misma, cuando se enajenan cuotas a favor de otros comuneros. La propia naturaleza de la extinción supone que se refiera a la totalidad de la cosa común, sin que sea posible aceptar una extinción parcial, cuando la comunidad subsiste a favor de otros comuneros, aunque ahora lo sea en otras cuotas.

must be met for its termination? Can it be only partially terminated when some joint owners dispose of their shares of ownership to their fellow joint owners? Because of its very nature, termination refers to the arrangement for the entire jointly owned property. Partial termination is not acceptable if the arrangement continues for other joint owners, even if their shares of ownership have changed.

1.4. Sucesiones

LAS DEUDAS DE UNA HERENCIA CONCURSADA Y SU PROYECCIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL (*)

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE UNA HERENCIA INSOLVENTE: 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 1.2 DE LA LEY CONCURSAL: 1.1. *La herencia yacente*. 1.2. *La herencia aceptada a beneficio de inventario*. 1.3. *La herencia aceptada pura y simplemente*. 1.4. *La concurrencia de varios llamados que aceptan la herencia de diferentes modos*.—III. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE UNA HERENCIA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA.—IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL DEUDOR.—V. EL FALLECIMIENTO DEL CONCURSADO Y EL CONCURSO SOBREVENIDO DE LA HERENCIA.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.

(*) Este trabajo tiene su origen en una monografía de la autora, titulada *El fallecimiento del concursado*. Estudios de Derecho Concursal, Civitas Thomson-Reuters, 2012, y en «Concurso de la herencia», voz redactada por la misma autora para la *Enciclopedia de Derecho Concursal*, dirigida por los Profesores BELTRÁN y GARCÍA CRUCES, Ed. Aranzadi, 2012.

Asimismo, esta contribución se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER2009-10387), titulado «Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y cuyo Investigador Principal es el Profesor Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

I. INTRODUCCIÓN

En la fase de gestación de la vigente Ley Concursal se debatió en el Parlamento si el concurso de la herencia debía tener una regulación propia y detallada, como sucedía en Alemania con la Ley de Insolvencia de 5 de octubre de 1994. Triunfa, finalmente, la opción de regular de modo breve y disperso el concurso de la herencia. Por un lado, se reconoce la posibilidad de que la herencia no aceptada, de modo puro y simple, pueda ser declarada en concurso (art. 1.2 LC). En estos casos, estarán legitimados para solicitar tal concurso los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia (art. 3.4 LC). Declarado el concurso de la herencia, existirá una importante limitación en cuanto a la administración y disposición del patrimonio que quedará reservada exclusivamente a los administradores concursales (art. 40.5 LC). Y, finalmente, dentro de las normas que regulan la conclusión del concurso, se establece una excepción consistente en la continuación del mismo (ahora como concurso de la herencia) en los casos en que el concursado haya muerto o haya sido declarado fallecido (art. 182 LC).

En realidad, el debate no debería radicar en si el concurso de la herencia se merece una regulación propia o no —que probablemente se merece— sino en que la que se le dé sea lo suficientemente coherente entre sí y armónica con las reglas civiles que disciplinan el fenómeno sucesorio, cuestión esta de no fácil solución, como trataremos de examinar en las líneas que siguen a continuación.

II. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE UNA HERENCIA INSOLVENTE

Dentro del presupuesto subjetivo del concurso, el apartado segundo del primer artículo de la LC establece que «*el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*». La capacidad concursal de la herencia ha sido interpretada como una proyección de la normativa general sobre la capacidad para ser parte de las masas patrimoniales o de los patrimonios separados, *ex* artículos 6.1.4.º y 7.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

La expresión legislativa más clara del reconocimiento de la capacidad concursal de la herencia —entendida esta como patrimonio separado y autónomo— es la de la Ley alemana de insolvencia de 1994 (*Insolvenzordnung*), en la que la herencia actúa como sujeto y objeto del procedimiento de insolvencia. Es contundente el legislador alemán al decir, en el artículo 316.1 de la *InsO*, que «*la apertura del procedimiento de insolvencia no se excluye porque el heredero no haya aceptado la herencia o porque responda ilimitadamente de las deudas hereditarias*». El patrimonio hereditario permanece unido y separado aun cuando la herencia haya sido dividida o repartida entre los coherederos. Es muy significativa, al respecto, la regla segunda de ese mismo precepto, al decir que «*en caso de que existieran varios herederos, la apertura del procedimiento es admisible incluso después del reparto de la herencia*».

En fin, la declaración de concurso de la herencia implica la consideración de la herencia como patrimonio en concurso, excluyendo, por tanto, los bienes

(1) Vid. HIDALGO GARCÍA, «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004, pág. 77.

y deudas de los herederos. Y esta separación patrimonial como efecto de la declaración judicial de concurso debe darse, necesariamente, también cuando la herencia se ha aceptado pura y simplemente. Lo contrario supondría un *totum revolutum* que no armoniza adecuadamente con las reglas del concurso y que, como veremos, no permitiría conciliar las diversas posiciones que puedan adoptar los diferentes herederos respecto a la herencia.

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 1.2 DE LA LEY CONCURSAL

Resulta de general admisión en la doctrina y en la jurisprudencia españolas que la herencia se adquiere por la aceptación de la misma (sistema romano), frente a la concepción germánica, según la cual no hay solución de continuidad, la herencia se adquiere desde el mismo momento del fallecimiento del causante y el llamado solo puede renunciarla o repudiarla (2). En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, las sentencias de 19 de octubre de 1963, la de 10 de noviembre de 1981 o la más reciente de 27 de junio de 2000 coinciden en declarar que la transmisión y adquisición de la herencia no son inmediatas y requieren del hecho de la aceptación por parte del llamado.

Si el llamado no acepta la herencia haciendo uso del denominado «beneficio de inventario», la aceptación será pura y simple y la responsabilidad del heredero que así acepta será *ultra vires hereditatis*, es decir, ilimitada o extensible a su propio patrimonio personal. Si, por el contrario, se hace uso de ese «beneficio», la responsabilidad quedará limitada al patrimonio hereditario recibido (responsabilidad *intra vires hereditatis, cum viribus*) o a su valor (*pro viribus*). Mientras la herencia no se acepte, se encuentra «yacente», a la espera de una titularidad.

La Ley Concursal no detalla los supuestos específicos en los que la herencia puede ser declarada en concurso. Por el contrario, sí regula expresamente el caso en que la herencia no puede concursar («el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente», art. 1.2 LC), y se podrá «solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente» (art. 3.4 LC). El vigente texto concursal respeta, en este concreto punto y en líneas generales, el criterio adoptado por sus precedentes normativos, pero se aparta, al menos aparentemente, de la regla procesal civil que, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se ocupaba de esta cuestión (art. 1053 LEC 1881).

Las resoluciones judiciales realizan una interpretación literal de la norma concursal y, así, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008, en el que se declara el concurso voluntario de una herencia, establece, respecto a los presupuestos subjetivos, que «los presupuestos (...) que se

(2) Defendía la concepción germánica de la herencia, GARCÍA VALDECASAS, «La adquisición de la herencia en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, XXVIII, 1944, págs. 89-126. Frente a esta opinión minoritaria, véanse ALBALADEJO, «La adquisición de la herencia en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1955, págs. 25 y sigs.; LA-CRUZ BERDEJO, y otros, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1993, págs. 37 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Tecnos, 7.^a ed., 1997, pág. 530; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, «El concurso de la herencia», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1, 2004, pág. 54; o HIDALGO GARCÍA, «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., págs. 78 y sigs.

pueden dar son o bien la no aceptación, incluso repudio, o la aceptación a beneficio de inventario o durante el tiempo en que ejerza su derecho a deliberar» (FD 2.º). Igualmente, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 4 de Madrid, de 21 de julio de 2005, considera que acreditado el fallecimiento del causante, la existencia de caudal relicto, pues existen bienes a nombre del fallecido, y «sin que conste que su herencia haya sido aceptada pura y simplemente», procederá la declaración de concurso (FD 1.º).

En el caso del Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), de 26 de marzo de 2009, se interpuso, inicialmente, ante el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, solicitud de declaración de concurso voluntario de una herencia yacente. Posteriormente, la herencia se aceptó —presumiblemente a beneficio de inventario— y ello justifica que sea la comunidad hereditaria la que solicite el concurso de la herencia (Antecedente de Hecho segundo). Y en los antecedentes que dan origen al Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 28 de abril de 2006, parece que la herencia se encuentra todavía en estado de yacencia, aunque concurriendo el dato de ocultación y valoración inadecuada de los bienes, pudiese existir un supuesto de pérdida del beneficio de inventario con la consiguiente responsabilidad ilimitada del heredero. En una aplicación gramatical de la Ley Concursal no se daría el presupuesto subjetivo para poder declarar a la herencia en concurso.

Parece bastante claro que la Ley Concursal parte de que la aceptación pura y simple implica o supone una confusión patrimonial y que el hipotéticamente declarado en concurso sería el heredero o herederos que así acepten. Esta es la opinión sostenida de modo casi unánime en la doctrina española, según la cual el legislador concursal no hace sino reflejar la noción que se tiene en la doctrina de las consecuencias de la aceptación pura y simple de la herencia (3).

1.1. *La herencia yacente*

Es este, probablemente, el prototipo de la *mens legislatoris* que cristaliza en el artículo 1.2 de la Ley Concursal. Dentro de la herencia yacente se deben incluir tanto los casos de «yacencia voluntaria» (heredero conocido y plenamente capaz que todavía no se ha manifestado sobre si acepta o repudia) como los que se pueden calificar de «yacencia forzosa».

Dentro de los supuestos de la denominada «yacencia forzosa» podemos encontrarnos con los casos de herederos desconocidos, supuestos en los que hay contienda sobre quién ostenta la cualidad de heredero, supuestos en los que el heredero es una persona determinable pero todavía no determinada, herederos instituidos bajo condición suspensiva, herederos menores de edad que no tengan representantes designados, o herederos ausentes de hecho (art. 790 LEC). Y también cabría, en este ámbito, la institución de un *nasciturus* (arts. 959 y sigs. CC), o la de un *concepturus* (apartados 2 y 3 del art. 9 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de diciembre de 1982, que admitió la posibilidad de sucesión *mortis causa* de personas no nacidas ni engendradas, siempre que puedan ser identificadas en su existencia real como tales personas).

(3) Vid. ROJO-ORDUÑA, «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO-BELTRÁN, T. I. Ed. Thomson Civitas, 2004, pág. 156.

Del elenco de supuestos de «yacencia» hereditaria forzosa anteriormente expuestos quizá merece la pena destacar el relativo a la institución del *nasciturus* como heredero. Ello nos lleva, inevitablemente, a preguntarnos si el *nasciturus* puede ser declarado en concurso. Entiendo que la respuesta debe ser negativa porque al *nasciturus* se le presume persona solamente para lo que le resulte favorable y no pudiendo ser, por tanto, titular de deudas, no puede ser, tampoco, sujeto del concurso por no concurrir ni el presupuesto subjetivo ni el objetivo del mismo. De este modo, el *nasciturus* no podría ser sujeto de concurso, aunque sí lo podría ser la herencia a él deferida que, como unidad patrimonial sujeta al cumplimiento del requisito establecido en el artículo 30 del Código Civil, podría concursar al amparo del artículo 1.2 de la Ley Concursal.

1.2. *La herencia aceptada a beneficio de inventario*

La herencia aceptada a beneficio de inventario representa otro de los supuestos prototipo de herencia susceptible de concurso de acreedores, según la vigente norma concursal. La inmensa mayoría de la doctrina entiende que la aceptación beneficiaria tiene como consecuencia la separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio de los herederos, «sin confusión con el patrimonio propio de ese heredero». Y es esa separación la que justifica, según algunas opiniones, la «concurabilidad» de la herencia beneficiaria (4).

Se pueden añadir algunos supuestos más al elenco del artículo 1.2 de la Ley Concursal porque puede haber herencias no aceptadas a beneficio de inventario sin que ello conlleve que hayan sido aceptadas pura y simplemente. Tal cosa sucedería con una herencia aceptada genéricamente (art. 1015 CC o art. 461-17.2.º del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña), o en los casos de obtención de una herencia a través de la correspondiente reclamación judicial frente a una persona que la tuviere en posesión por más de un año (art. 1021 CC). Si, por el contrario, el inventario no se realiza en tiempo y forma (art. 1018 del CC o art. 461-17.1.º del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña), se perdería ese beneficio y se entiende que la herencia es aceptada pura y simplemente.

A los casos de falta de realización del inventario habría que añadir lo previsto en los artículos 1002 y 1024 del Código Civil, según los cuales, el heredero será puro y simple, como sanción por sustraer u ocultar bienes de la herencia; o se perderá el beneficio de inventario si conscientemente se dejase de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. También se perderá tal beneficio si antes de completar el pago de deudas o legados se enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o sin el consentimiento de todos los interesados. Tales situaciones están previstas, respectivamente, en los artículos 461.8, 461-15.4.º y 461-21.4.º de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña.

También cabría el concurso de una herencia en aquellas situaciones en las que la aceptación debe ser necesariamente a beneficio de inventario: sucesión por parte del Estado (art. 957 CC) y de las Comunidades Autónomas; aceptación

(4) Así, ROJO-ORDUNA, *op. cit.*, pág. 156; DIEZ SOTO, «La herencia en la nueva Ley Concursal», en *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 1103; BERROCAL LANZAROT, «El concurso de la herencia», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 53, 2010, pág. 29.

por las Fundaciones (art. 22 de la Ley 50/2002); herencia dejada a los pobres (art. 992.2 CC); aceptación de una herencia por parte de personas sujetas a patria potestad o tutela (arts. 171 CC, 760 LEC, 166.2 y 271.4 CC).

En el caso de la herencia deferida a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas, se puede plantear un posible problema de colisión normativa entre los artículos 1.2 y 1.3 de la Ley Concursal, ya que este último no permite que sean declarados en concurso los entes públicos. Sin embargo, la polémica podría resultar estéril porque no se trata de declarar en concurso a un ente público sino a un patrimonio insolvente —el hereditario— deferido a favor de un ente público. No se trata de valorar y resolver la insolvencia de un ente, sino la de un patrimonio del que el ente público va a ser titular.

Pues bien, en los casos de aceptación a beneficio de inventario, la doctrina considera que la masa activa estará integrada única y exclusivamente por los bienes y derechos heredados a beneficio de inventario, y no por los demás bienes y derechos propios del heredero, tratándose de un supuesto muy excepcional en el que, por efecto del beneficio de inventario, quiebra el principio de universalidad de la masa activa (art. 76.1 LC) (5).

Por otro lado, la utilización del beneficio de inventario supone, para algunos autores, *ex* artículo 1034 del Código Civil, la actuación de un criterio especial de prelación en virtud del cual los acreedores de la herencia gozan de una preferencia absoluta respecto a los acreedores personales del heredero o herederos que aparecen como destinatarios del remanente neto que pueda resultar de la liquidación (6).

Más que de una prelación, parece tratarse de la conservación de la garantía patrimonial existente en la fecha de nacimiento del crédito y correspondiente a cada patrimonio. En este sentido, los acreedores de la herencia deben poder cobrar con cargo a este patrimonio, no tanto porque sean preferentes respecto a los acreedores personales de los herederos cuanto porque estos últimos tendrán que cobrar con cargo al patrimonio personal del heredero al que, en su caso, se incorporará aquella parte del activo hereditario que quede después de pagar el pasivo.

1.3. *La herencia aceptada pura y simplemente*

A primera vista, parece que constituirá una hipótesis excepcional cuando la herencia sea deficitaria. Pero hay que pensar que, primero, no siempre se tiene conocimiento por parte de los herederos del estado deficitario de la herencia porque puede ocurrir que el estado de insolvencia sea inminente y no actual; y, por otro lado, puede suceder que la aceptación pura y simple sea consecuencia de la pérdida del beneficio de inventario por no hacer constar en él todos los bienes y deudas de la herencia. En consecuencia, una situación inicialmente extraña —la aceptación pura de una herencia con deudas— puede llegar a darse en la práctica con una cierta normalidad.

Y tampoco habrá que descuidar la relativa frecuencia con la que —ante una herencia insolvente— el llamado decida sustraer u ocultar bienes de la misma para evitar su ejecución y, ante tal hecho, se produce una suerte de «aceptación forzosa» de la herencia que convierte al llamado en heredero puro y simple.

(5) Vid. ROJO-ORDUNA, *op. cit.*, pág. 157.

(6) Así, DIEZ SOTO, *op. cit.*, pág. 1104.

Es claro que, de acuerdo con una interpretación gramatical del artículo 1.2 de la Ley Concursal, una herencia aceptada pura y simplemente no puede ser declarada en concurso. Sin embargo, lo que no sabemos con certeza es qué cabe en estas situaciones o en aquellas en las que se haya declarado en concurso una herencia yacente, que luego resulte aceptada pura y simplemente.

Para la generalidad de los comentaristas la expresión del artículo 1.2 LC, que prevé la declaración del concurso de la herencia *en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*, enlaza con la tesis que considera que, aceptada la herencia pura y simplemente, se produce la confusión de patrimonios de la herencia y del heredero, por lo que es el propio heredero, en su caso, quien resultase deudor insolvente, y no la herencia, procediendo, de este modo, el concurso del heredero (7).

Se sigue así la solución adoptada en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1995, aunque esta última recoge un importante matiz del que no se hace eco la Ley Concursal de 2003. El artículo 257 de la Propuesta combinaba el concurso de herencia con el de heredero puro y simple cuando un mes después de la aceptación los herederos no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores. El texto de la Propuesta, al conjugar los dos concursos, parecía partir, precisamente, de la idea contraria, es decir, de la no existencia de confusión patrimonial, ni siquiera en la aceptación pura y simple. Si existiese tal confusión, no tendría sentido mantener el concurso de la herencia y lo propio hubiese sido sustituirlo por el concurso del heredero.

Así pues, los autores que siguen la tesis de la «confusión» como efecto de la aceptación pura y simple, estiman que, en estos casos, la masa activa estaría integrada por todos los bienes y la pasiva por todos los acreedores, ya que la Ley Concursal no establece mecanismo para diferenciar bienes, de modo tal que se produciría una comunicación total de bienes y deudas (8).

Si bien es cierto que en la Ley Concursal no se contempla expresamente un mecanismo para diferenciar dos masas patrimoniales dentro de un mismo concurso —a excepción de lo que sucede con el patrimonio ganancial y el privativo, *ex arts. 82.1 y 86.3 LC*— también podría declararse, en este caso, el concurso de la herencia con diferenciación de los dos activos patrimoniales responsables. ¿Por qué no reconocer, pues, la posibilidad de que la herencia sea declarada en concurso y la masa activa esté formada por el patrimonio hereditario que responda de sus acreedores y, en lo no satisfecho, los acreedores hereditarios se puedan dirigir contra el patrimonio personal del heredero que, si es insuficiente y además hay otros acreedores, pueda ser declarado en concurso?

Admitir, en estos casos, como única solución, la del concurso de heredero o herederos no beneficiarios puede implicar un serio perjuicio —o una significativa disminución de la garantía patrimonial— a los acreedores hereditarios al tener que concurrir, eventualmente, con los personales de los herederos sobre un único patrimonio monolítico.

(7) Vid. ROCA TRÍAS, «L'herència insolvent», en *Indret*, mayo de 2005, pág. 14; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009, pág. 81; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004, pág. 34 y sigs.; BLANQUER ÜBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 173 y 178 y sigs.; DIEZ SOTO, *op. cit.*, pág. 1109.

(8) Vid. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 81.

Para amortiguar o paliar los efectos de la confusión patrimonial anudada a la aceptación pura y simple de la herencia, se han propuesto diversas opciones, aunque no todas ellas de igual consistencia. Estos paliativos son el beneficio de separación de patrimonios; la facultad de oponerse a la partición y la declaración conjunta del concurso de la herencia y del aceptante puro y simple (9). Esta última es, tal vez, la que mejor permitiría canalizar el doble concurso, si bien la ausencia de regulación del concreto modo de coordinar ambos concursos puede plantear serios problemas en la configuración de sus masas activa y pasiva. La hipotética acumulación de ambos concursos —el de la herencia y el del heredero o herederos puros— requiere un estudio en profundidad que quisiera abordar en un futuro.

1.4. *La concurrencia de varios llamados que aceptan la herencia de diferentes modos*

No contiene la Ley Concursal ninguna referencia a situaciones que en la práctica pueden ser las más frecuentes como las de pluralidad de herederos en las que unos aceptan de un modo y otros de otro; y aquellas otras situaciones de comunidad hereditaria (herencia aceptada sin dividir entre varios coherederos).

Algunas dudas pueden surgir respecto a la pluralidad de herederos o, mejor dicho, llamados a la herencia que no aceptan todos del mismo modo, situación que contempla el artículo 1007 de nuestro Código Civil. La hipótesis que puede plantear más problemas en la praxis es aquella en la que, de un lado, hay al menos un llamado que acepta a beneficio de inventario, no se manifiesta sobre si acepta o repudia o bien es desconocido, y, de otro lado, al menos un llamado acepta la herencia de modo puro y simple.

Literalmente, el precepto no establece que para declarar el concurso de la herencia, ningún heredero debe haber aceptado de modo puro y simple. Porque habiendo aceptado así al menos un heredero, es claro que este respondería con todo su patrimonio, pero ello no significa que el patrimonio hereditario deje de responder en la medida de lo posible. Lo contrario perjudicaría inmensamente al aceptante puro porque los herederos «beneficiarios» quedarían en una especie de *stand by*, a la espera de la solvencia y responsabilidad del primero y, quizá, sin responder en la parte que les corresponde. Por otro lado, los acreedores personales del aceptante puro y simple concurrirían en igualdad de condiciones que los hereditarios sobre un patrimonio pretendidamente confuso. No parece que sea esta la finalidad y función del concurso de acreedores hereditarios.

El hecho de que sea posible demandar a los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente (art. 1003 CC) o, incluso, si fueran insolventes, solicitar la declaración judicial de concurso de estos, no impide que el acreedor solicite la declaración judicial del concurso de la herencia *ex* artículo 1.2 de la Ley Concursal.

El problema que en la práctica plantea este doble concurso es el de una adecuada articulación práctica. Los «concursos conexos» presentan en la actual regulación concursal unos moldes en los que, difícilmente, encaja la eventualidad

(9) Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, 1967, pág. 121; DIEZ SOTO, *op. cit.*, pág. 1113; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia: una aproximación civilística a la Ley Concursal», en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. 2, 2005, pág. 1910.

de la que estamos hablando, porque parten aquellos de una coordinación que no se detalla, cuando es, en realidad, la subordinación del concurso del heredero puro respecto al de la herencia lo que mejor equilibraría los diferentes intereses en juego.

Por otro lado, puede ocurrir que ninguno de los herederos sea solvente por lo que, en principio, habrá que declararlos a todos ellos en concurso. Ahora bien, ¿en qué concurso? ¿En tantos concursos como herederos insolventes haya? ¿No sería más operativo tratar de reconstituir todo el patrimonio responsable —ahora dividido— a través de una masa activa única (aunque diferenciando titularidades a favor de los herederos), en un concurso único, el de la herencia? Si se opta por la vía de declarar tantos concursos como herederos insolventes haya, cada masa activa estará formada por los bienes heredados o por los heredados y los personales del heredero puro, pero ¿y cada una de las masas pasivas? ¿Estarán formadas por todos los créditos hereditarios, duplicando, triplicando o cuadruplicando esa lista sin saber en qué medida va a contribuir cada uno de los titulares del patrimonio responsable?

Si admitimos que la conservación no tanto del patrimonio cuanto de la responsabilidad de ese patrimonio se mantiene y subsiste con independencia del modo de aceptación y más allá de la partición de la herencia, creo que no es tan descabellado pretender, ante la insolvencia de los herederos titulares del patrimonio responsable, reconstruir ese patrimonio en una masa activa única, integrada por todos los bienes responsables —incluidos los personales de los aceptantes puros— aunque diferenciando las titularidades, y una masa pasiva integrada por los acreedores hereditarios.

III. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE UNA HERENCIA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA

El apartado cuarto del artículo 3 LC permite que los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia puedan solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. Añade ese apartado que *la solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*.

La legitimación del administrador de la herencia puede justificarse en el dato de que el administrador es, sin duda, una de las personas que mejor conoce la situación patrimonial y la insolvencia en la que se encuentra la herencia. Puede haber administrador de la herencia en múltiples circunstancias: cuando el causante así lo ha previsto, cuando los herederos han designado uno por mayoría, cuando acuden al juez para que lo designe, en la herencia del *nasciturus*, en la institución de heredero sometido a una condición suspensiva (art. 801), en caso de aceptación a beneficio de inventario (art. 1026), si se hace uso del derecho de deliberar cuando el juez lo acuerde a instancia de parte interesada (art. 1020 CC), cuando el testador encomienda a su cónyuge la facultad de mejorar a los hijos y descendientes comunes conforme al artículo 831 del Código Civil, donde puede haber un administrador de la herencia, ya se denomine así, ya de otro modo, pero ostente facultades de administración.

Ahora bien, una vez declarado el concurso de la herencia, las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto corresponden a la administración concursal (art. 40.5 LC). El concurso solicitado por el

administrador se considera voluntario porque el administrador ostenta la representación de la herencia sobre la que pesan las deudas (10). El administrador no solo está legitimado para solicitar el concurso sino que sobre él pesa el deber de solicitarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (11). Si se admite la existencia de tal deber, su incumplimiento puede desencadenar diversas consecuencias prácticas. En el ámbito personal se puede producir la pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa, así como inhabilitaciones para la administración de bienes ajenos. Pero sobre todo se producen consecuencias en el plano patrimonial, donde se generaría una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia a efectos de la calificación del concurso regulada en el artículo 165.1 LC.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1 de 23 de junio de 2008, admite la legitimación para solicitar el concurso de una herencia a un administrador judicial nombrado en un proceso de medidas cautelares dentro del procedimiento tramitado en otro juzgado, si bien advierte que la terminación del procedimiento del que deriva el nombramiento o la terminación de las funciones cautelares encomendadas obligaría a los terceros a nombrar o a los acreedores a solicitar el nombramiento de un nuevo representante.

IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL DEUDOR

Sea voluntario, sea necesario, el concurso declarado contra la herencia o contra el causante desencadena, necesariamente, la suspensión de las facultades de administración y disposición que pudiesen corresponder a un tercero, quedando encomendadas tales funciones a la administración concursal (art. 40.5 LC). Con ello se refuerza, notablemente, el papel de los administradores concursales en la gestión de la masa concursal.

Respecto a la limitación en las facultades de administración y disposición sobre el caudal relicto, sorprende bastante la aparente contradicción en la que incurre el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008, en la medida en que, primero, se acuerda «la suspensión de la administración del patrimonio del concursado», y luego añade que se decide «nombrar como administrador con facultad de intervención de la administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio a don X, abogado» y que se ha procedido «a la intervención respecto del deudor por solicitud de concurso voluntario que ha sido declarado».

Igualmente, en el ámbito de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, este Auto «hace saber al concursado [en este caso, al administrador judicial, que es el representante de la herencia] que de conformidad a lo previsto en el artículo 44 de la Ley Concursal, la intervención conlleva, en tanto conste la aceptación de los administradores concursales, que el deudor podrá realizar los actos propios del giro o tráfico de la empresa que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado y con las prohibiciones y autorizaciones que

(10) Vid. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 52.

(11) Cfr. BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 35.

el citado precepto establece» (Parte Dispositiva, núm. 6, del Auto). De nuevo, se reitera la idea de intervención del patrimonio y no de suspensión, a pesar de que el artículo 40.5 de la Ley Concursal impone la suspensión.

A la luz del artículo 40.5 resulta irrelevante, por tanto, que el concurso sea solicitado por los acreedores, por los herederos o por el administrador de la herencia para que se asigne a la administración concursal el ejercicio de dichas facultades. La razón de ser de la norma puede encontrarse en la idea de que en tales casos no concurren los motivos que han llevado a prever la intervención: aprovechar el conocimiento y la experiencia del deudor en la administración del patrimonio concursal y ofrecer al deudor un incentivo para que solicite cuanto antes la declaración de concurso. Como ha fallecido, ningún beneficio puede reportar la intervención, y no se ha querido considerar la posibilidad de que los herederos cuenten con experiencia y conocimientos que sean beneficiosos para los acreedores —por ejemplo— cuando la herencia sea administrada por los herederos que ya colaborasen con el fallecido (12).

Con todo, podría haber otra razón de tanta o mayor relevancia. Puesto que el titular del patrimonio concursal ha fallecido, se trata de garantizar, en la medida de lo posible, la conservación de la responsabilidad correspondiente. En otros términos: el legislador concursal no se fía del todo del administrador de la herencia y, menos aún, de los herederos, y por ello impone la suspensión en estos casos.

Ahora bien, esta drástica limitación de las facultades patrimoniales sobre el caudal relicto no impide que, en vida, la persona física concursada mantenga su libertad de testar (art. 40.6.2 LC) o las facultades de aceptar o repudiar una herencia. En consecuencia, habría que reflexionar sobre la necesidad de que sea la administración concursal la que pueda no tanto aceptar o repudiar una herencia cuanto supervisar la realización de esos actos, porque creo que son actos que requieren un control en función de las circunstancias concurrentes que quien mejor puede conocer es ese órgano concursal.

Repudiar o aceptar una herencia (sea a beneficio de inventario o sin él) puede entrañar ciertos riesgos para el concurso y, por ello, parece justificado el ejercicio de tales facultades por la administración concursal si el concurso es necesario (al no tratarse de facultades personalísimas y constituir negocios de disposición), y el control o autorización por parte de este órgano si el concurso es voluntario.

Para finalizar este apartado es conveniente plantearse la cuestión de cómo repercute el modo de aceptar la herencia en los efectos ya desencadenados por el concurso de la herencia sobre la gestión del caudal relicto. Se ha sostenido que el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes de la herencia encomendado a la administración concursal —como efecto del concurso de la herencia— habrá de verse modificado, al menos parcialmente, en el caso de que llegue a producirse la aceptación pura y simple por parte de algunos de los llamados a la herencia (13).

No resulta tan clara, a mi juicio, esta conclusión. Habrá que cuestionarse si, una vez declarado el concurso de la herencia, tiene sentido alterar esta situación articulando, además, como propone este autor, un sistema de representación y defensa procesal del patrimonio hereditario. Sería conveniente unificar funciones de representación y defensa en los administradores concursales, sin perjuicio de la defensa de los intereses de otros sujetos —como los acreedores particulares

(12) CAZORLA GONZÁLEZ, *El concurso de la herencia*, Ed. Reus, 2007, pág. 277.

(13) Vid. DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pág. 1102.

de los herederos— a través de las vías legalmente previstas, como, por ejemplo, la del artículo 1001 del Código Civil, que reconoce a los acreedores del heredero que repudia la herencia en perjuicio de sus derechos la facultad de intervenir en la administración de la herencia durante su liquidación, de modo similar a los herederos aceptantes a beneficio de inventario.

Así pues, aun en los casos en los que según la doctrina dominante no se puede declarar la herencia en concurso —debería aplicarse el art. 40.5 o preceptos similares—, porque ya sea el heredero, ya sea la herencia, no hay duda sobre la existencia de un patrimonio insolvente sobre el que deberían adoptarse determinadas medidas, parecidas o similares a las contempladas en ese precepto concursal; medidas, en definitiva, de garantía y conservación del patrimonio existente responsable. Además, habría una razón de índole práctica que contribuiría a reforzar estas ideas: si ya alguien —la administración concursal— ha comenzado a gestionar el patrimonio hereditario y, por tanto, ya es conocedor de la concreta situación en la que se encuentra, relevarle por otro sujeto parece poco operativo y nada práctico.

V. EL FALLECIMIENTO DEL CONCURSADO Y EL CONCURSO SOBREVENIDO DE LA HERENCIA

El artículo 182 LC establece que la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. De otro lado, la representación concursal de la herencia corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. Y, finalmente, la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.

Esta última regla pudiera resultar prescindible porque si las facultades de administración y disposición del patrimonio hereditario en concurso quedan encomendadas a la administración concursal, la división o partición de la herencia parece tener naturaleza dispositiva y, por tanto, serán los administradores los que, velando por una mayor o mejor conservación del patrimonio, se abstengan de realizar actos que lo disgreguen o perjudiquen en interés del concurso.

Parece evidente que la letra del artículo 182.1 y la del 1.2 de la LC no son del todo coincidentes. Sorprende bastante que en el artículo 182 LC no se diga nada sobre lo que puede suceder si tiene lugar posteriormente la aceptación de los herederos. Resulta curioso que sea absolutamente irrelevante para la conversión en concurso de la herencia el hecho de que la herencia se acepte pura y simplemente, sobre todo, porque, previamente, el legislador concursal se ha preocupado de decir en más de un precepto (arts. 1.2 y 3.4) que el concurso de la herencia se podrá declarar, en tanto la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente. ¿Se tratará, simplemente, de un descuido del legislador o habrá que interpretar de modo literal el precepto sin necesidad de buscar una interpretación sistemática?

En la práctica judicial, el supuesto contemplado en la norma del artículo 182 de la Ley Concursal, fue ya objeto de algunas resoluciones judiciales anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003. Así, por ejemplo, nos encontramos con el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de octubre de 2001, en el que se declara que «el fallecimiento del deudor quebrado no determina el archivo del proceso de quiebra por cuanto expresamente prevé el artículo 1053

de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881». Si bien el precepto citado por el auto se refiere a la posibilidad de que las testamentarías pueden ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos que así proceda respecto a los particulares, el tribunal valenciano extiende la aplicación del artículo 1053 tanto a los supuestos en los que el deudor no haya sido declarado en quiebra como a los supuestos —como el que le toca enjuiciar— en los que el deudor fallece después de haber sido declarado en quiebra. Y este planteamiento no cambia, evidentemente, por el hecho de que los herederos legítimos del comerciante hayan renunciado a su herencia. Tal vez cabría añadir que tampoco cambia por el hecho de que la herencia se acepte de un modo u otro, aunque no sea esta la opinión dominante en la doctrina que hasta la fecha se ha ocupado de esta materia.

Y ya después de la entrada en vigor de la Ley Concursal, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que si bien referidos, fundamentalmente, a supuestos de concurso de herencia tras el fallecimiento del deudor, remiten al artículo 182 de la Ley Concursal para la determinación de los efectos de la declaración del concurso sobre la herencia. Así, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008, tras declarar el concurso voluntario sobre una herencia en el Fundamento de Derecho segundo, apartado D), remite al artículo 182 LC, que está previsto para un supuesto fáctico diferente al que constituye el punto de partida de esta resolución pero que, según el criterio de este Juzgado, establece una serie de efectos o consecuencias que son aplicables a todo supuesto de concurso de herencia (representación de la herencia; indivisión de la herencia; facultades de administración y disposición encomendadas a la administración concursal).

VI. CONCLUSIÓN

La interpretación que hacen, en líneas generales, tanto los tribunales como la doctrina de los artículos 1.2 y 182 de la Ley Concursal es una interpretación que podríamos denominar complementaria e integradora. De un lado, los efectos del concurso «sobrevenido» previstos en el artículo 182 se aplican, también, al concurso de la herencia propio, es decir, al inicialmente declarado tras la muerte de un deudor insolvente. Y, de otro lado, el silencio del artículo 182 respecto a la repercusión de la aceptación de la herencia en el concurso «continuador» de la herencia es integrado con la regla imperativa del artículo 1.2 que excluye —de modo no justificado desde mi punto de vista— el concurso de la herencia cuando la aceptación es pura y simple. La herencia, con independencia del modo de aceptación, debería ser susceptible de ser declarada en concurso, en la medida en que la confusión de patrimonios no es una consecuencia de la aceptación pura que impida una fácil identificación de los bienes de la herencia que pasan al heredero que así acepta.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN SÁNCHEZ: «Comentario del artículo 84 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO-BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson Civitas, 2004.
— *Las deudas de la masa*, Bologna, 1986.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «Comentario del artículo 1 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004.

- BERMEJO GUTIÉRREZ: «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 2009.
- BERROCAL LANZAROT: «El concurso de la herencia», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 53, 2010.
- BLANQUER UBEROS: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 59, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- BOLÁS ALFONSO: «El concurso del causante, de la herencia y del heredero», en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, 2005.
- CÁMARA ÁGUILA: «Comentario del artículo 182 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, 2004.
- CAZORLA GONZÁLEZ: *El concurso de la herencia*, Ed. Reus, 2007.
- CHAVES RIVAS: «Concurso de acreedores y herencia», en *Jornadas de Derecho Concursal*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 2009.
- DÍEZ SOTO: «La herencia en la nueva Ley Concursal», en *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2006.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA: «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia: una aproximación civilística a la Ley Concursal», en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. 2, 2005.
- GARCÍA VILLAVERDE: «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2004 para la Reforma Concursal*, dir. por GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, Dilex, 2003.
- HIDALGO GARCÍA: «Comentario del artículo 1.2, 40.5, y 182 LC», en *Comentarios de la Ley Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, 2004.
- ILLESCAS: «La persona física concursada: sistemática y normas particulares comunes», en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. 2, Marcial Pons, 2005.
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Sucesiones. Elementos de Derecho Civil*, V, Bosch, 5.ª ed., 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil*, T. 8, Marcial Pons, 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ: «Comentario del artículo 40 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO-BELTRÁN, Ed. Thomson-Civitas, 2004.
- MORETÓN SANZ: «Cuestiones sobre las deudas del causante y el especial supuesto de la responsabilidad del comprador de cuota hereditaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009.
- ORDUÑA MORENO: «Comentario del artículo 182 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, dir.: ROJO-BELTRÁN, Civitas, 2004.
- PARRA LUCÁN: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas (Estudios de Derecho Concursal), 2009.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, 2009, 3.ª ed., sobre la base de *La herencia y las deudas del causante*, Instituto de España, 1967.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ: «Comentario a los artículos 1.2 y 182 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.), Dykinson, 2004.
- RAMS ALBESA: «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de Sucesiones», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009.
- ROCA TRÍAS: «L'herència insolvent», en *Indret*, mayo de 2005.

ROJO: «Comentario al artículo 3 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO-BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson Civitas, 2004.

ROJO-ORDUÑA: «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO-BELTRÁN, T. I, Ed. Thomson Civitas, 2004.

YÁÑEZ VIVERO: *El fallecimiento del concursado*, Estudios de Derecho Concursal, Civitas, 2012.

VIII. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 19 de octubre de 1963 (Sala Primera).
- Sentencia de 10 de noviembre de 1981 (Sala Primera).
- Sentencia de 27 de junio de 2000 (Sala Primera).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 1 de septiembre de 1976.
- Resolución de 27 de diciembre de 1982.

JURISPRUDENCIA CONCURSAL

- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a), de 4 de octubre de 2001.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 4 de Madrid, de 21 de julio de 2005.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 28 de abril de 2006.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008.
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 23 de enero de 2009.
- Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a), de 26 de marzo de 2009.
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de abril de 2009.

RESUMEN

ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA CONCURSO DE LA HERENCIA FALLECIMIENTO DEL CONCURSADO

Habitados a que el deudor concursado sea una persona física o jurídica, resulta inicialmente sorprendente que un conjunto de bienes o patrimonio pueda ser el «sujeto» del procedimiento

ABSTRACT

ACCEPTANCE OF INHERITANCE BANKRUPTCY OF AN ESTATE DEATH OF A BANKRUPT

We have become so accustomed to seeing individuals or legal persons declared bankrupt that we find it startling indeed that a set of property or assets might be the «subject» of bankruptcy proceedings. The Bankruptcy Act of 9

concurzal. La Ley Concursal, de 9 de julio de 2003, se refiere a esta peculiar situación ya en su primer artículo, destinado a regular el «presupuesto subjetivo», estableciendo en el apartado segundo que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente». La norma parte de la opinión dominante en nuestra civilística, según la cual la aceptación pura y simple desencadena la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero que así acepta, convirtiéndose este en ilimitadamente responsable y él sería, por tanto, el sujeto concursado y no la herencia en sí misma. En este trabajo se examina, desde una perspectiva crítica, las consecuencias de esta opinión mayoritaria en el ámbito concursal. E, igualmente, se analiza la repercusión en la práctica concursal de otras cuestiones relacionadas con una herencia concursada, como la legitimación para solicitar su declaración de concurso o los efectos que esta declaración tenga en las facultades patrimoniales de herederos o administradores de la herencia.

July 2003 refers to this very peculiar situation quite early, in article one on the «subjective prerequisite,» the second paragraph of which states, «An estate may be declared bankrupt if not accepted unconditionally». This rule stems from the dominant opinion in Spanish civil law, which is that unconditional acceptance immediately causes the assets and liabilities of the estate to combine with those of the accepting heir, whereupon the heir takes on unlimited liability. The heir, therefore, becomes the subject of bankruptcy, not the estate itself. This paper takes a critical look at the consequences of this, the majority opinion on bankruptcy. It also analyzes how other issues related with an estate in bankruptcy impact bankruptcy proceedings, such as legal standing to apply for estate bankruptcy and the effects an estate bankruptcy application has on the powers of the heirs or estate administrators to handle the assets and liabilities of the estate.

1.5. Obligaciones y Contratos

VALIDEZ DE LA VENTA DE LA TOTALIDAD DE UNA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO DE LOS COMUNEROS SIN CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS: APLICACIÓN DE LA VENTA DE COSA AJENA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2012

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL, DE 28 DE MARZO DE 2012.—III. LA VENTA DE COSA AJENA Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL: 1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. 2. JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA VALIDEZ DEL CONTRATO: CAUSAS. 3. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

La naturaleza del contrato de compraventa viene determinada, en nuestro Derecho, por los siguientes caracteres: es un contrato consensual, bilateral, ya que genera obligaciones recíprocas entre los dos contratantes, oneroso porque implica equivalencia entre las posiciones jurídicas de comprador y vendedor, conmutativo, aunque puede ser aleatorio en ciertos casos, como cuando se trata de cosas futuras y se celebra el contrato a riesgo del comprador, y traslativo del dominio en el sentido de que sirve de título para las transmisiones de propiedad (1).

La naturaleza consensual y meramente obligacional de la compraventa constituye el fundamento de la validez de la venta de cosa ajena, en sintonía con la separación entre negocios de obligación y de disposición sobre la que se asienta nuestro Derecho Patrimonial (2). La compraventa, tal y como la regula nuestro Código Civil, no tiene naturaleza dispositiva, y por lo tanto no constituye elemento esencial del contrato el poder de disposición del vendedor. La razón de la validez de la venta de cosa ajena radica en un sistema de transmisión de los derechos reales que proclama la insuficiencia del contrato para generar el efecto real (3).

Como señala la STS de 20 de febrero de 2004: «Es perfectamente admisible la venta de cosa ajena, pues la compraventa es solo generadora de obligaciones, de manera que la propiedad no se transmite por el simple contrato, sino por este unido a la tradición. La validez de este tipo de venta tiene como límite el supuesto en que haya mediado engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso la posibilidad de la correspondiente indemnización, si la cosa no llega a entregarse. De no mediar tal vicio, el comprador estará protegido por el artículo 34 de la LH».

Las razones expuestas a favor de la validez de la venta de cosa ajena justifican la validez de la venta de cosa común realizada por un comunero aislado. Sin embargo, si tenemos en cuenta el criterio jurisprudencial observamos la incertidumbre existente en esta materia acerca de las consecuencias que genera la falta de poder de disposición. Existen supuestos de ventas de bienes parcialmente ajenos en los que, al igual que en la venta de cosa ajena, existe una falta de poder de disposición, así podemos mencionar la venta realizada por uno de los coherederos de bienes hereditarios, estando pendiente la partición de la herencia, la venta por un copropietario en el condominio ordinario o la venta efectuada por el cónyuge viudo de los bienes gananciales antes de la liquidación de la sociedad de gananciales.

(1) Estos caracteres tienen su reflejo en el artículo 1445 del Código Civil cuando dice que el contrato de compraventa es aquel por el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o en signo que lo represente», aunque sin dejar claro si el vendedor está obligado o no a transmitir el dominio de lo vendido.

(2) CUENA CASAS, M., «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 635, 1996, pág. 1463.

(3) La STS de 14 de abril de 2000 señala: «Es hoy unánime el criterio jurisprudencial favorable a la validez de la venta de cosa ajena, habida cuenta del carácter meramente obligacional de la compraventa (el vendedor no da, sino que se obliga a hacerlo), sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida, y donde caso de ser ajena surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño».

En algunos casos la jurisprudencia en lugar de aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena (4), aplica el artículo 397 del Código Civil, que dice: «Ninguno de los condueños podrá sin consentimiento, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos», precepto que ha sido interpretado tanto por la doctrina (5) como por la jurisprudencia en el sentido de que se necesita la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en esta, no solo comprenden las de índole material, sino también las jurídicas (6). De donde se deduce la nulidad de la venta de cosa común realizada por un comunero aislado por faltar la unanimidad que el mencionado artículo requiere.

En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1985, que en un caso de venta de finca urbana, los compradores solicitan que se declare la validez de la venta realizada por uno de los copropietarios en nombre propio. El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda y declaran nulo el contrato de compraventa, ya que «al pertenecer la cosa a varias personas, ninguno de los condueños puede, conforme al artículo 397 del Código Civil, alterar la cosa común y, como señala la sentencia de 20 de diciembre de 1976, el máximo acto de alteración de la cosa común, como es la enajenación por uno solo de los comuneros, vulnerando la exigencia de la unanimidad requerida para este tipo de actos, determina la sanción de nulidad prevista en el artículo 4 del Código Civil, ya que es contrario a mandato legal expreso y además está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1261 del Código Civil». El TS confirma los razonamientos de la sentencia de instancia, señalando que «la enajenación requiere unanimidad (art. 397 CC), es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que

(4) La doctrina francesa resuelve el problema de la venta de cosa común en el mismo sentido que el de la venta de cosa ajena, es decir, con arreglo al artículo 1599 del Code. Por su parte, el Código Civil italiano en el artículo 1480 se refiere expresamente a la venta de cosa parcialmente ajena a la que resulta de aplicación el artículo 1479 que regula los efectos de la venta de cosa ajena.

(5) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, pág. 279; DELGADO ECHEVARRÍA EN LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2, Barcelona, 1991, pág. 477.

(6) Así las SSTs de 8 de julio de 1988 y de 11 de noviembre de 1991 señalan: «La enajenación de la cosa común como propia supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397, porque esa alteración no solo es alusiva a actos materiales sino también a los jurídicos». En sentido similar, la STS de 23 de diciembre de 1982, dice: «El artículo 397 expresa la prohibición de los condueños, sin el consentimiento de los demás, de hacer alteraciones en la cosa común, término que también emplea la Ley de 1960 y que se utiliza de modo amplio e impreciso, sustitutivo del de disposición que consta de dos clases, una jurídica y otra material, de las que solo la segunda corresponde con el de alteración en sentido estricto, la delimitación de cuyo concepto tiene que ponerse, en relación con el artículo 394, que concede el derecho de servirse de la cosa común, pero siempre con el debido respeto al triple límite que en el mismo se establece, es decir, el destino de la cosa, el interés de la comunidad y el derecho de los demás copropietarios, para estimar que los actos que excedan de dichos límites suponen una alteración a los efectos del artículo 397 del Código Civil».

al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia (7).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA DE LO CIVIL, DE 28 DE MARZO DE 2012

Una vez expuesto el planteamiento objeto de nuestro análisis, pasamos a estudiar la sentencia del TS, de 28 de marzo de 2012, en la que la cuestión jurídica que se plantea consiste en determinar si el contrato privado celebrado en el que se vendieron fincas que constituyen cosa común en situación de *pro indiviso* por uno de los comuneros, es válido y eficaz (8). La sentencia impugnada

(7) Por su parte, MIQUEL CALATAYUD J. M., señala que: «Las sentencias que declaran la nulidad de la venta de cosa común sin la necesaria unanimidad son censurables no solo por no estar de acuerdo con la doctrina correcta en materia de venta de cosa ajena, sino por imponer dicha nulidad absoluta en favor de quien precisamente ha dado lugar a dicha nulidad. Es decir, en favor de los vendedores que afirman contar con el consentimiento del comunero que en realidad no consiente. Resulta sumamente extraño que el artículo 397 sea entonces el que produzca tan injusto resultado. Si un comunero vende la cosa afirmando contar con el consentimiento de los demás, no siendo cierto, no se ve por qué razón el comprador tenga que pasar por la nulidad absoluta del contrato cuando él quiere que por lo menos valga en la parte del comunero que consintió y afirmó que contaba con el consentimiento de los demás», en *Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983, CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 728. En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias de 4 de enero de 1965, 23 de junio de 1976, 14 de marzo de 1983 y 16 de mayo de 1991, entre otras.

(8) En la sentencia de 28 de marzo de 2012, los antecedentes de hecho son los siguientes: El demandante como comprador suscribió un contrato privado de compraventa con una sociedad mercantil, el 30 de julio de 1996, por el que adquiriría una octava parte indivisa de 34 fincas. Antes de que esta compraventa se elevara a escritura pública, la sociedad vendedora celebró un contrato de compraventa con otra sociedad mercantil, el 9 de enero de 2004, por el que esta última adquiriría la totalidad de las 34 fincas. Esta compraventa se elevó a escritura pública y se constituyó una hipoteca sobre las fincas adquiridas.

El demandante como comprador de una octava parte indivisa de las 34 fincas interpuso demanda contra la sociedad vendedora, contra la sociedad compradora de la totalidad de las 34 fincas y contra el banco a cuyo favor se había constituido la hipoteca sobre las fincas y solicitó: 1. Que se reconozca la validez del contrato privado de compraventa de 31 de julio de 1996; 2. Que se declare la propiedad indivisa del demandante sobre una octava parte de las fincas, según lo pactado en el contrato privado de compraventa de 31 de julio de 1996; 3. Que se declare que la propiedad indivisa de las 34 fincas corresponde al demandante y a la entidad vendedora demandada; 4. Que se declare la inexistencia de la compraventa a que se contrae el documento privado de 9 de enero de 2004 o la nulidad, dado que la vendedora, como condómino, no tenía facultades para transmitir el pleno dominio de las fincas; 5. Que se declare la nulidad de la escritura pública de venta de la totalidad de las fincas; 6. Que se declare la nulidad y la cancelación de las inscripciones registrales que traen causa de la misma.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Declaró en síntesis que: 1. La teoría del título y el modo es aplicable en materia de comunidad de bienes y es necesaria la *traditio* para adquirir la propiedad; 2. Que el demandante no ha consumado la compra de una octava parte indivisa de las fincas, la compraventa quedó perfeccionada pero no consumada, existe título pero no va seguido de la tradición; 3. La pasividad del actor en orden a otorgar escritura pública y la falta de realización de actos de dominio llevan a concluir que no fue una venta sino un acuerdo dirigido a la obtención de un beneficio con la posterior venta de las fincas, lo que no implica la nulidad del contrato, si bien no entendido como venta, sino como acuerdo de participación; 4. En consecuencia, se desestiman

ha declarado que la compraventa es nula, dado que al no haberse efectuado la división de la cosa común y permanecer indivisa, al comunero que no intervino en la compraventa le corresponde la propiedad sobre toda la cosa indivisa, por

las pretensiones 2 y 3 de la demanda; 5. Sobre la petición de nulidad del contrato de 9 de enero de 2004, en la medida en que no se adquirió la propiedad por el demandante no ha nacido la acción real a su favor; en consecuencia no hay nulidad del contrato, pues la vendedora seguía teniendo el pleno dominio de las fincas transmitidas.

Contra la sentencia de primera instancia se interpuso recurso de apelación por el demandante. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. Declaró en síntesis que: 1. El contrato de 30 de julio de 1996 es un contrato de compraventa; 2. La necesidad de *traditio*, para transmitir la propiedad, carece de aplicación cuando se trata de la creación de una copropiedad sobre un bien sobre el que se constituyen cuotas ideales que solo se materializan en caso de indivisión; 3. No se puede sostener que por el hecho de no haber otorgado escritura no se haya llegado a adquirir la propiedad, pues por el contrato privado de compraventa el adquirente se ha integrado en la comunidad y el requisito de forma no afecta a la validez de estos contratos; 4. En consecuencia, era necesario el consentimiento del actor para transmitir la totalidad de las fincas; 5. La venta carece de existencia, ya que el demandante no dio su consentimiento; 6. Aunque la segunda compraventa esté inscrita en el Registro, el contrato no está sanado, pues el adquirente no ha obrado con buena fe, ya que conocía la existencia de la venta de la octava parte indivisa efectuada por el demandante.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se ha interpuesto recurso de casación por la representación de la entidad demandada que adquirió la totalidad de las fincas, que ha sido admitido.

La pretensión del recurso está dirigida a la revocación de los pronunciamientos en los que se declara la inexistencia de la compraventa efectuada en documento privado de 9 de enero de 2004 y la nulidad de la escritura pública de compraventa de 12 de marzo de 2004 y se ordena la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. No se cuestiona la validez de la compraventa celebrada el 30 de julio de 1996, por la que adquirió una octava parte indivisa de las 34 fincas, a la que se refería el primer motivo del recurso. Dicha pretensión no se ve afectada por las manifestaciones hechas por la parte recurrida en el escrito de oposición al recurso de casación sobre su consentimiento en la realización de la compraventa que la sentencia de apelación declara nula. En efecto, el consentimiento que manifiesta la parte recurrida tiene carácter parcial, ya que se refiere solo a la venta de las siete octavas partes de las fincas, pero no a la octava parte indivisa que con anterioridad había recibido y por ello es irrelevante y en nada cambia los términos de la controversia. Según dispone el artículo 399 del Código Civil, el condueño puede enajenar su cuota en la cosa común (cuando no se trata de un derecho personalísimo) sin necesidad del consentimiento de los demás condueños. De manera que la sociedad vendedora podía disponer de su cuota de propiedad integrada por las siete octavas partes de las fincas, sin que la eficacia y perfección de esta enajenación esté condicionada a la aceptación de los demás condueños. La enajenación en estas condiciones solo determina, como dice la STS de 9 de mayo de 1995, la posibilidad de los demás titulares de ejercitar los derechos de tanteo o retracto si les interesa.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 447.1 LEC, por infracción, por aplicación indebida del artículo 1300 del Código Civil en relación con los artículos 1261, 1262, 1445 y 1450 del Código Civil». Se alega, en síntesis, que si el demandante había adquirido la propiedad indivisa de una octava parte de las fincas, el contrato privado de 9 de enero de 2004 (en el que la recurrente adquirió la totalidad de las fincas) no puede ser inexistente ni nulo por el hecho de no haberlo consentido el demandante, ya que dicho contrato es una venta de cosa parcialmente ajena y la compraventa de cosa ajena es un contrato válido, aunque no produzca la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, por lo que con mayor razón ha de ser válida la venta de cosa parcialmente ajena. Razones por las que el motivo es estimado.

lo que para su venta era necesario el consentimiento de todos los comuneros. La recurrente sostiene que la compraventa es válida porque es un caso de venta de cosa parcialmente ajena.

El TS ha venido declarando la nulidad de la venta de cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás, siendo distintas las razones en las cuales se ha fundado dicha nulidad. En algunos casos se ha entendido que la nulidad de la compraventa deriva de la carencia de objeto, el cual en el contrato de compraventa está integrado no solo por la cosa sino también por los derechos que radican sobre ella y son objeto de transmisión (9). En otros casos, la nulidad se ha fundado en que la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa es propia de este determina la existencia de un error en el consentimiento (10).

La más reciente jurisprudencia parte para la justificación de esta nulidad de la aplicación de los artículos 327 y 1261 del Código Civil, y considera que la disposición de la cosa común, por uno de los comuneros, comporta una alteración en ella que requiere el consentimiento de los demás (11).

La jurisprudencia, sin embargo, no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (12), en aquellos casos en los que «todos tienen interés en la decisión», ya que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella, sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida (13), de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa. En definitiva, como declara la STS de 3 de febrero de 2009 (14), la nulidad de la venta de cosa común efectuada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los demás, tiene como presupuesto la actuación del vendedor, que dispone de la cosa como único dueño o atribuyéndose indebidamente la representación de los demás comuneros, supuesto en el que por una parte falta el consentimiento de los restantes condóminos (que si se diera validez al título podrían verse despojados de sus cuotas en virtud de una tradición instrumental) y por otra, no cabe escindir el contrato en perjuicio del comprador para obligarle a adquirir solo una participación indivisa cuando la venta se produce por la totalidad.

(9) SSTS de 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963 y 20 de octubre de 1954

(10) SSTS de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924, 8 de marzo de 1929, 7 de abril de 1971, 15 de octubre de 1973, 15 de febrero de 1977 y 6 de julio de 1992.

(11) SSTS de 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998, 13 de noviembre de 2001 y 9 de octubre de 2008.

(12) SSTS de 14 de octubre de 1991 y 3 de febrero de 2009.

(13) STS de 31 de enero de 1994.

(14) La STS de 3 de febrero de 2009 se refiere a la venta de la participación de uno de los comuneros sin el consentimiento de los demás, haciéndose constar en el contrato cuál es su participación y comprometiéndose a adquirir el resto de las participaciones de sus titulares inscribiendo a su favor la titularidad de ellos.

La doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el caso de enajenación por uno de los condóminos, sin el consentimiento de los demás, de la totalidad de la cosa objeto del condominio sufre una excepción cuando atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede aplicar la dogmática de la compraventa de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones. La apreciación de esta excepción está subordinada como se deduce de la jurisprudencia recogida al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado.

En el caso examinado en este proceso, la sentencia de apelación objeto de recurso declara que quienes intervinieron en el contrato de compraventa controvertido conocían la previa adquisición por el demandante en régimen de condominio, de una octava parte de lo que estaba siendo transmitido y este hecho no puede ser alterado en el recurso de casación. Aun así, contribuye a corroborar su relevancia para la interpretación del contrato el hecho de que la parte recurrente haya desistido del primer motivo de casación (cosa que lleva consigo la implícita aceptación de la validez del contrato inicialmente celebrado en el que se enajenó a favor del demandante la octava parte de las fincas controvertidas) y que la parte recurrida haya formulado un titulado «allanamiento» al segundo motivo de casación, contribuyendo a poner de manifiesto que su interés no reclama la anulación del segundo contrato en cuanto no se oponga al reconocimiento de su derecho al condominio de la octava parte de las expresadas fincas.

Por lo tanto, concurren en este caso las circunstancias que determinan frente al efecto más radical de la nulidad, la procedencia de aceptar el carácter puramente consensual y generador de obligaciones en que se basa el criterio jurisprudencial que declara la validez de la venta de cosa ajena (15), con los efectos a que dé lugar, pues no impide el ejercicio de acciones reivindicatorias, de indemnización, de resolución o de saneamiento por quienes se vean afectados. En este punto se estima el recurso y se modifica la sentencia recurrida.

No se puede aceptar, sin embargo, la eficacia real de la compraventa celebrada. La declaración de la inexistencia de estos efectos, que debemos pronunciar en acogimiento parcial de la pretensión formulada en la demanda, lleva consigo la procedencia de cancelar las inscripciones registrales que tienen como presupuesto aquella eficacia real, las cuales se han proyectado sobre la integridad de las fincas objeto de la compraventa, incorporando al Registro de la Propiedad una realidad incompatible con la validez de la primera transmisión de una octava parte indivisa. En este punto se confirma la sentencia recurrida.

En definitiva en este caso, el TS estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, anula en parte la sentencia recurrida y estima parcialmente la demanda declarando: *a)* no ha lugar a declarar la inexistencia del segundo contrato de compraventa; *b)* que dicha compraventa carece de trascendencia real pero produce efectos obligacionales entre las partes; *c)* no procede declarar la nulidad de la escritura pública de dicha compraventa, y *d)* se mantiene el orden de cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad que traen causa de dicha compraventa.

Considero acertado el criterio del TS en este caso, estimando la validez de la venta de la totalidad de cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás mediante la aplicación de la doctrina de la venta de cosa ajena y entiendo que es más acertado en atención al objeto del contrato

(15) STS de 7 de marzo de 1997.

y a la intención de los contratantes que aplicar el régimen jurídico propio que se encuentra tipificado en el artículo 397 del Código Civil al que nos hemos referido antes.

En mi opinión, para resolver el problema de la validez de la venta de cosa común por un solo comunero no es necesario recurrir (16) a la polémica acerca del ámbito de aplicación del artículo 397 del Código Civil, es decir, si este precepto es aplicable o no a los actos de disposición jurídica, ya que la solución al problema planteado es independiente de la posición que se adopte sobre este particular y ello porque aun cuando se admita que los actos de disposición jurídica requieren la unanimidad establecida en el artículo 397 del Código Civil, la venta es un negocio obligacional y no de disposición (17). Esta naturaleza obligacional posibilita la validez de la venta de cosa ajena y *a fortiori*, la de cosa común. En este sentido, señala RODRÍGUEZ MORATA que «la compraventa no transmite, por sí misma, la propiedad de la cosa común, solo puede producir efectos obligacionales entre las partes. De ahí que, en puridad, difícilmente pueda el contrato «alterar» el derecho que corresponde al verdadero propietario de la misma» (18).

Entiendo que las sentencias que declaran nula la venta de cosa común atribuyen a la venta efectos que no tiene en base a lo dispuesto en el artículo 609.2 del Código Civil, confundiendo venta y transmisión. Considerar nula la venta de cosa común por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil conlleva considerar la venta como acto de disposición y en nuestro sistema no tiene esta naturaleza (19).

Tampoco resulta apropiado estimar nula la venta de cosa común por un comunero aislado por falta de consentimiento de los demás comuneros *ex* artículo 1261.1 del Código Civil (20). Este artículo requiere que las partes contratantes

(16) Como hace MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992, pág. 172.

(17) Así lo ha manifestado GARCÍA VALDECASAS en «La comunidad hereditaria», en *AAMN*, t. VII, Madrid, 1953, pág. 265.

(18) RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción*, Ed. Bosch, 1990, pág. 83.

(19) En este sentido, señala LARRONDO LIZÁRRAGA, J., que: «La validez del acto dispositivo no unánime se logra merced al mecanismo de la venta obligacional. El objeto de esta no es un *dare*, sino un *facere*, que consiste en una obligación de adquisición de la propiedad por el disponente a fin de verificar la entrega a favor del otro contratante. La venta de un bien de una herencia indiviso por un coheredero ha de calificarse como venta de cosa ajena, que en sí es válida como justo título para la usucapción ordinaria y produce efectos obligacionales entre las partes (tales como la responsabilidad por incumplimiento y saneamiento por evicción) aunque no provoque inmediatamente un efecto traslativo», en *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, pág. 619. Sin embargo, en mi opinión, la naturaleza obligacional de la compraventa permite mantener su validez, pero no la del acto dispositivo.

(20) Así, la STS de 19 de diciembre de 1985 o la de 29 de abril de 1986 señalan que «no ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas con los requisitos que el artículo 1261 del Código Civil exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar el consentimiento para la enajenación de pleno dominio de unos inmuebles de los que solo corresponde participaciones indivisas». También en la sentencia de 8 de noviembre de 1983, en un supuesto de venta de cosa común, se encuadra la cuestión en el artículo 1261.1 del Código Civil diciendo que «si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o el derecho transmitido carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular, la enajenación realizada por quien carece de poder de disposición, pues ya se entienda

presten su consentimiento en obligarse, el consentimiento de los demás comuneros será necesario para la realización del acto de disposición, pero el contrato celebrado por el comunero vendedor y el comprador es irrelevante para ellos en virtud del principio *res inter alios acta*. Sostener lo contrario implica confundir los conceptos jurídicos venta y transmisión.

Cuestión distinta es que el comunero vendedor no actúe en nombre propio, sino atribuyéndose la representación de los demás, supuesto distinto de la venta de cosa ajena y donde sí existe un problema de consentimiento y no de carencia de poder de disposición, lo que se resuelve mediante la aplicación del artículo 1259 del Código Civil (21).

El análisis de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2012, nos lleva a estudiar la venta de cosa ajena y su interpretación jurisprudencial.

III. LA VENTA DE COSA AJENA Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

El análisis de la venta de cosa ajena, aunque es un tema clásico doctrinalmente, sigue estando de actualidad como lo acredita la gran cantidad de jurisprudencia existente en esta materia. Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del Derecho tradicional y de otros ordenamientos contemporáneos, no contiene ninguna norma que se refiera específicamente a esta cuestión. La doctrina mayoritaria considera que en nuestro Derecho la venta de cosa ajena es válida y eficaz, la solución que demos está íntimamente relacionada con el sistema de transmisión de los derechos que sigamos.

El artículo 609 en su párrafo 2 dice: «La propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», de donde se deriva la insuficiencia en nuestro sistema del contrato para generar por sí solo las mutaciones jurídico-reales. Además, la compraventa regulada en el Código Civil tiene carácter meramente obligacional, sin que exista ningún precepto que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida, y donde, caso de ser ajena, surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño. Sin embargo existe alguna opinión minoritaria y también sentencias del

que se trata de una comunidad o se califique la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1695, regla 4.ª del Código Civil, impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de los pisos sin recabar la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a este, pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría».

(21) En la sentencia de 23 de junio de 1976 la viuda, por sí y en representación de uno de sus hijos que no ostentaba y sus otros dos hijos, vendieron una finca de la que los tres hijos eran nudos propietarios. El comprador demanda la elevación a escritura pública de dicho contrato. El TS declara nulo el contrato de compraventa por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil. En este supuesto la madre se atribuye la representación de uno de sus hijos sin ostentarla, por lo que hubiera sido más correcto aplicar el artículo 1259 del Código Civil. Como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., «Cuando se vende la cosa común y no se especifica que el resto de los copropietarios quedan al margen hay una intención implícita de comprometerlos», en *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 190.

TS que niegan eficacia transmisiva y valor de cumplimiento a la entrega realizada por no dueño (22).

Considero que la clave para admitir la validez de la venta de cosa ajena radica en el sistema de transmisión de los derechos reales existente en nuestro Derecho, que declara la insuficiencia del contrato para la producción de los efectos reales. El sistema contrario tiene su representación en el Derecho francés en el que al seguirse el sistema de compraventa traslativa, el artículo 1599 del *Code* declara nula la venta de cosa ajena. Es interesante destacar la reforma que se ha llevado a cabo en Italia en el Código Civil de 1942, que ha creado una «venta obligatoria» no dispositiva que posibilita la validez de la venta de cosa ajena, no derogando pero sí excepcionando, en determinados supuestos, el sistema de transmisión *solo consensu*. En definitiva, considero que la solución que debe recibir la venta de cosa ajena se encuentra en el sistema de transmisión de los derechos reales y no en la teoría general del contrato.

El hecho de que nuestro sistema de transmisión de los derechos reales sea causalista, no convierte a los contratos en negocios de disposición, ya que en base a lo dispuesto en el artículo 609, no son suficientes para generar el efecto traslativo y por lo tanto no requieren el poder de disposición del transmitente. El hecho de que los mencionados contratos participen en el proceso traslativo ha dado pie a interpretaciones que niegan la validez de la venta de cosa ajena, prescindiendo de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil e imponiendo la vigencia del sistema de transmisión *solo consensu* al justificar la nulidad de la venta de cosa ajena en la regla *nemo dat quod non habet* (23).

2. JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA VALIDEZ DEL CONTRATO: CAUSAS

Existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la ineficacia de la venta de cosa ajena en los siguientes supuestos: A) Por error, vicio invalidante del consentimiento. B) Por concurrencia de dolo. C) Por falta de objeto. D) Por problemas en la causa, como pasamos a analizar.

A) *Por error, vicio invalidante del consentimiento*

Estos casos se caracterizan porque la cosa se ha vendido como propia del vendedor, ignorando el comprador que es ajena y este impugna el contrato alegando haber padecido error consistente en la creencia de que el vendedor era dueño.

La ineficacia de la venta de cosa ajena se ha enfocado, cuando se ignoraba al contratar el dato de la ajenidad, a través de la figura del error de los que el artículo 1266 del Código Civil considera aptos para impugnar el contrato. Así, la sentencia de 8 de marzo de 1929, señala que es obligación del vendedor la transmisión del dominio de la cosa al comprador y que dado que su propósito es adquirirla, debe considerarse viciado por error el consentimiento prestado por quien desconocía que el vendedor había dejado de ser dueño al tiempo de la venta y, por lo tanto, no podía transmitir la propiedad de lo vendido. Siguiendo

(22) SSTS de 26 de marzo de 1984, de 31 de octubre de 1990 y de 17 de noviembre de 1992.

(23) En este sentido, la STS de 5 de julio de 1976.

esta misma línea la sentencia de 15 de octubre de 1973, afirma que incurre en error sustancial aquel que adquiere de quien carece de facultad de disposición sobre lo vendido debido a una anterior enajenación. También podemos mencionar la sentencia de 6 de julio de 1992, en la que tras ponerse de manifiesto que el vendedor no era propietario, se califica el error del comprador como esencial y relevante para invalidar el consentimiento *ex* artículo 1266 del Código Civil.

Aunque no llegue a apreciarse la concurrencia del mencionado vicio en el caso concreto, hay también otras sentencias que prevén la posibilidad de hacerlo valer como causa de ineficacia del negocio cuando se vende una cosa ajena con desconocimiento de esta circunstancia (24).

En las sentencias en las que se elude un pronunciamiento explícito acerca de la polémica cuestión de la transmisión del dominio en la compraventa, se justifica por otros cauces la esencialidad del error, si bien podemos observar que el juzgador tiene muy en cuenta la justa expectativa del comprador a la adquisición de la cosa. Así, la sentencia de 4 de enero de 1989, declara la nulidad de una venta de cosa ajena por error en el consentimiento padecido por el comprador pero referido, más que a la ajenidad que imposibilita la adquisición de lo comprado, a la creencia de que considerándose dueño el comprador podría usar la cosa conforme a su destino.

B) *Por concurrencia de dolo*

La concurrencia de dolo ha sido también uno de los argumentos esgrimidos en el tratamiento jurisprudencial de determinadas hipótesis de venta de cosa ajena, así cuando el error que ha padecido una de las partes es consecuencia del engaño de la otra, se ha contemplado la posibilidad de considerar nulo el contrato celebrado por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1269 y 1270 del Código Civil.

Es el supuesto contemplado en la sentencia de 26 de octubre de 1981, en la que se declara la nulidad de la venta de unos terrenos por dolo de la sociedad vendedora, ya que existiendo indicios para creerla propietaria (como es que obrara en su poder una escritura de compra de dichos terrenos), esta ocultó y omitió los datos que demostraban que ya no lo era. El problema se trata también en la sentencia de 21 de mayo de 1992, en la que el TS ante la «ocultación maliciosa» por parte de las vendedoras del carácter ajeno de la cosa, se muestra partidario de apreciar «el posible vicio del consentimiento por dolo».

C) *Por falta de objeto*

La jurisprudencia ha venido negando la validez de la venta de cosa ajena en los casos en que en el contrato falta el objeto, intentando por esta vía dejar a salvo el derecho de propiedad del vendedor que trata de recuperar o no perder la cosa que ha sido vendida por otro. Dentro de este grupo podemos citar las SSTs de 1 de junio de 1948, 23 de junio de 1951, 20 de octubre de 1954, 25 de febrero de 1972, 9 de mayo de 1980 y 11 de abril de 1992. No a los efectos de

(24) SSTs de 19 de diciembre de 1946, de 7 de abril de 1971, de 15 de febrero de 1977, de 27 de mayo de 1982 y de 5 de mayo de 1983.

declarar nulo el contrato, sino para eximir al comprador del cumplimiento del mismo ante el requerimiento del vendedor; se considera también que en la compraventa celebrada falta el objeto en la sentencia de 26 de junio de 1924: «...de los elementos personales, reales y formales que han de concurrir conjuntamente para la perfección del contrato de compraventa, solo concurren los elementos reales, porque respecto a la existencia de la cosa, era de ajena pertenencia la que sin derecho, ofreció el vendedor».

Existen autores (25) que consideran que la falta de objeto no es una solución técnicamente correcta, ya que la «disponibilidad» ni es un requisito que venga exigido en el Código Civil para dar nacimiento al contrato, ni tampoco podría serlo, ya que ello supondría tanto como requerir que en el momento del contrato se dieran los elementos necesarios para el traspaso del dominio y esto no es sostenible en un sistema como el nuestro donde rige la teoría del título y el modo. La «ajenidad», por tanto, se conozca o no, no convierte la cosa en objeto inhábil para la perfección de la compraventa: la cosa existe y sirve, aun siendo ajena, como objeto de contrato. En todo caso, y ya que la disponibilidad del vendedor fue tenida en cuenta para la celebración del contrato, podría enfocarse como un supuesto de error en el objeto o en sus cualidades esenciales, solución esta más acorde con el conjunto de principios que informan el Derecho Patrimonial español.

A pesar de lo expuesto y del escaso apoyo doctrinal a la tesis de la inexistencia de objeto, esta ha sido frecuentemente utilizada por el TS como determinante de la nulidad de la venta de cosa ajena, si bien la mayoría se ocupan de resolver no un conflicto *inter partes* contratantes, sino frente a un tercero, el *verus dominus* que no ha intervenido en el contrato cuya nulidad se declara. Aunque los supuestos que se contemplan son muy variados, el problema de fondo que se plantea no es el de la posible patología del título, sino el de la posible eficacia del contrato celebrado frente a dicho tercero. En definitiva, lo que se quiere conseguir es que el *dominus* recupere o no pierda el bien de su propiedad que ha sido vendido por otro.

D) *Por problemas en la causa*

Existen diferentes sentencias del TS en las que se plantea la venta de cosa ajena como un problema causal, las cuales tienden a la protección del propietario, con la particularidad de adivinarse una maniobra fraudulenta de los contratantes, encontrándose el propietario en una situación especial de desprotección (minoría o incapacidad).

Así en la sentencia de 25 de marzo de 1988 se afirma, respecto de la venta de unos bienes no pertenecientes en su totalidad al vendedor, que «el título o títulos otorgados en estas condiciones... eran nulos o inexistentes por falta de objeto, puesto que se vendía o donaba cosa de no pertenencia exclusiva del transmitente y con incidencia en la causa negocial (arts. 1261, 1274 y 1275 CC)». La Sala pone de manifiesto la interconexión existente entre todos los elementos del contrato, lo cual implica que los problemas de uno repercutan en el otro.

(25) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., «Venta de cosa ajena: ¿validez o nulidad?», en *Colección de Jurisprudencia Práctica*, ed. Tecnos, 1994, pág. 20.

Tampoco puede tratarse en este caso de un posible error sobre la causa, puesto que vendedor y comprador conocían la ajenidad de la cosa. Sin embargo y en base a que de las circunstancias que rodean el supuesto se observa una maniobra fraudulenta por parte de ambos contratantes (el vendedor es el padre de los compradores, quienes tras la venta, inmatriculan y revenden a un tercero) podría haberse resuelto la cuestión a través de la causa ilícita. La interconexión entre todos los elementos del contrato, así como la confusión entre el objeto y la disponibilidad del mismo, se aprecia también en la sentencia de 19 de diciembre de 1985, en la que también subyace el posible perjuicio a un tercero, en este caso un incapacitado, copropietario de la cosa vendida por el otro comunero sin contar con la autorización de los órganos tutelares. El TS considera que no es viable ni tan siquiera la validez parcial del contrato (se aplique o no la teoría de la venta de cosa ajena) «por cuanto que el objeto de la compraventa, la finca urbana, lo fue como unidad física o jurídica y habiendo recaído el consentimiento de los contratantes sobre ese objeto como tal, ello trasciende a la infraestructura causal del negocio viciándolo de nulidad radical en base a los artículos 1261 y 1275 del Código Civil, al no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de derechos que ostenta residualmente el copartícipe».

En la sentencia de 14 de marzo de 1983 se declara «la ilicitud de la causa de la intentada compraventa como resultante de una convención en que la vendedora, carente de título de dominio dispone a favor de persona concedora de esa carencia o al menos que con manifiesta negligencia no se cerciora de la comprobación del derecho de que se disponía en perjuicio de otro, con todo lo cual se infringió el artículo 1275 en relación con el 1261.3 del Código Civil». La ilicitud causal que decreta el Tribunal se apoya en la ajenidad junto a la intención de perjudicar al *versus dominus*. En estos casos en que se recurre a la causa, no se está resolviendo en función del interés de las partes contratantes, se conocía la ajenidad y lo que se pretende realmente es la protección de los intereses de un tercero que no ha intervenido en el contrato pero puede resultar perjudicado por sus efectos.

3. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA

Es prácticamente unánime el criterio jurisprudencial favorable a la validez de la venta de cosa ajena teniendo en cuenta el carácter meramente obligacional que tiene la compraventa en nuestro Derecho, sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida y donde, caso de ser ajena, surgirá el derecho a la correspondiente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño (26). En similares términos se expresan las sentencias de 31 de diciembre de 1981, 27 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1983, 13 de octubre de 1984, 12 de abril de 1982, 28 de noviembre de 1986, 14 de octubre de 1991, 16 de noviembre de 1992, 31 de diciembre de 1997 y 20 de febrero de 2004, entre otras.

El fundamento de la validez de la venta de cosa ajena radica en esta naturaleza meramente obligacional que tiene la compraventa en nuestro Derecho, como tantas veces ha señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia y la razón de

(26) STS de 25 de octubre de 1996.

su validez está conectada a un sistema de transmisión de los derechos reales que proclama la insuficiencia del contrato para generar el efecto real.

Nuestro sistema traslativo, basado en la existencia del título y el modo, permite que quien no es propietario pueda obligarse a transmitir lo que en su momento espera adquirir; ello no es posible en los ordenamientos que acogen el sistema moderno de transmisión *solo consensu*. El título y el modo posibilita la venta de cosa ajena con una eficacia que se concreta en la creación de obligaciones, respetando el esquema básico de la compraventa y sin necesidad de acudir a la compraventa condicional o a término, siendo el evento dilatorio la efectiva adquisición de la propiedad de la cosa por el vendedor (27) o la promesa de compraventa que es el argumento utilizado por las sentencias de 31 de enero de 1921 y 1 de marzo de 1949, a fin de mantener la validez del contrato celebrado.

La limitada eficacia del contrato permite considerar válida la venta aún cuando la cosa sea ajena y su valor como título de adquirir siempre y cuando aquella se haya realizado con plena consciencia de la ajenidad y no persiga una finalidad jurídicamente reprobable, en definitiva cuando reúna los requisitos propios del contrato regulados en los artículos 1261 y siguientes del Código Civil.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CUENA CASAS, M.: «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 635, 1996, págs. 1433 a 1477.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, C.: *Venta de cosa ajena: ¿validez o nulidad?*, Colección Jurisprudencia Práctica, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: *Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa*, Ed. Reus, Madrid, 2009.
- JUÁREZ TORREJÓN, A.: *Principio de fe pública versus tutela aquiliana de los titulares de derechos no inscritos sobre bienes inmuebles*, Ed. Colegio de Registradores, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2005.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994.
- MÉNDEZ APENELA: «La venta de común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992, pág. 172.
- MIQUEL CALATAYUD, J. M.: «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», en *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 728.
- PÉREZ GURREA, R.: «La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 2011, págs. 1143 a 1159.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Venta de cosa ajena y evicción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- RUBIO GARRIDO, T.: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1993.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Comentario del Código Civil (arts. 333 a 608)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

(27) Como ocurre en las SSTs de 10 de marzo de 1980, 18 de marzo de 1980 y 5 de mayo de 1983.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de abril de 1912.
- STS de 31 de enero de 1921.
- STS de 26 de junio de 1924.
- STS de 8 de marzo de 1929.
- STS de 28 de diciembre de 1932.
- STS de 1 de junio de 1948.
- STS de 1 de marzo de 1949.
- STS de 23 de junio de 1951.
- STS de 20 de octubre de 1954.
- STS de 31 de enero de 1963.
- STS de 4 de enero de 1965.
- STS de 7 de abril de 1971.
- STS de 25 de febrero de 1972.
- STS de 15 de octubre de 1973.
- STS de 23 de junio de 1976.
- STS de 5 de julio de 1976.
- STS de 20 de diciembre de 1976.
- STS de 15 de febrero de 1977.
- STS de 10 de marzo de 1980.
- STS de 18 de marzo de 1980.
- STS de 9 de mayo de 1980.
- STS de 26 de octubre de 1981.
- STS de 23 de diciembre de 1982.
- STS de 14 de marzo de 1983.
- STS de 5 de mayo de 1983.
- STS de 8 de noviembre de 1983.
- STS de 26 de marzo de 1984.
- STS de 19 de diciembre de 1985.
- STS de 29 de abril de 1986.
- STS de 25 de marzo de 1988.
- STS de 8 de julio de 1988.
- STS de 4 de enero de 1989.
- STS de 25 de mayo de 1990.
- STS de 23 de octubre de 1990.
- STS de 31 de octubre de 1990.
- STS de 16 de mayo de 1991.
- STS de 14 de octubre de 1991.
- STS de 11 de noviembre de 1991.
- STS de 11 de abril de 1992.
- STS de 21 de mayo de 1992.
- STS de 6 de julio de 1992.
- STS de 16 de noviembre de 1992.
- STS de 30 de junio de 1993.
- STS de 31 de enero de 1994.
- STS de 9 de mayo de 1995.
- STS de 25 de octubre de 1996.
- STS de 7 de marzo de 1997.
- STS de 31 de diciembre de 1997.
- STS de 24 de julio de 1998.

- STS de 14 de abril de 2000.
- STS de 13 de noviembre de 2001.
- STS de 20 de febrero de 2004.
- STS de 26 de febrero de 2008.
- STS de 9 de octubre de 2008.
- STS de 3 de febrero de 2009.
- STS de 1 de abril de 2009.
- STS de 23 de junio de 2009.
- STS de 19 de febrero de 2010.
- STS de 28 de marzo de 2012.

RESUMEN

**VENTA DE COSA COMÚN
POR UNO DE LOS COMUNEROS
SIN CONSENTIMIENTO
DE LOS DEMÁS
VENTA DE COSA AJENA**

A propósito de la sentencia del TS, de 28 de marzo de 2012, la cuestión jurídica que analizamos es si la venta de la totalidad de la cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás es válida y eficaz. La jurisprudencia del TS en diferentes sentencias había declarado su nulidad fundándola en la carencia de objeto, ya que el contrato de compraventa está integrado no solo por la cosa, sino también por los derechos que radican sobre ella y que son objeto de transmisión; en otras ocasiones basa la nulidad en que la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa es propia de este, determina la existencia de un error en el consentimiento y la jurisprudencia más reciente, aplica los artículos 397 y 1261 del Código Civil y considera que la disposición de la cosa común realizada por uno de los comuneros comporta una alteración en ella que requiere el consentimiento de los demás.

En esta sentencia el TS declara que la doctrina general de nulidad sufre una excepción cuando atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena y, en conse-

ABSTRACT

**SALE OF JOINTLY OWNED
PROPERTY BY ONE JOINT
OWNER WITHOUT
THE OTHERS' CONSENT
SALE OF ANOTHER'S PROPERTY**

The legal issue dealt with here is the same as in the Supreme Court's ruling of 28 March 2012: whether the sale of an entire item of jointly owned property by one of its joint owners without the others' consent is valid and good. Supreme Court case law, in the form of various rulings, has declared such sales void. The grounds: lack of proper object, since the sales agreement covers not only the thing, but also the transferred rights in the thing. On other occasions the grounds are that the buyer's and seller's shared belief that the thing belongs to the seller causes an error in consent. The most recent case law applies articles 397 and 1261 of the Civil Code and holds that disposal of the jointly owned thing by one of the joint owners entails an alteration of the thing that requires the consent of all the other joint owners.

In this ruling the Supreme Court declares that, while the general rule is that such sales are void, an exception is made when, in view of the object of the agreement and the intention of the parties to the agreement, it is in order to apply the dogmatics of the sale of another's property. In such cases the sale is good on the grounds of the purely

cuencia admite la validez de la misma en base al carácter puramente consensual y obligacional que tiene la compraventa en nuestro Derecho.

obligational, consensus-based nature of sales in Spanish law.

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD CIVIL FARMACÉUTICA DERIVADA DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS SANITARIOS: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO Y LA OMISIÓN EN EL PROSPECTO DE LOS EFECTOS SECUNDARIOS

por

ARACELI DONADO VARA
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CAMBIANTE MARCO LEGISLATIVO DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS.—III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONSUMO O USO DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS SANITARIOS Y DERECHO DEL CONSUMO: PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS LEGALES.—IV. EL PERJUDICADO POR EL CONSUMO O USO DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS SANITARIOS.—V. ALGUNOS SUPUESTOS DAÑOSOS VENTILADOS EN SEDE JUDICIAL: PRÓTESIS MAMARIAS Y MARCAPASOS DEFECTUOSOS, Y EL CASO DEL MEDICAMENTO AGREAL: 1. EL CASO AGREAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2012. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2012.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

A raíz de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de daños ocasionados por la ingesta y tratamiento de ciertos medicamentos cuyos prospectos no contenían toda la información que los pacientes debieran haber conocido para tratar de un modo más satisfactorio sus dolencias y enfermedades, nos ha parecido conveniente analizar y revisar la situación sobre responsabilidad civil farmacéutica.

De este modo, en las siguientes líneas se abordará el panorama legal y jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual originada por estos medicamentos. Asimismo, estudiaremos idénticas cuestiones en ciertos productos sanitarios, capaces de generar también daños en los consumidores y usuarios. Corresponde, por tanto, valorar si se trata de controversias reguladas por el Derecho del Consumo (y por tanto a la que le sería de aplicación la normativa especial recogida en el actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios (1) (en adelante, TRLCU) o si, por el contrario, debe resolverse esta problemática aplicando los criterios generales de responsabilidad civil previstos en nuestro Código Civil.

II. EL CAMBIANTE MARCO LEGISLATIVO DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

La Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, vino a derogar la anterior Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (2). Ya en esta última, su Exposición de Motivos advertía sobre la necesidad de dotar a la sociedad española de un instrumento institucional que le permitiera esperar con confianza que los problemas relativos a los medicamentos fueran abordados por cuantos agentes sociales se vieran involucrados en su manejo (industria farmacéutica, profesionales sanitarios, poderes públicos y los propios ciudadanos), en la perspectiva del perfeccionamiento de la atención a la salud.

Pues bien, en la nueva Ley de 2006, se señala que los quince años transcurridos desde la aprobación de la citada Ley permiten afirmar que se ha alcanzado en gran parte el objetivo pretendido consagrándose la prestación farmacéutica (que comprende los medicamentos, productos sanitarios y el conjunto de actuaciones para que los pacientes los reciban y utilicen de un modo adecuado a sus necesidades clínicas, en las dosis requeridas, durante el tiempo adecuado, siendo informados para su uso correcto y con el menor coste) como una prestación universal. En estos años se ha producido una descentralización sanitaria prevista en la Ley General de Sanidad de 1986. Por lo tanto, todas las Comunidades Autónomas desde el año 2002 tienen transferidas y han asumido las funciones que venía desempeñando y los servicios que venía prestando el Instituto Nacional de Salud, lo que supone una descentralización completa de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, incluida la de la prestación farmacéutica, como bien nos recuerda la Exposición de Motivos de esta Ley de 2006. En esta norma citada también se han recogido las Directivas Europeas que afectan a esta materia del sector farmacéutico, siendo por tanto necesario incorporar los dictados europeos a nuestra legislación interna.

Y así, en concreto, la Ley de 2006 incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un Código Comunitario sobre Medicamentos de Uso Humano, y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE, por la que se establece un Código Comunitario sobre Medicamentos Veterinarios. Además, también asegura la armonización de nuestra normativa con el Reglamento (CE) número 726/2004, por el que se Establecen los Procedimientos Comunitarios para la Autorización y el Control de los Medicamentos de Uso Humano y Veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos.

(1) 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.

(2) Vid. *BOE* núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

Igualmente, la Ley integra el Plan Estratégico de Política Farmacéutica para el Sistema Nacional de Salud, en el que se disponen estrategias para intensificar el uso racional de los medicamentos (por ejemplo, las orientadas a ofrecer una información de calidad, periódica e independiente a los profesionales, a garantizar una formación sobre uso racional de los medicamentos a los profesionales sanitarios, al refuerzo de la exigencia de la receta médica como documento imprescindible para la seguridad del paciente o las referidas a la modificación de los prospectos de los medicamentos para hacerlos inteligibles a los ciudadanos, ayudando a la consecución de la necesaria adherencia al tratamiento para que pueda alcanzarse el éxito terapéutico previsto por el médico con la imprescindible cooperación del farmacéutico). Esta Ley también confiere protagonismo a la farmacovigilancia del Sistema Nacional de Salud, incorporando el término de farmacoepidemiología y gestión de los riesgos, y la garantía de seguimiento continuado del balance beneficio/riesgo de los medicamentos autorizados.

Así las cosas, esta es la norma en vigor, si bien debemos mencionar que ha sido modificada por el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de Medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (3); por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (4), y el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de Racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud (5). Finalmente la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo único, afecta ligeramente a algún artículo de la Ley de 2006 (6), y así amplía a otros profesionales sanitarios, como son los enfermeros y podólogos, la facultad de ordenar la prescripción de determinados medicamentos y productos sanitarios, por lo que ya no serán únicamente los médicos y odontólogos los prescriptores o autorizadores de la dispensación de medicamentos y otros productos sanitarios, como recogía el artículo 77 de la Ley de 2006.

Por otra parte, debemos destacar la creación de la Agencia Española del Medicamento, a través de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (7), en sus artículos 89 a 98. Sin embargo, esta Agencia pasará a tener un carácter estatal (suprimiéndose, por tanto, el anterior organismo autónomo con idéntica denominación) mediante el Real Decreto

(3) Vid. Medidas relativas a la prestación farmacéutica. Artículo 1, Modificación de la Ley 29/2006.

(4) (BOE núm. 126, de 24 de mayo). Vid. Artículo 12, que modifica la Ley 29/2006.

(5) (BOE núm. 75, de 27 de marzo). Vid. Disposición Final segunda que modifica la Ley 29/2006.

(6) En su artículo único se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 3; el apartado 1 del artículo 77; el apartado 3 de la Disposición Adicional sexta; la Disposición Adicional duodécima. En esta Ley 28/2009, se incluye el principio básico de cooperación multidisciplinar dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, dándoles mayor protagonismo a algunos profesionales como enfermeros y podólogos.

(7) (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1997). En la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1998), concretamente, en su artículo 77 se amplían las competencias de la Agencia Española del Medicamento.

1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal «Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios» [en adelante, AEMPS (8)] y se aprueba su Estatuto (9).

El artículo 6 del Real Decreto 1275/2011, establece el objeto de esta Agencia, consistente en «garantizar que tanto los medicamentos de uso humano como los de uso veterinario y los productos sanitarios, cosméticos y productos de higiene personal cumplan con estrictos criterios de calidad, seguridad, eficacia y correcta información con arreglo a la normativa vigente sobre dichas materias en el ámbito estatal y de la Unión Europea» (10). La nueva estructura organizativa de esta Agencia estatal le permitirá, y así se dispone en esta norma, incrementar las garantías de salud pública a la sociedad mediante una gestión más eficaz, de mayor calidad y transparencia, con un mejor funcionamiento interno y con un aumento de la capacidad de generar ingresos.

La AEMPS en su misión de control y de asegurar la seguridad, eficacia, y correcta información de los medicamentos y productos sanitarios, para la protección y promoción de la salud de las personas y de los animales, publica mensualmente una serie de «alertas», «notas informativas» y «notas de seguridad», relativas a ciertos productos que pueden ser perjudiciales para la salud o que pueden ocasionar daños, siendo variadas, por lo tanto, las medidas que se toman y que van desde la retirada de la puesta en circulación del producto hasta la simple información de que existe el desabastecimiento de un producto, de los posibles efectos adversos de un medicamento, la información y consejo sobre el buen uso de los medicamentos en caso de ola de calor; o simplemente se informa de las diferentes actuaciones de la Agencia.

La definición de «medicamento» nos la proporciona la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 7.1: «Solo serán medicamentos los que se enumeran a continuación:

- a) Los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial.
- b) Las fórmulas magistrales.
- c) Los preparados oficinales.
- d) Los medicamentos especiales previstos en esta Ley.

2. Tendrán el tratamiento legal de medicamentos a efectos de esta Ley y de su control general las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales».

En la actualidad, la definición de «producto sanitario» nos la da la Directiva 2007/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 90/385/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos sanitarios implantables activos; la Directiva 93/42/CEE del Consejo, relativa a los productos sanitarios, y la Directiva 98/8/CE, relativa a la comercialización de biocidas.

En el artículo 1 de la mencionada Directiva 2007/47/CE, se recoge la modificación del artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 90/385/CEE, que ya plas-

(8) Para más información, vid. <http://www.aemps.gob.es/>

(9) (BOE núm. 229, de 23 de septiembre).

(10) Reenviamos al lector al artículo 7 de este Real Decreto donde se recogen las competencias de la Agencia.

mó esta definición, pasando a ser actualmente «producto sanitario»: «cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, junto con cualquier accesorio, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de:

- diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad;
- diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia;
- investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico;
- regulación de la concepción; y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios».

El ordenamiento jurídico español ha traspuesto la regulación europea actual mediante el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios (11), siendo la definición de producto sanitario a los efectos de esta norma la plasmada en su artículo 2.a): «Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1.º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad. 2.º Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia. 3.º Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. 4.º Regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios».

(11) (BOE núm. 268, de 6 de noviembre). En este Real Decreto se recogen las Directivas europeas dictadas al efecto y, por lo tanto, deroga el anterior Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios y sus sucesivas modificaciones, donde se regulaba esta materia. No será de aplicación este Real Decreto según recoge su artículo 3, apartado 9: «a) Los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*. b) Los productos sanitarios implantables activos. c) Los medicamentos. La decisión sobre si un determinado producto está regulado por el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, o por la presente disposición se tomará teniendo en cuenta, fundamentalmente, el modo de acción principal del producto. d) Los productos cosméticos. e) La sangre humana, los productos derivados de la sangre humana, el plasma o las células sanguíneas de origen humano y los productos que en el momento de su puesta en el mercado contengan dichos productos derivados de la sangre humana, plasma o células sanguíneas, con excepción de los productos referidos en el apartado 5. f) Los órganos, los tejidos o las células de origen humano y los productos que incorporen tejidos o células de origen humano o deriven de ellos, con excepción de los productos referidos en el apartado 5. g) Los órganos, los tejidos o las células de origen animal, excepto en los casos en que un producto haya sido elaborado con tejidos animales que hayan sido transformados en inviables o con productos inviables derivados de tejidos animales».

Al tratar esta materia, también debemos mencionar otros productos que se engloban aquí: los «productos sanitarios activos» y los «productos sanitarios implantables activos», dos ejemplos comunes de este producto serían los marcapasos y los implantes cocleares para restablecer y mejorar la sordera. Las definiciones de lo que serían estos productos las encontramos en el Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos (12), en vigor desde el 21 de marzo de 2010.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONSUMO O USO DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS SANITARIOS Y DERECHO DEL CONSUMO: PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS LEGALES

Un medicamento o un producto sanitario puede generar unos daños en el paciente que los consume o los usa, de ahí que esta responsabilidad civil también puede ser regulada y analizada por el Derecho del Consumo. De modo que si el paciente es considerado consumidor y usuario, habrá que acudir al TRLCU para conocer su ámbito de aplicación y determinar cuándo estamos ante un consumidor y usuario que ha sufrido un daño ocasionado por estos bienes (13).

Sabido es que el Libro III del TRLCU tiene por objeto la «Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos» (arts. 128 a 149), ordenamiento aplicable si finalmente el paciente es un consumidor; si el medicamento o producto sanitario entra dentro de la definición «producto» a los efectos de esta norma, y si para concluir se trata de un daño ocasionado por un defecto en este producto. En este sentido, diversas son las cuestiones que habría que analizar, como acabamos de exponer, para que fuera de aplicación esta norma ante un supuesto de daño ocasionado por un medicamento o producto sanitario. De ahí que habrá que ventilar qué se entiende por consumidor y usuario, y después por «producto defectuoso», con la finalidad de constatar si resulta de aplicación esta norma específica, caso de que concurra responsabilidad civil ocasionada por un producto defectuoso.

En el artículo 136 del TRLCU se establece lo que se entiende por producto a los efectos de este capítulo, que no es otro que el primero, «Daños causados por productos», dentro del Título II, «Disposiciones específicas en materia de responsabilidad». Y así producto (14) será cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad. Se tratará, pues, de un bien mueble, aunque se amplía a los denomi-

(12) (BOE núm. 268, de 6 de noviembre). Esta norma deroga el anterior Real Decreto 534/1993, de 3 de mayo, sobre productos sanitarios implantables activos, que estuvo en vigor hasta el 21 de marzo de 2010.

(13) En principio habrá que acudir a los artículos 2 y 3 de la norma, y así se dispone en ellos: Artículo 2: «Ámbito de aplicación. Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Y en su artículo 3: «Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». En los Libros Tercero y Cuarto se recoge la «Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos» y «Viajes combinados».

(14) Con estas normas, como acertadamente sostiene RODRÍGUEZ LLAMAS, «el elemento determinante de la responsabilidad deja de ser el comportamiento del fabricante como tal, centrándose sobre la cualidad defectuosa del producto» (*Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 161).

nados bienes inmuebles por incorporación, que esta específica norma mantiene que son muebles (15).

Las materias primas agrarias, ganaderas y de la caza y pesca estarán excluidas del ámbito de aplicación si no están sometidas a un proceso de transformación inicial. Los productos artesanales también están incluidos, a pesar de no estar sujetos a una producción mecanizada o en serie. Igualmente la sangre y los hemoderivados utilizados con fines terapéuticos son calificados de medicamentos, por lo cual, son productos y les afecta esta norma (16). En conclusión, los productos farmacéuticos, ya sean medicamentos o productos sanitarios al ser bienes muebles y no estar expresamente excluidos por la norma, entran dentro del concepto de producto a los efectos de la disposición, siéndoles de aplicación la regulación allí recogida.

Una vez expuesta la definición de producto, se dispone lo que se entiende por producto defectuoso en el artículo 137 del TRLCU. En concreto, será «aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación».

En todo caso, el producto será defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. En la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por daños causados por productos defectuosos (17) (en adelante, LRCPD) se recogió el criterio de la «expectativa de seguridad» (siguiendo el criterio contenido en la Directiva), y así ya en su Exposición de Motivos estableció que «la determinación del carácter defectuoso de un producto debe hacerse en función no de la ineptitud del producto para su uso, sino de la falta de seguridad que el gran público puede legítimamente esperar». Por lo cual, se tratará de valorar a la vista de lo que el público —el consumidor o usuario medio— puede esperar, al ser la expectativa de seguridad medida con criterios objetivos (y no con los propios y subjetivos del sujeto dañado), si ha habido un riesgo en la seguridad o no (18). En realidad, se trataría,

(15) A diferencia del criterio general del Código Civil que en su artículo 334 establece la norma inversa, esto es, que será inmueble «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto». Para una mejor comprensión del Derecho del Consumo puede consultarse la obra de mi maestro, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

(16) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1998, relativa a una infección causada a una mujer con el virus del SIDA por una transfusión de sangre, que produce el nacimiento prematuro de su hijo y el posterior fallecimiento de este. Se establece la responsabilidad objetiva y directa del Servicio Andaluz de Salud, por la falta de realización de las pruebas en la detección del virus, siendo de aplicación el artículo 28 de la LCU, así como el artículo 1903.4 del Código Civil (responsabilidad de las Administraciones Públicas por las lesiones sufridas a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos). Igualmente, véase el comentario que realiza PLAZA PENADÉS a esta resolución: «Responsabilidad civil por contagio de Sida en transfusión sanguínea (Comentario a la STS de 28 de diciembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3/1999, págs. 267 a 278.

(17) (BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994).

(18) Así lo establece CALVO ANTÓN, quien considera que en la determinación de si un producto ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar habrá que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el producto y en su uso o consumo. En concreto, la presentación del producto, su información, el precio (a mayor precio se esperará mayor

por lo tanto, más bien de un defecto de fabricación, siendo necesario que exista un defecto y que este, a su vez, produzca un daño probado para que hablemos de producto defectuoso. En relación con el producto, el defecto podrá deberse a cualquiera de los tres tipos de defecto que se pueden dar: de fabricación, de diseño o de información.

Ejemplos de daños que ocasionan estos productos son múltiples y variados, así, un prospecto incompleto en cuanto a los efectos adversos que ocasiona el medicamento; o también un medicamento que no haya sido convenientemente controlado y produzca daños en los pacientes; o un implante de prótesis mamaria que puede ocasionar daños por un defecto en el componente o gel que pueda romperse o irritar a la paciente; un andador que debido a un defecto en su diseño no es estable... la casuística en este ámbito es variada y amplia. A continuación veremos algunos pronunciamientos de nuestros tribunales sobre estos productos y cómo han resuelto la controversia planteada.

Interesa traer a colación aquí que, como bien señala el artículo 128 del TRLCU, las indemnizaciones a las que pudiera tener derecho el perjudicado o víctima por la aplicación de esta norma, no impide la interposición de otras acciones para hacer valer el derecho al resarcimiento y las indemnizaciones por daños y perjuicios, incluidos los morales, y que nazcan de una responsabilidad contractual provocada por la falta de conformidad de los bienes o servicios o, en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. A mayor abundamiento también resulta compatible con la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar de conformidad a los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

IV. EL PERJUDICADO POR EL CONSUMO O USO DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS SANITARIOS

El producto defectuoso puede ocasionar daños a cualquier persona, con independencia de que sea su consumidor (19) o no, entendido este como destinatario final del producto. De ahí que el TRLCU, siguiendo lo preceptuado por la LPD, ha mantenido la extensión a cualquier persona que sufra un daño ocasionado por un producto defectuoso, calificándolo, pues, de «perjudicado», sin más adjetivos, se incluirán aquí los terceros ajenos al consumo (*by-stander* en terminología ya consagrada en este ámbito) (20). El *by-stander* es aquella persona, no consumi-

seguridad), lugar y forma de venta... En conclusión, todas las circunstancias que puedan concurrir en la formación de «la expectativa de fiabilidad son relevantes para determinar esa defectuosidad del producto consistente en no ofrecer la seguridad que cabría legítimamente esperar» («La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 1994, pág. 38).

(19) En el Preámbulo de este texto menciona que consumidor o usuario «es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros». Y en concreto, recoge el artículo 3 el concepto general de consumidor y usuario, sin perjuicio de lo dispuesto en los Libros Tercero y Cuarto, el primero de ellos es el relativo a la materia que ahora tratamos, «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», que lo serán las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

(20) Con la finalidad de imponer al productor las consecuencias de la falta de seguridad de su producto, hay que inclinarse por la aplicación del régimen de responsabilidad a

dora, pero que es dañada por los defectos provocados por un bien consumido o usado por otra persona. Esta persona, que ha sufrido un daño, también debe ser protegida, debiéndosele, por tanto, indemnizar por los daños y perjuicios sufridos.

Resulta, sin embargo, necesario distinguir los diferentes y posibles daños que puede ocasionar el bien defectuoso, al poder igualmente variar el sujeto que los sufre. Y en este sentido, recoge el artículo 129 del TRLCU, que los daños pueden ser de dos tipos o clases: personales y materiales. Los daños personales consisten en la muerte y en las lesiones corporales que pueda sufrir cualquier persona, y le serán resarcidos con independencia de su condición de consumidor.

No obstante, la situación es diferente tratándose de daños materiales, porque la norma exige, en este caso, que se dé un doble requisito. En concreto, un primer presupuesto es que los daños afecten a bienes o a servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados, siendo el segundo que en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. En conclusión, en relación con los bienes materiales únicamente se protege al consumidor que al usarlos o consumirlos sufrió el defecto.

El sujeto perjudicado que haya sufrido un daño en el bien o en su persona, para obtener la reparación de los daños ocasionados y verse resarcido, deberá probar la existencia del defecto, del daño y de la relación de causalidad existente entre ambos. Lo que sucede es que para ciertos productos la prueba del daño será, cuando menos, difícil, sobre todo en aquellos productos o bienes que hayan desaparecido con ocasión del daño, por ejemplo la explosión de una botella. El legislador en estos casos es partidario de aplicar el sistema de las presunciones, de ahí que si el producto ha desaparecido y ha habido un daño y un perjuicio, hay que presumir que la desaparición se ha producido porque existía un defecto que motivó el daño y el consiguiente perjuicio (21). Siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, nuestras leyes sobre la materia han excluido la necesidad de que el demandante deba probar la culpa por parte del fabricante.

En la actualidad, el perjudicado deberá probar la existencia del defecto en el producto, el daño sufrido y la relación de causalidad entre ambos, pero no la existencia de culpa en el agente causante del daño, como acabamos de recoger. Del mismo modo, tampoco podrá liberarse el agente de su responsabilidad por la existencia de un defecto en el producto que causó un daño si probara su actuación diligente durante todo el proceso de elaboración del bien y en la puesta en el mercado.

todos los perjudicados por el carácter defectuoso de un producto, siempre que concurren los distintos presupuestos exigidos por la ley. Ejemplos de terceros ajenos al consumo o *by-stander* son el peatón atropellado por un vehículo; el viandante herido por la explosión de una caldera... (vid. PARRA LUCÁN, «La responsabilidad por productos defectuosos», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, pág. 43, así como de la misma autora, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 326, que estudiaba si en la LCU se le protegía al tercero ajeno al consumo o no).

(21) Así lo considera RUIZ JIMÉNEZ, quien al estudiar la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2007, en la que no se pudo probar la existencia del defecto en el funcionamiento de un marcapasos que unido a una parada cardiorrespiratoria originó el fallecimiento del padre de los demandantes, y por esto, el mencionado Tribunal absolvió a la demandada al considerar que no había prueba del defecto en el producto (vid. «El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, marzo, 2008, pág. 946).

V. ALGUNOS SUPUESTOS DAÑOSOS VENTILADOS EN SEDE JUDICIAL: PRÓTESIS MAMARIAS Y MARCAPASOS DEFECTUOSOS, Y EL CASO DEL MEDICAMENTO AGREAL

Corresponde ahora ventilar distintos supuestos en los que nuestros tribunales han estudiado la posible existencia de un producto defectuoso y que tienen que ver con medicamentos o con productos sanitarios, en definitiva, casos de responsabilidad civil farmacéutica. Analizamos, aunque sea de un modo sucinto, los distintos tipos de defectos que pueden existir. En primer lugar, los defectos en la fabricación han sido los que han dado origen a la legislación de la responsabilidad del fabricante. En este caso, un producto estará fabricado de un modo defectuoso si, como entendió SALVADOR CODERCH, se aleja de su diseño pretendido, aun cuando se haya aplicado a su producción y fabricación un grado máximo de precauciones (22). El producto de alguna serie será, por lo tanto, defectuoso cuando tenga un fallo que provoque un daño. En el proceso de fabricación se producirá el defecto que afectará a uno o más ejemplares de una serie, que en cuanto al resto será normal. Nuestros tribunales, en innumerables sentencias, han tenido que estudiar la responsabilidad del fabricante como consecuencia de la fabricación de un producto defectuoso.

En concreto, debemos referirnos aquí a los casos de implantación de prótesis de mamas perjudiciales para la salud de sus usuarias (23). Otro ejemplo de producto defectuoso sería el del fallo en el marcapasos implantado a enfermos del corazón (24). Otros casos de productos sanitarios defectuosos han tenido que ver con la comercialización de soluciones oftalmológicas contaminadas, causando daños a los pacientes que las usaron tras una operación (25) o también partidas de suero contaminadas (26).

En el supuesto de la implantación de prótesis mamarias Poli Implant PIP, fabricadas por la empresa francesa Poly Implant Prothese, que desde el año 2010, la AEMPS informa sobre el cese de la implantación de estas prótesis y sugiere a las portadoras acudir a su médico para controlar y hacer un seguimiento de su prótesis mamaria y, caso de que detecten rotura o defecto, recomienda su explotación. Desde entonces, tanto el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI) como la AEMPS, han continuado trabajando con las Comunidades Autónomas, así como con otras entidades, para seguir analizando la situación e informar a las posibles personas afectadas. En la página web de la AEMPS se informa sobre las posibles reclamaciones que las afectadas pueden realizar por haber sufrido un daño «como consecuencia

(22) Vid. SALVADOR CODERCH, PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG, «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (*Law enforcement*)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. IV, 2002, pág. 53.

(23) Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 6 de noviembre de 2007; sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de diciembre de 2005; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2005, así como la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Navarra), de 20 de junio de 2002.

(24) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 21 de septiembre de 2007. Sobre esta sentencia, vid. el comentario realizado por RUIZ JIMÉNEZ, J., «El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, marzo de 2008.

(25) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 23 de junio de 1961.

(26) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 8 de junio de 1988.

de la implantación de las prótesis deberían ir dirigidas a la empresa fabricante francesa POLY IMPLANT, por ser responsable del fraude, al haber modificado de forma deliberada las especificaciones declaradas en el expediente presentado para obtener la certificación CE, o, en su caso, a su liquidador, al encontrarse la misma en quiebra. También les asiste a las perjudicadas el derecho a personarse en los procedimientos judiciales que se están sustanciando en territorio francés, donde ya se han iniciado actuaciones judiciales al efecto. Asimismo, las pacientes españolas podrán dirigirse a los tribunales españoles competentes para el reconocimiento del daño».

El segundo tipo de defecto se refiere al diseño, por lo que siendo defectuoso, es previsible que igualmente lo sea el resto de la serie. Nuestra legislación, siguiendo la Directiva europea, ha acogido como criterio de valoración de un defecto en el diseño de un producto, las expectativas legítimas del consumidor. Siguiendo este criterio, el producto será defectuoso en el caso de que alguna de sus características no colme o defraude las expectativas razonables o legítimas del consumidor y le lleve a un error, provocándole el consiguiente daño, ya sea en su persona ya sea en sus bienes. Incumbirá al juez valorar las expectativas razonables del consumidor (27).

En el caso de medicamentos, han considerado nuestros Tribunales en algunos de sus pronunciamientos (28) que el defecto del diseño se refiere a la concepción del producto que afecta a todos los ejemplares de la serie afectada y, en concreto, si un medicamento indicado para una dolencia pudiera por su composición provocar o agravar una dolencia distinta. Habrá que ver si ofrece la seguridad que legítimamente cabría esperar. Y así, si el medicamento tiene efectos secundarios conocidos cuando se pone en circulación, pero se informa sobre ellos, y no existe en ese momento en el mercado una alternativa mejor para el tratamiento en cuestión, no se podrá considerar defectuoso, a pesar de que con posterioridad se descubriese alguna alternativa mejorada.

Lo mismo ocurrirá si los efectos nocivos fueran desconocidos cuando se puso en circulación el producto, si en aquel momento no había un tratamiento mejor, siendo, pues, los beneficios provocados por el consumo o uso del medicamento o producto sanitario superiores al daño causado por su comercialización (29). En este caso, no se considerará defectuoso este producto porque se

(27) Sobre un defecto de diseño, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002, que trató el caso de una gominola comprada por un padre para su hijo de tres años de edad, que por su grosor y textura le provocaron la asfixia y la consiguiente muerte. La chuchería, dadas sus características, y siendo peligrosa para los niños, fue retirada del mercado.

(28) Así lo consideró la AP de Barcelona en sentencia de 18 de abril de 2008, en el caso del medicamento Agreal[®], en la que en apelación se absolvió al laboratorio farmacéutico que comercializaba el mencionado producto, al entenderse que a pesar de que el prospecto fuera incompleto (reconoce el Tribunal que existía un defecto), no se pudo probar que el medicamento pudiera producir los trastornos alegados por las demandantes, y no cabía tampoco indemnización en concepto de daño moral por no haber tenido las pacientes toda la información completa del producto, dado que no se probó la relación de causalidad antes citada.

(29) Sobre la industria farmacéutica y la innovación y conductas anticompetitivas, llevadas a cabo por las mismas, es interesante el artículo de BLÁÑQUEZ PALASÍ, L., «La investigación de la Comisión Europea sobre el sector farmacéutico: ¿Empresas innovadoras vs. Fabricantes de genéricos?», en *Diario La Ley*, núm. 7146, 31 de marzo de 2009.

entiende que las ventajas que puede producir a la sociedad (30) en su conjunto son más importantes que los posibles efectos adversos que tenga en algunos pacientes (31).

El tercero y último es el relativo a un defecto en la información en el uso o consumo del producto y que consecuentemente produzca un daño que no fue conocido o no se informó de él o su posible aparición. Este tipo de defecto puede deberse a un etiquetado erróneo o equivocado en las dosis apropiadas (32), o un error en el prospecto del medicamento (33). Por ejemplo, la sentencia de un

(30) La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, establece en su artículo 24 las garantías de disponibilidad de medicamentos en situaciones específicas y autorizaciones especiales. En el apartado 3 del citado precepto se posibilita la prescripción y aplicación de medicamentos no autorizados a pacientes no incluidos en un ensayo clínico con la finalidad de atender las necesidades especiales de tratamientos de situaciones clínicas de pacientes concretos, en especial, sería el acceso a medicamentos en investigación lo que se conoce como «uso compasivo». Esta norma se aplica a situaciones clínicas comprometidas, o sea, las enfermedades crónicas o gravemente debilitantes o aquellas que ponen en peligro la vida del paciente y que no pueden tratarse satisfactoriamente con un medicamento autorizado y comercializado. El Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, trata esta materia, y distingue tres situaciones distintas que pueden darse en este ámbito: el uso compasivo de medicamentos en investigación, el uso de medicamentos en condiciones diferentes de las autorizadas y el acceso a medicamentos no autorizados en España. Se establece en el Real Decreto la responsabilidad del médico prescriptor de estos medicamentos en condiciones especiales. Para OLIVERA MASSÓ, esta norma introduce una modificación importante respecto a la situación anterior; en concreto, el llamado uso *off label*, o la prescripción de medicamentos en condiciones distintas de las previstas en la ficha técnica (vid. OLIVERA MASSÓ, P., «Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación», en *Diario La Ley*, núm. 7259, 9 de octubre de 2009).

(31) RAMOS GONZÁLEZ analiza la evolución del sistema de responsabilidad por productos defectuosos en Estados Unidos, hasta llegar a la actual *Restatement of the Law Third. Restatement of the Law Torts: Products Liability* de 1998, en el que se distingue, a efectos de defectos del diseño, si el medicamento está o no sujeto a receta médica. La autora compara este sistema con el español (que sigue la normativa comunitaria) para llegar a la conclusión de que su modelo rechaza la responsabilidad objetiva vigente en el nuestro, basado en las expectativas razonables de seguridad del consumidor y en la responsabilidad por los riesgos del desarrollo, por preferir el modelo estadounidense, aunque con matices, el de la alternativa razonable, basado en un sistema de responsabilidad por culpa, que únicamente condena al fabricante por los riesgos conocidos que pudieron haber sido mitigados o evitados, adoptando a un precio razonable un diseño alternativo [vid. RAMOS GONZÁLEZ, S., «Responsabilidad civil por medicamento: el defecto del diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los Estados Unidos», en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 2/2005].

(32) Así, a modo de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de junio de 2005, en la que se desestima el recurso de apelación de la demandada, una empresa que vendía semillas a la empresa que las trasplantaba para, a continuación, revenderlas. La Audiencia Provincial entiende que hubo un defecto en la información, dado que en el etiquetado del producto, concretamente, en el apartado «dosis y modo de empleo», las dosis apropiadas dieron lugar a la pérdida de los semilleros. En este caso convivían dos etiquetas con distintas dosis de utilización para la misma finalidad.

(33) Sobre esta sentencia, véase el comentario de SARRATO MARTÍNEZ, «La responsabilidad por productos farmacéuticos: el «caso Agreal». A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007, Juicio Ordinario núm. 467/06-5.ª, Ponente: Doña Marta Montañés Delmás», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*,

Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 11 de junio de 2007, que estudió la posible responsabilidad de un laboratorio farmacéutico por la información del prospecto y los efectos secundarios del medicamento. Se trataba de Agreal®, medicamento para el tratamiento de los sofocos en la menopausia de las mujeres.

El Tribunal *a quo*, como ahora veremos con más detenimiento, apartándose de lo resuelto en otras sentencias previas donde se estableció que el prospecto era insuficiente y por ello se trataba de un producto defectuoso, declara que el contenido del prospecto es suficiente, a pesar de entender que es «sucinto, escasamente informativo e incomprensible para los pacientes», por ello entiende que no estamos ante un producto defectuoso. El fabricante debe responder si como consecuencia de un defecto en la información se produce un daño, ya sea porque no se explicaron los posibles riesgos o efectos que se podían producir por el consumo del producto o por el modo de empleo del mismo. En este caso, el Tribunal considera de un modo un tanto novedoso que el médico debía haber explicado los posibles riesgos al paciente, porque como facultativo debía conocerlos. Sin embargo, concluye el Tribunal que no existe responsabilidad del laboratorio fabricante, ni tampoco se condena al facultativo, por no haberse demandado a ningún médico (por falta de legitimación pasiva). Por lo cual, el Juzgado desestima la demanda.

Por un defecto en el prospecto del medicamento por no informar del posible desarrollo de otra enfermedad sufrida por el paciente al que se le administró un producto farmacéutico, y además se le contagió una hepatitis vírica, y como consecuencia de este contagio se le desarrolló una nueva enfermedad (34).

núm. 755/2008. Vid., igualmente, el comentario a las dos sentencias anteriores a esta sobre este medicamento y sus efectos adversos, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006 y la de 2 de abril de 2007, realizadas por TEJEDOR MUÑOZ, L., «La responsabilidad por medicamentos defectuosos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre de 2007, págs. 2755 a 2766.

(34) El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Sala 1.^a), tuvo la oportunidad de estudiar si era insuficiente la información del prospecto de un producto farmacéutico Gammagard, comercializado por el Laboratorio demandado, dado que se ocasionó un daño al demandante por el contagio de una hepatitis vírica por la administración del producto. Los demandantes, esto es, el hijo contagiado así como sus padres, consideran que se produjeron unos perjuicios a su hijo por el contagio y además por el desarrollo de una enfermedad nueva consecuencia de la anterior, aparecida unos meses antes de la presentación de la demanda y constatada durante el proceso. Para ellos, la empresa demandada actuó negligentemente por no haber informado en el prospecto del riesgo de contaminación vírica por el virus de la hepatitis C (VHC), información engañosa e incompleta, que provocó el engaño en los destinatarios del producto que al no conocer los riesgos del mismo no pudieron optar por consumir otras inmunoglobulinas que había en el mercado y que no tenían asociadas ninguna infección por el VHC. El Tribunal Supremo desestima la pretensión porque «carece de sentido tratar de imputar una responsabilidad a la demandada, sin combatir el juicio previo que determina su absolución, con cita de la norma que resulta de aplicación, pues es, a la postre, lo que constituye el fundamento desestimatorio de la demanda». Y continúa diciendo el Alto Tribunal, «pero lo que realmente ignora, o pretende ignorar quien recurre, es que el hecho que ha originado el daño es el mismo que ha planteado y se ha resuelto en ambas jurisdicciones y que este daño es el único que resulta de los hechos, aunque se determine a partir de normas de aplicación distintas, lo que impide acoger la excepción de cosa juzgada invocada dentro del orden seguido ante la Jurisdicción Social, no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el *prima del ordenamiento Civil*, aceptando las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica». En definitiva, los demandantes recurren la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que modificó las costas de la

En el caso de los medicamentos, hay que recordar que el hecho de que este produzca efectos adversos, y todos los medicamentos pueden producirlos, incluida la inofensiva aspirina, no por ello, únicamente, debe ser considerado defectuoso; aunque sí podrá serlo si no va acompañado de la debida información sobre sus posibles efectos o su uso, como se estableció en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de abril de 2008.

En concreto, en relación con el medicamento Agreal (35), los distintos pronunciamientos judiciales han ido oscilando entre considerar la responsabilidad del fabricante por defectos en la información del prospecto del producto en cuanto a los posibles efectos adversos, y el absolver al laboratorio farmacéutico por no haber probado las demandantes el nexo de causalidad entre el consumo del producto y los daños ocasionados (que no aparecían en el prospecto). Los abogados del Laboratorio recurrieron ante el Tribunal Supremo una de las sentencias condenatorias de la Audiencia Provincial de Barcelona, y ya hay dos pronunciamientos del Supremo al respecto. Veamos compendiadamente las diferentes soluciones jurisprudenciales sobre idéntico medicamento.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios suspendió la comercialización del producto en 2005. Las consumidoras demandantes solicitaron que el Juzgado se pronunciase sobre la existencia o no de un defecto en un prospecto de un fármaco contra la menopausia por no advertir ciertos trastornos psiquiátricos que se podían producir por su ingesta. En resumen, que se estime la producción de efectos secundarios no previstos en el prospecto y que, como consecuencia del tratamiento, se provocan daños en la salud de las pacientes.

En la primera sentencia citada, el laboratorio farmacéutico recurre en apelación la sentencia de 2 de abril de 2007, del Juzgado número 47 de Primera Instancia de Barcelona, en la que se le condenaba al pago de ciertas cantidades en concepto de indemnización por los trastornos sufridos por algunas de las demandantes al no estar indicado en el prospecto del medicamento que combatía los sofocos de la menopausia, los efectos secundarios que se podrían producir. La demanda la presentaron seis pacientes: a tres de ellas se les reconoció una indemnización por los daños sufridos, mientras que a las otras tres no. El Juzgado, por lo tanto, juzga el asunto en base a la LRCPD, y reconoce las deficiencias en el prospecto y la relación de causalidad en varias pacientes. Recurren en apelación por tanto, la parte actora y demandada, y finalmente la AP de Barcelona, Sección 17, finalmente, en su sentencia de 18 de abril de 2008 (núm. 205/2008), absuelve al Laboratorio al no probarse que el medicamento pudiera ocasionar los trastornos alegados por las demandantes. El prospecto era incompleto, y por lo tanto defectuoso, pero no se le condena por esto al Laboratorio, porque no se

sentencia del Juzgado de Primera Instancia en la que absolvió a la empresa farmacéutica por los daños sufridos por el contagio sufrido por el hijo, daños ocasionados tanto a este como a sus padres. El Tribunal Supremo entiende que los recurrentes ya solicitaron de la Administración Sanitaria la misma indemnización por los mismos hechos en un procedimiento administrativo, por lo que considera no haber lugar al recurso.

(35) Es interesante ver el punto de vista de los abogados del Laboratorio farmacéutico que comercializaba este producto, sobre todo por la consideración de que la jurisdicción civil no es competente para determinar o no la adecuación de un prospecto a la legalidad administrativa vigente, sino, como consideran ellos, para enjuiciar si un determinado daño trae causa o no de un concreto defecto del producto en cuestión (vid. ESCUDERO HERRERA, C., «Consideraciones jurídicas generales en el Caso Agreal», en *Diario La Ley*, de 28 de diciembre de 2007).

llega a acreditar la relación de causalidad existente entre la ingesta del fármaco y las patologías alegadas por las demandantes.

Otra sentencia de la misma Audiencia, del mismo día y sobre este medicamento, es la que con la misma fecha de 18 de abril de 2008 (núm. 207/2008), resuelve un recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 56 de Barcelona, de 23 de abril de 2007, en la que se absolvió al Laboratorio Sanofi Aventis. La sentencia de primera instancia analizó el asunto con arreglo a la LRCPD y estimó que no se había probado la relación de causalidad entre la depresión de la paciente y el consumo del medicamento, y por eso entendió innecesario analizar si el prospecto era incompleto. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de la demandante al considerar que no se ha acreditado que el medicamento en cuestión pudiera producir las dolencias manifestadas por la paciente, por lo que también entiende que no puede calificarse de producto defectuoso porque en el prospecto no se reflejaron las dolencias o efectos adversos. Eso sí, confirma la sentencia de instancia a excepción de la condena en costas, que deberán valorarse de nuevo, al haber sido condenada la demandante en primera instancia a las costas del proceso.

Esta misma Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió otro recurso con fecha de 11 de febrero de 2010, interpuesto por la demandante contra el laboratorio Sanofi Aventis, apelando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2008, en la que se absuelve a la parte demandada (el Laboratorio) y se condena en costas a la demandante. La sentencia de apelación estima parcialmente la demanda, al no haberse acreditado de las actuaciones practicadas la relación de causalidad que demuestre que el medicamento fuera el causante de las molestias de la actora, debido a sus antecedentes clínicos como del resto de medicación que tomaba y porque tampoco consta que la toma del medicamento fuera continua, por lo que se confirma la sentencia de instancia a excepción de las costas.

Por su parte, en otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de marzo de 2009, se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007, en la que se desestimó la demanda interpuesta por varias mujeres consumidoras de un fármaco contra el Laboratorio farmacéutico al considerar el Juzgador no probado que con el consumo de Agreal[®] se producían los efectos secundarios no previstos en el prospecto que las demandantes habían padecido y que les habían producido daños en su salud. Se absolvió, por lo tanto, al Laboratorio de las pretensiones contra él deducidas. La AP en esta resolución estima en parte los recursos de las demandantes y desestima el planteado por el Laboratorio, al considerar que el prospecto no informaba de todos los posibles efectos adversos que podían derivarse de su ingesta y, por ello, condenaba al Laboratorio a indemnizar a las mujeres que acreditaran la relación de causalidad existente entre las patologías sufridas y la ingesta del producto. Esta sentencia ha sido recurrida por los abogados del Laboratorio farmacéutico, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo al respecto, como veremos a continuación.

1. EL CASO AGREAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2012

El Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en dos ocasiones sobre la posible responsabilidad originada por el consumo del medicamento Agreal, que combatía

los sofocos en las mujeres con menopausia, pasamos a analizar las cuestiones más destacables de estas dos sentencias. La primera sentencia fue del 28 de mayo de 2012 y la segunda del 6 de junio de 2012.

La representación de 91 mujeres consumidoras de un medicamento contra los sofocos de la menopausia, presentó una demanda contra la actual empresa Sanofi Aventis, S. A., que pretendía la declaración por parte del Juzgado de que el medicamento producía efectos secundarios no previstos en el prospecto; que como consecuencia del tratamiento, las pacientes habían sufrido daños en su salud y que por lo tanto la empresa fuera declarada responsable de los mismos y fuera condenada a indemnizar a las pacientes por los daños y perjuicios ocasionados. La representación de la empresa contestó a la demanda y se opuso a los hechos, suplicando al Juzgado que desestimara íntegramente la demanda. Finalmente, el Juzgado de lo Mercantil, número 6 de Barcelona, dictó sentencia el 11 de febrero de 2008, declarando que el prospecto del medicamento contenía una información insuficiente, pero desestimó las restantes pretensiones de la parte demandante al no considerar suficientemente acreditada que la omisión de esos efectos ocasionara los daños en una relación causa-efecto en ninguna de las demandantes, no imponiendo las costas a ninguna de las partes.

La empresa demandada así como 18 de las 91 demandantes recurrieron en apelación. El Laboratorio porque considera que el prospecto se adecua a la legalidad sanitaria y las exigencias del derecho a la información; mientras que las actoras por considerar que está probada y acreditada la relación de causalidad entre el consumo del medicamento y los daños ocasionados (neuroológicos y psiquiátricos) habiéndose omitido en el prospecto los graves efectos adversos que podía provocar el medicamento. La Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó su sentencia el 20 de marzo de 2009, en la que se desestima el recurso de apelación presentado por la empresa demandada, y estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes actoras contra la sentencia de Primera Instancia al declarar que el consumo del medicamento provocó en una de las demandantes reacciones adversas no previstas en el prospecto, de tipo neurológico, provocándole daños, por lo que condena al laboratorio a pagar a esta paciente 7.401 €. Considera que los efectos adversos del producto no se encontraban descritos de un modo suficiente en el prospecto, por lo que la información en él contenida era insuficiente e inadecuada para considerar que existía un consentimiento informado completo y suficiente para el consumo del medicamento.

En cuanto a las reacciones adversas sobre los daños neurológicos, estima el Tribunal que al no mencionarse en el prospecto los efectos extrapiramidales, la información era insuficiente y defectuosa, siendo por ello defectuoso. Mientras que respecto a los daños psiquiátricos, considera que de la prueba practicada no se acreditan estos daños, por lo que el producto no es defectuoso por no recoger dichos efectos.

Por último, sobre los daños y perjuicios que las pacientes estiman haber padecido por consumir este medicamento y el nexo de causalidad derivado del defecto de información contenido en el prospecto, únicamente se analizan los de las pacientes de tipo neurológico, y solo en una de las demandantes se puede considerar la existencia de esta relación de causalidad entre el daño y el defecto del prospecto (no se recogieron los efectos neurológicos del medicamento).

La empresa demandada presentó un doble recurso, extraordinario por infracción procesal, por considerar que hubo un error de hecho en la valoración

de la prueba; así como un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por los siguientes motivos: la interpretación lógica y sistemática de la legalidad sobre la vulneración del derecho a la información del medicamento; así como la interpretación lógica y sistemática de la sentencia recurrida a luz de una consideración racional y realista del derecho a la información del producto.

Por fin, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de mayo de 2012, también ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia; en cuanto a los motivos alegados en el recurso extraordinario procesal, los desestima, al considerar que «tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones de la sentencia sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas».

En este sentido, la resolución recuerda que «cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud, funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la AEMPS en 20 de mayo de 2005, alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida...».

Y continúa diciendo: «se trata de un medicamento... empleado para atenuar los síntomas vasculares y vegetativos de la menopausia que produce efectos adversos relacionados con indicación de sistemas extrapiramidales (SEP): temblor, distonías, rigidez o acatisia, parkinsonismo y también discinesia tardía. Ninguna de dichas reacciones adversas consta recogida en el prospecto analizado y comercializado desde 1983, sin que el Laboratorio farmacéutico solicitase nueva ficha técnica y prospecto sino hasta el 19 de abril de 2002; ficha técnica y prospecto que no resultaron aprobados tras la evaluación del beneficio-riesgo por parte de la AEMPS iniciado en el 2004, y dictado en fecha 20 de mayo de 2005 de Resolución de la AEMPS revocando la autorización de comercialización una vez que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la AEMPS concluyera que el balance entre los beneficios terapéuticos y los riesgos que entrañaba resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas; dictándose Comunicación Informativa en fecha de 7 de septiembre de 2005 sobre recomendaciones para la retirada del tratamiento con Agreal, dejado de comercializar por el Laboratorio farmacéutico a partir del día 15 de junio de 2005, y a partir del 15 de septiembre de 2005 de poder ser dispensado en las oficinas de farmacia».

Igualmente señala el Tribunal Supremo que «el objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable debían figurar en él».

En cuanto al recurso de casación queremos destacar los siguientes fundamentos de derecho dada su relevancia. El laboratorio farmacéutico alega la imposible acreditación de causalidad entre los efectos neurológicos denunciados por la demandante y la ingesta del medicamento, reiterando que el prospecto se adecuaba a la legalidad en vigor, no siendo defectuoso el producto por la falta de información, porque la proporcionada era, en su opinión, adecuada y suficiente para las pacientes, apreciaciones estas desestimadas por el Tribunal Supremo.

En este sentido, considera el Tribunal Supremo que se «olvida un aspecto sustancial», y continúa diciendo: «el debate se plantea en un recurso de casación, y como tal debe necesariamente adecuarse a los dictados que exige la técnica

casacional para la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil». De ahí que «no es por tanto viable la respuesta a un recurso carente de indicación de la norma sustantiva infringida, ni menos aun reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclado en «tópicos» construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor que, por el contrario, se tienen en cuenta para impedir recursos como el planteado. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa, alguna inaplicable por razón del momento en que tuvieron lugar los hechos, como el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la defensa de consumidores y usuarios. Esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no se refiriera el fondo del asunto a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar, pues difícilmente pueden encajarse los hechos que la sentencia declara probados en la normativa que cita en el primero cuyo fin último parece olvidarse, es la protección de la salud y el respeto a los derechos de los pacientes».

Entiende también que «es lo cierto que en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, según la sentencia recurrida “insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco”». La sentencia recurrida también consideró «que la duración del tratamiento no viene especificada en el prospecto... ni tampoco lo estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente probadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación y su tratamiento». Y concluye: «el laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento (“información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...”) difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado».

En su virtud, el Tribunal Supremo desestima los recursos planteados contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2009, imponiendo las costas causadas a la parte recurrente.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JUNIO DE 2012

La otra sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo acerca de si había responsabilidad farmacéutica por los posibles daños provocados por la ingesta de este mismo medicamento, es como la anterior, muy próxima en el tiempo, concretamente es de 6 de junio de 2012.

En este caso el *iter* judicial fue el siguiente: La representación de 130 pacientes a las que se les prescribió la ingesta del producto Agreal para combatir los sofocos

de la menopausia, interpuso demanda contra la empresa Sanofi Aventis, S. A., para que se dictara sentencia estimando sus pretensiones y fuese declarado que el consumo del medicamento citado producía efectos secundarios no previstos en el prospecto suministrado a los consumidores. Adicionalmente, y dado que las representadas habían sufrido daños en su salud, instaban ser indemnizadas en concepto de daños y perjuicios sufridos y acreditados por las pruebas unidas a la demanda.

La representación del laboratorio se opuso a los hechos y suplicó al Juzgado que desestimara íntegramente la demanda. El Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Barcelona, dictó sentencia el 11 de junio de 2007, en la que fueron desestimadas la totalidad de pretensiones al apreciar que el medicamento no era defectuoso, en sentido legal, por aplicación del artículo 3.1 de la Ley de Productos Defectuosos. Adicionalmente consideró que el contenido del prospecto era suficiente, no concurriendo objeción alguna que pudiera acarrear responsabilidad civil objetiva al laboratorio. Por lo tanto, absolvió al laboratorio, no haciendo expresa imposición de costas.

La representación de las dos partes recurrió en apelación: el laboratorio por la no imposición de costas; mientras que las demandantes, únicamente 73 mujeres, por la indemnización solicitada. Por su parte, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona se pronunció y el 16 de marzo de 2009 dictó sentencia estimando, en parte, los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de instancia de 2007, revocando y acordando la estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar que el prospecto comercializado en España del medicamento no informaba de todos los efectos secundarios que podía ocasionar; condenando al laboratorio al pago de indemnizaciones a 15 de las recurrentes. En cuanto al laboratorio demandante, desestima sus alegaciones.

Ante ese resultado judicial, el laboratorio presentó un doble recurso extraordinario por infracción judicial y de casación. El primero lo fundamentaban en la inversión de la carga de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, impugnando «al atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la recurrente, exigiendo que en el caso concreto de que se trate, el origen de la patología (efecto extrapiramidal) se ha de atribuir a un factor distinto que excluya al medicamento, sin que la recurrente tenga ni una mayor facilidad probatoria ni una disponibilidad de los medios de prueba, pues lo único que está a su alcance es describir y pronunciarse sobre los posibles efectos adversos del producto en general, pero lo que no puede hacer es ahondar en la relación causa-efecto individual».

El recurso de casación lo motivan en que sobre la falta de información del prospecto del medicamento consideran que el Tribunal vulneró las normas del ordenamiento jurídico; así como que no se ha incumplido el derecho a la información del medicamento, porque le podía haber asesorado el clínico al consumidor si no entendía la información del prospecto.

En cuanto al recurso por infracción procesal, se fundamenta entre otros artículos en el 5 de la LRCPD. El laboratorio considera que la inversión de la carga de la prueba que realizó la Audiencia es impugnando al atribuirle las consecuencias de la falta de prueba a la recurrente, y además el origen de la patología (efecto extrapiramidal) se ha de atribuir a otro factor que excluya al medicamento, no pudiendo el laboratorio probar o disponer de más medios de prueba, dado que solo se pueden pronunciar sobre los efectos adversos en general, pero no en la relación causa-efecto individual.

El Tribunal Supremo desestima este motivo al apreciar que la carga de la prueba, o los efectos negativos de la falta de la prueba serán de aplicación «cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC».

En este sentido, continúa diciendo nuestro Tribunal Supremo, que «atendiendo al carácter objetivo de esta responsabilidad, el artículo 5 de la LRCPD, era a las demandantes perjudicadas por la ingesta del medicamento por lo que pretende obtener la reparación de los daños causados, a las que correspondía probar «el efecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos». La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva... y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades... aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido... No es lo que sucede en este caso en el que la sentencia obtiene sus conclusiones a partir del estudio de los informes periciales referidos a cada una de las demandantes y ello nada tiene que ver con las reglas sobre la carga de la prueba y sí con la valoración que de ella hace el tribunal y de la que se infiere lo siguiente:

1. Existe falta de información sobre los efectos adversos del fármaco, imputable a la parte demandada que ha de aparejar consecuencias indemnizatorias si se prueban los daños.
2. Los efectos adversos extrapiramidales del medicamento Agreal están suficientemente constatados, y
3. algunas de ellas acreditan que han sufrido un daño de esta naturaleza, causalmente vinculado al medicamento.

El Tribunal Supremo también advierte, en esta línea de razonamiento relativa a la valoración de la prueba, que «tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones de la sentencia sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas. Cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud, funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la AEMPS el 20 de mayo de 2005 (efectiva el día 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de las reacciones adversas como de la eficacia del medicamento».

La parte recurrente pretendería someter a la Sala una alternativa a la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida, «en la que se dé prevalencia a aquellos datos que favorecen el interés de la recurrente, lo que implicaría que tuviera que revisar en su conjunto la valoración practicada por el Tribunal, lo que no es posible en un recurso por naturaleza extraordinario,

que no constituye una tercera instancia», por lo que desestima también este motivo.

En cuanto al recurso de casación sobre la falta de información del prospecto, estima el Alto Tribunal que no puede ser de aplicación la normativa que cita la recurrente, en concreto el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la defensa de consumidores y usuarios, toda vez que no estaba en vigor cuándo ocurrieron los hechos. Y continúa señalando: «esta clara infracción procesal, sería suficiente para rechazar el motivo, si no se refiriera el fondo del asunto a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar; pues difícilmente pueden encajarse los hechos que la sentencia declara probados en la normativa que cita en el primero, cuyo fin último parece olvidarse, es la protección de la salud y el respeto de los derechos de los pacientes. La función del recurso de casación no es la revisión de los hechos, sino el control de la aplicación del derecho al hecho probado declarado en la instancia. Tampoco es posible reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclada en «tópicos» contruidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor, como se argumenta en el recurso».

Además, considera este Tribunal como «señalaron las sentencias de esta Sala de 1 de junio de 2011 y 28 de mayo de 2012, que “junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario”, y es lo cierto que en el prospecto Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento “para un uso adecuado y seguro del fármaco... y el conocimiento por parte del paciente del fármaco que se le ha pautado deviene esencial para la mejor ponderación del beneficio/riesgo que es en definitiva la balanza sobre la que debe decidirse la utilización o no del producto”, como también precisa la sentencia ahora recurrida, con cita del artículo 8 del Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano (“El prospecto es la información escrita que acompaña al medicamento, dirigida al consumidor o usuario”), definición que se reitera en el artículo 29.2 del Real Decreto 1345/2007, de 11 de diciembre, que deroga al anterior (“El etiquetado y el prospecto garantizarán la inequívoca identificación del medicamento, proporcionando la información necesaria para su correcta administración y uso por los pacientes o usuarios y, en su caso, por los profesionales sanitarios”)).

Reconoce el Tribunal Supremo que en el prospecto no aparecía la duración del tratamiento, ni tampoco estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, ratificando que «el Laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del Medicamento (“información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...”) difícilmente podían estos informar a las pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todas ellas, alguno materializado». Por todos estos motivos, desestima el Tribunal Supremo ambos recursos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de marzo de 2009, imponiendo las costas a la parte recurrente.

En definitiva, en este ámbito farmacéutico, la información debe llegar al consumidor de un modo completo y correcto, ya sea a través del prospecto (36), ya sea también con un etiquetado (37) y envase (38) completo.

En este prospecto se mencionará la utilización y dosificación, los posibles efectos secundarios o adversos, las contraindicaciones (o cuándo el producto es incompatible con otras enfermedades), cómo actuar en caso de intoxicación... Igualmente, la información del producto farmacéutico deberá ser conocida por parte de los médicos que al estudiar la sintomatología del paciente recomienden y receten el medicamento en cuestión a su paciente. Esta información se recogerá también en la ficha técnica (39) del producto, que deberá ser estudiada y conocida

(36) En el artículo 15.3 de la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se dispone sobre el prospecto que: «se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionará a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular, e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica».

(37) Sobre el etiquetado, establece la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 15.4: «en el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen».

(38) Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se refiere en varios apartados al envase o embalaje de los medicamentos. Y así, en primer lugar, en el artículo 15.4, a continuación del contenido del etiquetado, dispone: «En cada embalaje figurarán codificados los datos del Código Nacional del Medicamento, el lote y unidad que permitan su identificación de forma individualizada por medios mecánicos, electrónicos e informáticos, en la forma que se determine reglamentariamente. En el embalaje deberá incluirse un espacio en blanco a rellenar por el farmacéutico donde este podrá describir la posología, duración del tratamiento y frecuencia de tomas». A continuación, en el apartado 5 de este artículo 15, recoge en relación con el envase: «A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación». Y en el apartado 6, dice: «Los medicamentos se elaborarán y presentarán de forma que se garantice la prevención razonable de accidentes, especialmente en relación con la infancia y personas con discapacidad. Los envases llevarán, en su caso, algún dispositivo de precinto que garantice al usuario que el medicamento mantiene la composición, calidad y cantidad del producto envasado por el Laboratorio. Asimismo, los embalajes incluirán el símbolo autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a efectos de facilitar la aplicación y desarrollo del sistema de recogida de residuos de medicamentos y favorecer la protección del medio ambiente».

(39) Establece la Ley 29/2006, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su artículo 15.2, que «la ficha técnica o resumen de las características del producto reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constarán datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización».

por estos profesionales a la hora de valorar en cada caso concreto los síntomas del enfermo en cuestión, así como su historial clínico para, en definitiva, recomendarle y recetarle el medicamento adecuado e indicado para su sintomatología.

En ambas sentencias dictadas hasta el momento sobre este medicamento, el Tribunal Supremo ha estimado las peticiones de las pacientes afectadas por la ingesta de este producto, y ha considerado que la información contenida en el prospecto, así como en la ficha técnica, era insuficiente y no contemplaban todos los posibles efectos adversos que el producto podía ocasionar. De ahí que, finalmente, se estime la existencia de responsabilidad del laboratorio que comercializa el producto, y en los casos en los que se ha demostrado a través de informes periciales la relación de causalidad entre la ingesta del producto y los daños causados, deberá resarcir tales daños a través de una indemnización pecuniaria, como estableció la sentencia recurrida.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas hemos abordado la responsabilidad civil originada por el consumo, ingesta o uso de ciertos medicamentos y productos sanitarios que por determinados defectos, clasificados por la doctrina y jurisprudencia en tres tipos, defecto en su fabricación, defecto en su diseño y, finalmente, defecto de información en su uso o consumo, provocan una serie de daños en el paciente o consumidor de los medicamentos. Los dos últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo se dirigen al supuesto de hecho sobre un medicamento que combatía y trataba los efectos de la menopausia que produjo ciertas dolencias y efectos adversos no descritos en el prospecto del medicamento (por lo que las pacientes no conocían ciertos aspectos negativos que les podía ocasionar el producto) ni en la ficha técnica al alcance de los médicos prescriptores, que no pudieron alertarlas de esas consecuencias dañinas.

El laboratorio en algunas resoluciones judiciales había sido absuelto, habiendo sido, por tanto, desestimadas las demandas interpuestas por las pacientes, ya sea por no haber conseguido demostrarse la relación de causalidad entre la ingesta del medicamento y los daños provocados; como en otros casos, los tribunales han considerado que, si bien era cierto que la información del prospecto no era suficiente y total, no por eso era un producto defectuoso.

Sin embargo, las dos sentencias que fueron recurridas en casación ante el Tribunal Supremo recogieron resultados condenatorios para el laboratorio, reconociéndose por tanto, probada y demostrada la relación de causalidad en ciertas pacientes, que deberán ser indemnizadas por el laboratorio demandado; y reconociéndose adicionalmente que el prospecto era incompleto y no recogía todos los datos que debían haber sido publicados para que tanto médicos como pacientes estuviesen convenientemente informados, apreciándose las alegaciones de las pacientes demandantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BLÁNQUEZ PALASÍ, L.: «La investigación de la Comisión Europea sobre el sector farmacéutico: ¿Empresas innovadoras vs. Fabricantes de genéricos?», en *Diario La Ley*, núm. 7146, 31 de marzo de 2009.

- CALVO ANTÓN: «La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 1994.
- ESCUDERO HERRERA, C.: «Consideraciones jurídicas generales en el caso Agreal», en *Diario La Ley*, 28 de diciembre de 2007.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- OLIVERA MASSÓ, P.: «Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación», en *Diario La Ley*, núm. 7259, 9 de octubre de 2009.
- PARRA LUCÁN: «La responsabilidad por productos defectuosos», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990.
- PLAZA PENADÉS: «Responsabilidad civil por contagio de Sida en transfusión sanguínea (Comentario a la STS de 28 de diciembre de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3/1999, págs. 267 a 278.
- RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Responsabilidad civil por medicamento: el defecto del diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los Estados Unidos», en *Indret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 2/2005.
- RODRÍGUEZ LLAMAS: *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- RUIZ JIMÉNEZ: «El consumidor que ha sufrido un daño por un producto defectuoso es el que ha de acreditar el defecto, el daño y el nexo entre ambos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, marzo de 2008.
- SALVADOR CODERCH, PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG: «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (*Law enforcement*)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. IV, 2002.
- SARRATO MARTÍNEZ: «La responsabilidad por productos farmacéuticos: el “caso Agreal”. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 13 de Barcelona, de 11 de junio de 2007, Juicio Ordinario, núm. 467/06-5.ª Ponente: Doña Marta Montañés Delmás», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 755/2008.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La responsabilidad por medicamentos defectuosos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 704, noviembre de 2007, págs. 2755 a 2766.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), de 23 de junio de 1961.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2009.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de abril de 2008 (núm. 205/2008).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de abril de 2008 (núm. 208/2008).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de diciembre de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 6 de noviembre de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2005.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 6 de Barcelona, de 11 de febrero de 2008.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Barcelona, de 11 de diciembre de 2008.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 11 de junio de 2007.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 56 de Barcelona, de 23 de abril de 2007.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, número 47, de 2 de abril de 2007.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Navarra), de 20 de junio de 2002.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CIVIL FARMACÉUTICA Y CONSUMO PROSPECTO Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

Recientemente, dos sentencias del Tribunal Supremo español han ventilado causas en materia de daños producidos por la ausencia de información esencial en un prospecto de un medicamento. En este trabajo abordaremos la panorámica actual en nuestro país sobre la controvertida responsabilidad farmacéutica. Esto justifica el análisis de la regulación de medicamentos y productos sanitarios, así como de los daños ocasionados o que puedan ocasionar en sus usuarios y consumidores. De modo que estudiaremos tanto las diferentes formas legislativas como otros pronunciamientos jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil farmacéutica.

ABSTRACT

CONSUMERS AND CIVIL LIABILITY FOR PHARMACEUTICAL PRODUCTS PACKAGE INSERTS AND THE RIGHT TO INFORMATION

Two recent Spanish Supreme Court rulings have cleared up cases of damages caused by the omission of essential information in drug package inserts. This paper discusses the current state of pharmaceutical liability in Spain. There is a great deal of dispute over the subject, a good reason to analyze how drugs and medical devices are regulated and what kind of damage drugs do, or may do, to the people who take them. Accordingly, we will take a close look at the different legislative reforms and other court rulings on civil liability for pharmaceutical products.

1.7. Concursal Civil

LA COMPETENCIA JUDICIAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO, OBJETO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA, Y LA STC 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL MISMO.—II. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ABIERTO O PRETENDER ABRIRSE EJECUCIÓN SEPARADA.—III. STC 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE, DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES OBJETO DE EJECUCIÓN SEPARADA.—IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE CONFIGURABA LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA.—V. ¿ES NECESARIO INTERPRETAR QUE EL LEGISLADOR, AL REFORMAR EL ARTÍCULO 56 LC POR LEY 38/2011 HA CONFIGURADO LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA?—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES LEGALES IMPUESTAS AL MISMO

El régimen de la ejecución de la hipoteca inmobiliaria en su intersección con un procedimiento de concurso plantea el problema de si la declaración de este (art. 21 LC) tendrá o no alguna incidencia sobre la ejecución hipotecaria *en curso*, así como sobre las ejecuciones que pretendieran *iniciarse con posterioridad a dicha declaración de concurso*.

En el Derecho español ha sido clásico el principio procesal de que la *fuerza atractiva de los juicios universales es máxima* y el principio de *absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra*, formulado por SALGADO DE SOMOZA, ambos seguidos por las Ordenanzas de Bilbao de 1737, el Código de Comercio de 1829, la LEC sobre negocios y causa de comercio de 1830 (art. 236) y por la LEC 1855 (reglas 3.^a y 4.^a del art. 157). Según estos principios, el acreedor hipotecario hace valer el *privilegio especial de cobro* que le reconoce la normativa concursal, *sobre el producto de realización del bien hipotecado en el seno*

del concurso. Sin embargo, la LH de 1869 dotó al acreedor hipotecario de un procedimiento específico de protección en el artículo 133 para el ejercicio de la acción real hipotecaria, previéndose que el procedimiento *no se suspendería* por las reclamaciones de un tercero [si no estuviesen fundadas en título anteriormente inscrito] ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor *ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos*. Este fue el origen del llamado *derecho de ejecución separada*, luego recogido en el artículo 127 de la LH 1946. O sea, del derecho a satisfacer el crédito garantizado con la hipoteca *fuera del procedimiento concursal*. Como consecuencia de la admisión de tal derecho, la LEC 1881 cambió el criterio en cuanto a la acumulación, previendo ahora la *no acumulación de los juicios ejecutivos al juicio universal de concurso o de quiebra, cuando solo se persiguieran bienes hipotecados* (art. 1379 LECA en relación con el 1173.3.º y 166) (1) y si bien la regulación del Código de Comercio de 1885, sobre el crédito hipotecario, podía llevar a pensar que este no gozaba de derecho de ejecución separada, sino que debía cobrar dentro de la masa de la quiebra, la doctrina se mostró partidaria desde la misma promulgación del Código de Comercio del reconocimiento del derecho de ejecución separada, basándose en los preceptos de la LECA 1379, 1173.3.º, 161.3, 166 y 1234, y en los artículos 127, último párrafo (para el juicio ejecutivo) y 132.1 y 135.3 (para el procedimiento judicial sumario del 131 LH) de la LH 1946 (2). Y si bien la doctrina discutía acerca de si era posible el inicio de la ejecución hipotecaria, *después de la declaración de quiebra, manteniéndose posturas diversas al respecto, la postura de la jurisprudencia consistió en interpretar que la ejecución separada de la hipoteca solo procedía si se había iniciado antes de la declaración de quiebra; declarada esta no procedía iniciar la ejecución hipotecaria* (3).

El panorama cambia con la publicación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, *que expresamente exceptuaba de la acumulación al concurso los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados* (art. 98.1.2.º) *y determinaba que la declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos del ejecutado no impediría ni la iniciación ni la continuación de los procesos de ejecución hipotecaria*, que seguirían hasta la satisfacción del acreedor, debiendo remitir el juez de la ejecución el remanente, al concurso (art. 568) (4). La LEC 2000 regulaba

(1) Vid., también los artículos 1234.2.º y 1319 LEC 1881.

(2) Cfr. ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I., y BONET NAVARRO, A., 2005, págs. 292 y 293. Tras la reforma de la legislación hipotecaria de los años 1909 y 1915, se regulan dos procedimientos posteriores al juicio ejecutivo para el ejercicio del derecho real de hipoteca: el procedimiento extrajudicial y el procedimiento judicial sumario, que elimina la reducida fase declarativa del juicio ejecutivo. El primero era, por definición, inacumulable al juicio universal. Respecto del segundo, el artículo 132 LH reproducía la formulación contenida en el artículo 133 de la LH de 1869 y el artículo 135.3 declaraba que el procedimiento no era acumulable a un juicio universal.

(3) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios Jurídicos. Abogados del Estado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 677.

(4) Señalaba el artículo 568 LEC 2000:

«El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Por excepción, tales situaciones no impedirán el inicio de la ejecución singular, si esta se limitare a los bienes previamente hipotecados o pignorados en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de

el derecho de ejecución separada de forma *muy amplia, yendo más allá de lo que había entendido la Jurisprudencia bajo la vigencia de la LEC 1881.*

Tras la reforma operada por la Ley Concursal (Disposición Final 3.^a), el artículo 568 LEC y el artículo 127 LH, *remiten en este tema a la LC.* Esta, en su Disposición Final 3.^a modificó el párrafo segundo del apartado 1.2.º del artículo 98 LEC, que quedó redactado de la forma siguiente: «Se exceptúan de la acumulación, a que se refiere este número, *los procesos de ejecución en que solo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.*». Parece, pues, que ya no están exceptuados de la acumulación al concurso, los procesos de ejecución en que se persigan bienes hipotecados, debiendo procederse conforme a lo previsto en la legislación concursal. En cuanto al artículo 568 LEC, pasó a señalar lo siguiente: «*El tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.*». En cuanto al párrafo 7.º del artículo 127 LH, quedó redactado de la forma siguiente: «Será juez o tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuera respecto del deudor. No se suspenderá, en ningún caso, el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor. *En caso de concurso regirá lo establecido en la Ley Concursal.*».

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que ha entrado en vigor el 4 de mayo de 2010, modifica ligeramente el artículo 568 LEC en el siguiente sentido:

- «1. *No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso.*
2. *El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.* El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento, ya iniciado, que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados, estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.
3. *Si existen varios demandados, y solo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto a que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.*».

Posteriormente, la Ley 38/2011 ha modificado el redactado del artículo 568.2 LEC, indicando: «*El secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento, ya iniciado, que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la LC.*».

los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías hipotecarias, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal».

La LEC 2000 dejó inalterado el artículo 127 LH, pero dio nueva redacción a los artículos 132 y 135.

Señalada la normativa prevista en la LEC y vista su constante remisión a la LC, hemos de analizar qué establece esta respecto de las ejecuciones singulares, y en particular, respecto de la ejecución especial hipotecaria.

Hay que tener en cuenta que uno de los principales efectos del concurso de acreedores es el de *proteger el patrimonio del deudor frente a las acciones singulares que pueden intentar sus acreedores*. Para el deudor que tiene intención de continuar su actividad profesional o empresarial, el concurso constituye una especie de «escudo», frente a sus acreedores, para mantener íntegro su patrimonio en tanto procede a reestructurar su negocio. Desde el punto de vista de los acreedores singulares, la declaración de concurso también constituye un «escudo» protector, pues evita la carrera de estos en su intento de realizar sus créditos y asegura la aplicación del principio *par conditio creditorum, según el cual los acreedores ordinarios cobrarán en el concurso a prorrata, esto es, sin distinción de fechas, en proporción a su crédito y a los bienes existentes en la masa activa*, así como la de los privilegios y preferencias establecidos para caso de concurso. Según lo expuesto, el concurso, si bien no es, en principio, incompatible con los procesos declarativos en la medida en que por sí mismos no constituyen un ataque al patrimonio del deudor, por el contrario, sí es casi siempre incompatible con la *ejecución singular* (sea ejecución forzosa singular contra todo el patrimonio del deudor para la realización de un crédito singular, sea ejecución especial contra determinados bienes del deudor dados en garantía del cumplimiento de la obligación cuya realización se pretende), *ya que puede mermar el patrimonio afecto al concurso, esto es, la masa activa*.

Si nos atenemos al artículo 55 LC, tal y como ha quedado redactado tras la Ley 38/2011, resulta que:

- «1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.
Hasta la aprobación del plan de liquidación podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración del concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.
3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso, conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.
4. *Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real.*

Señalada, pues, por la LC, la incompatibilidad como regla general de las ejecuciones singulares, con el juicio universal de concurso, el artículo 55.4 LC exceptúa del régimen de las ejecuciones forzosas singulares, las ejecuciones de garantías reales, y por lo tanto prevé un régimen especial para el acreedor hipotecario.

Tanto de la Exposición de Motivos de la misma (apartado III, párrafo 9.º), como del artículo 155.1 y 55.4, 56 y 57.3 LC (particularmente tras la nueva redacción dada por la Ley 38/2011 al art. 56.2), resulta la existencia para el acreedor hipotecario de un *derecho de ejecución separada*, si bien existía doctrina que negaba la existencia del derecho de ejecución separada (así DÍAZ FRAILE o J. J. JURADO) (5). Se trataría de la posibilidad de una *ejecución individual*, en la que los bienes objeto del privilegio especial hipotecario (art. 90.1.º LC) *se realizarían de manera individual, frente a la ejecución colectiva, propiamente concursal, que tiene lugar en fase de liquidación y en la que los bienes de la masa activa se realizan de manera conjunta, sujetándose al plan de liquidación (art. 148) o a las reglas legales supletorias (art. 149)*. Dicha ejecución individual se discute si es *intraconcursal* (ante el juez del concurso, en pieza separada) o *extraconcursal* (ante el juez de primera instancia o el notario, en caso de venta extrajudicial). Si realizada la hipoteca en la ejecución separada, el crédito no se hubiese satisfecho en su totalidad, el artículo 157.2 LC prevé que los créditos ordinarios serán satisfechos *a prorrata (par conditio creditorum), conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que estos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos* (6).

(5) Esta posición resulta muy interesante, atendiendo al principio de absorción de todos los bienes del quebrado en la quiebra y al principio clásico en el Derecho Procesal de que la fuerza atractiva de los juicios universales es máxima. En todo caso, siendo la opinión mayoritaria la que entiende que el acreedor hipotecario goza en la LC de un derecho de ejecución separada, y estando aplicándose de esta forma la LC en los Tribunales, desarrollaré este trabajo partiendo como tesis de la opinión mayoritaria.

(6) La Ley conecta a la garantía real hipotecaria un *privilegio especial*, por otorgar al acreedor un derecho de satisfacción (cobro) preferente *sobre el bien afecto a la garantía frente al privilegio general que otorga un derecho de satisfacción preferente sobre el patrimonio del deudor* (arts. 90.1.1.º, 155.1 y 156 LC). El privilegio especial sobre los bienes hipotecados se reconoce tanto en caso de ejecución individual (separada), como de ejecución colectiva (en el seno de la liquidación concursal). Para la *efectividad del privilegio* se requiere cumplir ciertos requisitos:

Primero, que la garantía esté constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 90.2 LC, 606 CC y 32, 145.2.º y 159 LH). Se exceptúan de esta regla las hipotecas legales tácitas.

Segundo, que se incluyan en la lista de acreedores. Al tratarse de una garantía real inscrita en Registro Público, se incluirá necesariamente, sin perjuicio de la facultad de la administración concursal para impugnar en juicio ordinario, y dentro del plazo para emitir su informe, la existencia y validez de los créditos (art. 86.2.º LC) [SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.). Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1045]. Si concurrieren varios créditos dotados de privilegio especial sobre un mismo bien, como el artículo 90 LC, según ha indicado la doctrina, no establece preferencias entre privilegios especiales, sino que se limita a hacer una enumeración de los mismos, habría que estar al artículo 155.3.2.º [aplicable en caso de ejecución separada y colectiva (art. 155.1 LC)], según el cual, si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la *prioridad temporal*

Ahora bien, reconocido el derecho de ejecución separada, la ley sujeta a dicho derecho a un plazo de espera, *si se trata de bienes afectos a la actividad empresarial*, en interés del concursado, para evitar que en la fase inicial del concurso, el deudor pueda verse privado de bienes afectos a su actividad, como consecuencia de la ejecución precipitada de garantías reales. De este modo se facilita *la continuación de su actividad durante esa fase inicial del concurso. Trataremos de justificar, a continuación, el porqué de esta restricción legal del derecho de ejecución separada de la garantía hipotecaria.*

Hay que tener en cuenta que la hipoteca, como derecho real de garantía, lo que asegura al acreedor es la satisfacción del crédito garantizado con el producto del bien hipotecado, con independencia de que esa ejecución se produzca dentro o fuera del concurso, de manera que la ejecución separada, como señala HERRERA CUEVAS, en este sentido, *no pertenece a la esencia de la garantía real (7). Por ello, el Derecho Histórico sujetaba al acreedor hipotecario a la ejecución colectiva, sin afectar por ello a la naturaleza de la garantía hipotecaria. Constituye, pues, el derecho de ejecución separada, un privilegio procesal respecto de los demás acreedores del concursado, y una excepción al principio de universalidad del concurso, o de doble integración universal, que tiende a impedir que ningún acreedor actúe (realice su crédito) al margen del procedimiento (art. 49), y que ningún bien se detraiga de la masa activa (art. 76).*

Es evidente que si bien el acreedor hipotecario puede tener el interés de no encontrar obstáculos para ejecutar su garantía, y de realizarla en el plazo más breve posible, los demás acreedores del concurso tienen el interés de no perder el control de unos bienes que, normalmente, suelen suponer una parte importante del patrimonio del concursado. Se trata de evitar la disgregación de la masa activa y la tardanza en su configuración definitiva. Desde una perspectiva liquidatoria, se trata de fiscalizar que el bien es enajenado en las mejores condiciones económicas posibles y salvaguardar así el posible sobrante que se pueda generar (siendo de notar que una ejecución colectiva donde los bienes hipotecados se enajenan, por ejemplo, como un todo con otros bienes, puede ser más ventajosa para los restantes acreedores que la ejecución individual separada). Desde la óptica de la conservación de la empresa, se trata de no perder unos bienes que pueden ser esenciales para la continuación de la actividad económica y, por tanto, para la obtención de unos ingresos con los que satisfacer a los acreedores (8). Desde la óptica del convenio, se trata de facilitar

que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de esta. La regla, en suma, tratándose de hipotecas, es la de *prior tempore, potior iure*, determinándose la prioridad de la hipoteca por la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad [fecha del asiento de presentación (art. 24 LH)].

(7) HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*. Europea de Derecho. Editorial Jurídica. Madrid, 2003, pág. 391, nota 211.

(8) Cfr. SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005, pág. 3862. La conservación de la empresa no es, en principio, fin de un procedimiento concursal, pero se conceptúa como medio de lograr la satisfacción de los acreedores, que sí es la razón última del procedimiento. En este sentido, la LC propicia por distintas vías el convenio y la conservación de la empresa, frente a su liquidación, en aras de la satisfacción de los acreedores, en el implícito entendimiento de que por esta vía se optimizan los recursos con los que habrán de ser satisfechos los

la adhesión al mismo del acreedor hipotecario, en lo cual tendrá un menor interés si dispone de un derecho de ejecución separada absoluto. El legislador, queriendo proteger los intereses, pues, del deudor, y de los demás acreedores concursales, porque ello beneficia al concurso en su conjunto, ha establecido una serie de restricciones y limitaciones al derecho de ejecución separada, *para no perturbar el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. Dichas limitaciones vienen a consistir en una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias que recaen sobre bienes del concursado afectos a la actividad empresarial (cfr. art. 56.2 LC, particularmente); no así para los que recaen sobre bienes no afectos (o siendo afectos, no necesarios, en ciertos casos).* Como señala la Exposición de Motivos, «este efecto, de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales, se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia», teniendo presente además que en la Exposición de Motivos, apartado V, se señala que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores *ha de constituir la regla general del concurso.*

Las señaladas limitaciones al derecho de ejecución separada consisten, detallando más, en una paralización temporal del inicio de ejecuciones hipotecarias separadas sobre bienes del concursado, afectos a la actividad empresarial, una vez declarado el concurso hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho o bien hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Las ejecuciones sobre los mismos bienes que estuviesen iniciadas al tiempo de la declaración de concurso se suspenden durante los mismos plazos (arts. 56.1 y 2 LC).

Centrándonos en la paralización-suspensión de ejecuciones separadas hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad empresarial, como el artículo 44 LC indica que la regla general es que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, es evidente que los ingresos que tal actividad genere, se irán incorporando a la masa activa (art. 76 LC) para la satisfacción de los acreedores. Desde este punto de vista, una paralización temporal de las ejecuciones sobre bienes afectos *permite la subsistencia de la empresa concursada en tanto se analiza su situación y se buscan salidas razonables para la situación de concurso, ya sea el convenio, ya sea su ordenada liquidación (9) y constituye un mecanismo que puede*

acreedores, frente a la liquidación, que conlleva destrucción de valor empresarial, en particular en lo relativo a su núcleo intangible (fondo de comercio, *Avviamento* o *good will*) referido a la actividad de organización realizada por el empresario que confiere a los elementos materiales un valor añadido. En principio, todo convenio, en supuestos en que el deudor tenga la condición de empresario o profesional, sería de continuación en la actividad, pues la Ley prohíbe que la propuesta de convenio consista en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (art. 100.3 LC) (PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, octubre-diciembre de 2007, págs. 889 a 891).

(9) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, pág. 302. MAIRATA LAVIÑA, J., «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR

beneficiar a todos los acreedores. Por otro lado, la norma parte de la presunción de que una organización articulada de bienes incorpora un valor superior al de la mera suma de los elementos materiales que la integran. En este sentido, la paralización de la ejecución hipotecaria constituye *presupuesto de ciertas medidas que pueden adoptarse en el convenio o deben adoptarse en la liquidación.* «Así con relación a las que pueden adoptarse en el convenio encontramos la posibilidad de incluir en la propuesta de convenio proposiciones de *enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o de determinadas unidades productivas (art. 100.2.II), proposiciones de fusión o escisión de la persona jurídica concursada (art. 100.3), proposición de contar para el cumplimiento del convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Con relación a las que deben adoptarse en la liquidación, encontramos la previsión de que siempre que sea factible, el plan de liquidación deberá contemplar la enajenación unitaria de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos (art. 148.1 LC); la previsión de que, en defecto de plan de liquidación, se lleve a cabo como un todo la enajenación de los dichos establecimientos, salvo que el juez, previo informe de la administración concursal, estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada (art. 149.1.1.º)*» (10).

En otro orden de cosas, el fundamento de la paralización *también hay que verlo en la opción que contempla el artículo 155.2 LC, y al cual se remite el artículo 56.3.* En tanto esté en vigor la paralización o la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, la administración concursal *podrá comunicar a los titulares de los créditos hipotecarios que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.* Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer *de inmediato* la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. *Se trata de conceder a los administradores concursales un término de gracia para poder enervar la ejecución del acreedor hipotecario, si ello es lo que más conviene a los intereses del concurso.*

Finalmente, la paralización incentiva que los acreedores hipotecarios participen en el convenio, como alternativa a la ejecución separada. Así por ejemplo, un acreedor financiero o un proveedor con garantía real puede tener interés en alcanzar un convenio si desea seguir manteniendo relaciones contractuales en el futuro con el deudor, hasta el punto de que la continuidad empresarial de este deudor sea más importante que la satisfacción actual del crédito garantizado [por ejemplo, en un entorno de continuación a una entidad bancaria le puede convenir renunciar a su privilegio a cambio de asumir todas las operaciones bancarias del concursado]. O si la garantía es de escaso valor aisladamente o separada de la unidad productiva en que se integra (11).

Por último, la paralización de las ejecuciones hipotecarias obedece también al principio de universalidad de la ejecución o a la protección de la unidad de

EZQUERRA, J.; ALONSO ÚREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOCER GARAU, G. (dirs.). Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 702 y 703.

(10) SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales», *op. cit.*, págs. 1048 y 1049.

(11) CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., Thomson-Cívitas, Pamplona, 2008, pág. 57.

patrimonio del concursado. PULGAR EZQUERRA cifra la *ratio legis* de la paralización en el principio de universalidad del artículo 76 (12).

Junto a la restricción señalada de la paralización de las actuaciones ejecutivas no iniciadas y suspensión de las ya iniciadas desde que conste en el correspondiente procedimiento la declaración de concurso (art. 56.1 y 2), hay que destacar otras limitaciones al derecho de ejecución separada como *la necesidad de una decisión del juez del concurso sobre la procedencia de la iniciación o reanudación de la ejecución que pretenda llevar a cabo el acreedor durante la tramitación del concurso* (art. 57.1) y *la pérdida de la facultad de proceder a la realización separada una vez abierta la fase de liquidación* (art. 57.3) (13).

II. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ABIERTO O PRETENDE ABRIRSE EJECUCIÓN SEPARADA

Determinado que la LC reconoce un derecho de ejecución separada sujeto a ciertas restricciones al acreedor hipotecario, la cuestión a dilucidar es si estas restricciones afectan solo a las hipotecas sobre bienes del deudor afectos a la actividad empresarial o profesional o también a bienes no afectos.

A la vista de la tramitación parlamentaria (14), podría pensarse que puesto que fue aceptada la propuesta de supresión del párrafo 5.º del artículo 55 del Proyecto, y no fue aceptada al mismo tiempo, la enmienda número 283 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, luego, número 141 en el Senado, fue voluntad del legislador la no paralización de las ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, singularmente, sobre la vivienda familiar. Sin embargo, lo único cierto es que con la supresión del mencionado apartado habían quedado sin regulación específica en la ley las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial (15). No obstante, la doctrina, por un camino u otro, venía a señalar la no paralización de las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes no afectos a la actividad empresarial, si bien intentó defender la exclusión del derecho de ejecución separada para la vivienda familiar por la vía de entender que la exclusión del artículo 55.4 de las garantías reales, respecto del régimen del artículo 55.1 y 2 LC, era en exclusiva para las que recayesen sobre bienes afectos a la actividad empresarial (16).

(12) PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, págs. 680 y 681.

(13) SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal. Paralización de ejecuciones de garantías reales», *op. cit.*, págs. 1043 y 1044.

(14) Cfr. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, julio-septiembre de 2012, págs. 88 a 96.

(15) En este sentido ha dicho IRIBARREN BLANCO que «de ningún modo debía haber llevado a la supresión del apartado [5.º del art. 55], porque con ello quedaban sin regular las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos» (IRIBARREN BLANCO, «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4. 2005, pág. 3767, nota 14).

(16) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC», *op. cit.*, págs. 106 a 115.

Tras la reforma introducida en el artículo 56.2 LC, pienso que ya no es posible defender aquella exclusión en términos absolutos. Ahora, con mayor claridad, la LC menciona la posibilidad de continuar la ejecución hipotecaria ya iniciada en la fecha del auto de declaración de concurso, si el bien objeto de ejecución hipotecaria no está afecto a la actividad empresarial. Señala el mencionado precepto: «Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (17).

En todo caso, la reforma muestra que se hacía precisa la mención explícita que ahora contiene el artículo 56.2 LC a la continuación de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso sobre bienes no afectos a la actividad empresarial, pues, de lo contrario, era viable aplicarle a dicha ejecución el régimen del artículo 55.2 LC.

Es evidente, pues, que resulta fundamental a la hora de decidir el régimen jurídico aplicable a la ejecución hipotecaria, dadas las restricciones existentes al derecho de ejecución separada cuando la garantía hipotecaria recae sobre bienes afectos, dilucidar si el bien objeto de ejecución, e integrado en el patrimonio del deudor, es un bien afecto a la actividad empresarial o un bien no afecto. O siendo afecto, si es o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial, pues a la luz del antiguo artículo 56.2 LC, puede entenderse que si ya están publicados los anuncios de la subasta de un bien afecto a la actividad empresarial al tiempo de la declaración de concurso, esto es, la subasta está muy avanzada, y los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, según el artículo 56.2 LC, en su nueva redacción «se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes... no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

Queda claro, pues, que es fundamental para determinar el régimen jurídico aplicable a una ejecución hipotecaria (antes de la reforma de la Ley 38/2011) y después de esta, determinar previamente si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

(17) Lo que sigue siendo factible es entender que para las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda familiar que pretendan iniciarse tras la declaración de concurso no existe régimen espacial ninguno regulado por la LC, por lo que les resultaría de aplicación el régimen general del artículo 55.1 LC. Esta interpretación dotaría de un mayor sentido al concurso de persona física consumidora y fomentaría la adopción en este de un convenio al que con mayores probabilidades se adheriría el acreedor hipotecario. Quizá resulte difícil que esta interpretación prospere si tenemos en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales favorables a la ejecución separada de la vivienda familiar hipotecada, pero desde luego permitiría una mayor protección de la familia en la que uno o ambos cónyuges han sido declarados en concurso.

Ahora bien, la cuestión es qué órgano judicial debe determinar tal carácter del bien, así como quién tiene la competencia objetiva para conocer de la ejecución hipotecaria, cuando esta entra en intersección con un procedimiento concursal.

En este contexto es donde cobra valor la STC 191/2011, de 12 de diciembre.

III. STC (SALA 1.^a) 191/2011, DE 12 DE DICIEMBRE, DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES OBJETO DE EJECUCIÓN SEPARADA

Ante el Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid, se instó por el Banco Pastor, S. A., procedimiento de ejecución hipotecaria contra la entidad mercantil Promociones y Obras Tiziano, S. A., quedando afectados a la ejecución cincuenta y nueve inmuebles, cincuenta y siete viviendas y dos locales comerciales, ocupados todos por terceros.

Posteriormente, el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, dictó Auto de declaración de concurso voluntario de dicha entidad mercantil, el 4 de septiembre de 2006. Con base en el artículo 56 LC, dicho Juzgado dictó Auto el 1 de marzo de 2007, requiriendo al Juzgado de Primera Instancia, número 32, para que suspendiera la ejecución hipotecaria hasta que el Juzgado de lo Mercantil resolviera si dichas fincas, integradas en la masa activa del concurso, eran o no necesarias para la continuidad de la actividad empresarial de la entidad concursada. Dicho requerimiento se hizo antes de que estuviese anunciada la subasta. El Juzgado de Primera Instancia contestó negativamente al requerimiento por entender que tales fincas ya no pertenecían a la concursada, que las había transmitido a terceros, por lo que no existía causa para suspender la ejecución, ordenando proseguirla y convocando la subasta por providencia de 20 de marzo de 2007, para el 26 de junio de 2007.

Antes de dicha fecha, el 14 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto declarando que las referidas fincas estaban afectas a la continuidad de la actividad empresarial de la concursada, dando cuenta al Juzgado de 1.^a Instancia a efectos de suspensión del procedimiento de ejecución, en virtud del artículo 56.2 LC. En la misma fecha, el Juzgado de 1.^a Instancia volvió a responder que ninguna de las fincas pertenecía al patrimonio de la concursada y que todas las partes del proceso de ejecución hipotecaria habían aceptado su competencia, y, por ello, su decisión sobre la procedencia o no de la paralización del procedimiento ejecutivo.

Ante esta situación, el Juez de lo Mercantil planteó por Auto de 21 de junio de 2007 una cuestión de competencia ante la Audiencia Provincial de Madrid, órgano superior jerárquico común de ambos (art. 51 LOPJ). Este Auto de planteamiento de la cuestión fue comunicado al Juzgado de la ejecución hipotecaria el 22 de junio de 2007, el cual dictó providencia de dicha fecha, reiterando que no procedía el planteamiento de la cuestión de competencia de oficio, dado que el único mecanismo de control de la competencia es a instancia de parte (por medio de la declinatoria), mecanismo no utilizado por las partes, por lo que devino firme el Auto de 24 de noviembre de 2006, por el que se había declarado competente, insistiendo en que la presente ejecución, desde el principio, recae sobre bienes de terceros, y no sobre bienes de la concursada, no procediendo aplicar el artículo 56 LC. Pocos días después, el 26 de junio de 2007, se celebró la subasta de las fincas en cuestión, con adjudicación de los inmuebles a la ejecutante.

El 20 de septiembre de 2007, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimosexta, dictó Auto resolutorio de la cuestión de competencia, declarando *la competencia del Juzgado de lo Mercantil para decidir si los inmuebles, objeto de ejecución hipotecaria, estaban o no afectos a la actividad empresarial de la concursada y su carácter necesario a efectos de la continuidad de la misma, al tratarse de una cuestión prejudicial devolutiva necesaria para que el Juzgado de Primera Instancia pudiera resolver después*, y partiendo de ello si suspendía la ejecución de las fincas correspondiendo, en todo caso, al juez del concurso decidir sobre si los bienes objeto de ejecución hipotecaria están o no integrados en la masa activa del concurso, sin que el hecho de que la sociedad deudora hubiera solicitado del Juzgado de Primera Instancia la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria por aplicación del artículo 56 LC, otorgue a dicho Juzgado la competencia objetiva para decidir sobre si los bienes estaban o no afectos a la actividad empresarial de la concursada. Indicando el Auto, por lo tanto, que el Juzgado de Primera Instancia debería resolver sobre si procede o no suspender la subasta, *partiendo de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre aquellos extremos*.

El 22 de octubre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia acusó recibo del oficio procedente de la AP de Madrid, comunicando el Auto resolutorio de la cuestión de competencia. Con base en dicho Auto, la concursada interpuso en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que ya se había dictado Auto, el 10 de octubre de 2007, adjudicando las fincas ejecutadas a la entidad bancaria, un incidente de nulidad de actuaciones. La concursada sostenía que el Juzgado de Primera Instancia carecía de competencia objetiva para decidir sobre la pertenencia a su patrimonio de los bienes objeto de ejecución y si estaban afectos o no a su actividad empresarial, ya que esa decisión correspondía al Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, por lo que no se podía acordar la prosecución de la vía ejecutiva. *El incidente fue inadmitido a trámite, y se expidió testimonio de adjudicación de las fincas*.

El 22 de noviembre de 2007, el Juzgado de lo Mercantil, en *consonancia con lo resuelto por la AP de Madrid, acordó dirigirse al Juzgado de Primera Instancia, a fin de manifestarle que habiendo sido declarado por este Juzgado los bienes objeto de ejecución hipotecaria, afectos a la actividad empresarial de la concursada e integrados en su masa activa, en resoluciones anteriores a la fecha de celebración de la subasta, debía comunicar el estado actual de las referidas ejecuciones hipotecarias*. El Juzgado no se hizo eco de esta petición hasta el 26 de diciembre de 2007, en que comunicó que se había celebrado la subasta con auto de adjudicación a favor de la ejecutante. Por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia concedió un plazo de un mes a los ocupantes de las viviendas para su desalojo. El 9 de octubre de 2008, el Juzgado dictó *seis Autos de lanzamiento de los ocupantes de todos aquellos inmuebles*. Estos interpusieron incidente de nulidad de actuaciones contra los dichos seis Autos, ante el Juzgado Ejecutor, denunciando falta de jurisdicción y competencia objetiva y funcional y por haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento al haber incumplido lo ordenado por la AP de Madrid. El 22 de octubre de 2008, el Juzgado dictó providencia de inadmisión a trámite del incidente de nulidad, declarando su extemporaneidad, puesto que habían transcurrido más de dos años dentro del procedimiento de ejecución, sin que quienes ahora actuaban hubiera discutido su competencia, lo que debieron hacer a través de la declinatoria, añadiendo que la paralización de la ejecución *ex artículo 56 LC*, había sido resuelta por el mismo en Auto firme de 24 de noviembre de 2006, por lo que procedía estar a lo acordado en el mismo.

Ante esta inadmisión, se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre de 2008, contra los seis Autos del Juzgado de Primera Instancia de 9 de octubre de 2008, por los que se acordaba el lanzamiento de los ocupantes de 59 inmuebles (57 viviendas y 2 locales comerciales), y contra la providencia de 22 de octubre de 2008, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones contra dichos Autos.

La demanda de amparo aducía vulneración por las resoluciones recurridas del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, al haber actuado el Juzgado de Primera Instancia en contra de las reglas sobre suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, en los casos de afección de los bienes a un proceso concursal, como ocurría con las fincas objeto de ejecución hipotecaria, que fueron declaradas ex artículo 56.2 LC, bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada por el Juez del Concurso. De manera que el Juzgado ejecutor hizo caso omiso tanto de la letra de la ley (art. 56.2 LC), como del requerimiento efectuado por el juez del concurso para que suspendiera la ejecución, y sobre todo, de la indicación vinculante dada por el superior de ambos, la Audiencia Provincial de Madrid. En consecuencia, se considera vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley por negarse de manera arbitraria e irrazonable el juez de la ejecución hipotecaria a acatar el pronunciamiento del Juzgado de lo Mercantil sobre la afección de las fincas al patrimonio de la entidad concursada, a pesar de imponerlo su superior jerárquico, la Audiencia Provincial, al resolver la cuestión de competencia entre ambos, y negarse con ello a acordar la suspensión de la ejecución en virtud de dicha afección. Como una segunda manifestación lesiva del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE), la demanda sostenía que la actitud del juez ejecutor revelaría una falta de la debida garantía de imparcialidad que estaba obligado a observar, imparcialidad que protege claramente el artículo 24.2 CE y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El requisito de la especial transcendencia constitucional del recurso se justificaba sobre la base de la gravedad de la lesión del derecho, y la inexistencia de jurisprudencia del TC sobre un supuesto vulnerador del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, con las connotaciones que concurren en el presente caso (en definitiva, vulneración de dicho derecho por la indebida inobservancia de una cuestión prejudicial devolutiva). Finaliza la demanda suplicando al TC dicte sentencia estimatoria, con nulidad de la providencia y Autos recurridos y de las actuaciones del proceso hipotecario desde el 13 de marzo de 2007, declarando la competencia del Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, para conocer del mismo en el seno del procedimiento concursal, con lo demás que en Derecho sea procedente.

El MF interesó la inadmisión y, en su defecto, la desestimación del recurso. Entendía el Ministerio Público que el derecho invocado no había sido lesionado, pues la AP de Madrid no había negado la competencia del Juez de Primera Instancia para resolver sobre la suspensión de la ejecución hipotecaria, sino que había atribuido al Juez de lo Mercantil la competencia para resolver sobre la integración de las fincas ejecutadas en el patrimonio de la entidad concursada y sobre el carácter de afectos a su actividad profesional o empresarial.

El TC admitió a trámite el recurso de amparo, y acordó por la vía urgente del artículo 57.6 LOTC, suspender la ejecución de los Autos impugnados y de cualquier actuación posterior del Juzgado de Primera Instancia tendente al cumplimiento efectivo del lanzamiento de las viviendas, con base en el riesgo de irreparabilidad del perjuicio derivado de la pérdida de posesión a sus ocupantes,

accediendo además a que se acordase la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de amparo.

En su resolución del recurso, el TC no consideró que se hubiera producido una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, según la doctrina al respecto sentada por el mismo. En cuanto al contenido esencial de dicho derecho fundamental, el TC indica que tiene declarado, «desde la STC 47/1983, de 31 de mayo (RTC 1983/47), F. 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional [SSTC 48/2003, de 12 de marzo (RTC 2003/48), F. 17; 32/2004, de 8 de marzo (RTC 2004/32), F. 4; 60/2008, de 26 de mayo (RTC 2008/60), F. 2]. *Constituye también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias* [por todas, STC 115/2006, de 24 de abril (RTC 2006/115), F. 9]. No puede confundirse, por tanto, el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido [entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre (RTC 1998/238), F. 3; 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49), F. 2; 183/1999, de 11 de octubre (RTC 1999/1839), F. 2; 164/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008/164), F. 4] [STC 220/2009, de 21 de diciembre (RTC 2009/220), F. 3; en el mismo sentido, SSTC 208/2009, de 26 de noviembre (RTC 2009/208), F. 5; y 134/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010/134), F. 2].

No obstante, este Tribunal ha apreciado cometida la vulneración del derecho fundamental de referencia cuando se dicta una decisión que supone *despojar de la potestad de jurisdicción al órgano judicial —o en su caso al titular de este— que la ostentaba, «contra el texto claro e inequívoco de la Ley»* [STC 35/2000, de 14 de febrero (RTC 2000/35)...]; o lo que es lo mismo, cuando modifica «sustancialmente las normas sobre atribución de competencia legalmente establecidas, en aplicación de la tesis no avalada por norma legal alguna, y no exenta de complicaciones de extenderse en el futuro» [STC 131/2004, de 19 de julio (RTC 2004/131), F. 4...].

Así caracterizada la vulneración del derecho fundamental que se invoca (juez ordinario predeterminado por la Ley, art. 24.2 CE), no cabría situar los términos de la queja formulada en este amparo como un caso estricto de privación o despojo de sus competencias naturales a alguno de los órganos judiciales aquí concernidos. De ello es prueba el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de septiembre de 2007, que declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil para resolver sobre la pertenencia o no al patrimonio del concursado del bien objeto de la ejecución hipotecaria sin perjuicio de que *deba resolver «el Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid, sobre si procede o no suspender la subasta señalada en el proceso de ejecución hipotecaria número 154-2006, partiendo de lo resuelto por el Juzgado de lo Mercantil sobre estos extremos»*. Hasta aquí una primera argumentación del TC.

En efecto, centrandó el problema planteado, los recurrentes alegan la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *porque no se ha resuelto por quien correspondía la cuestión prejudicial civil devolutiva, que se había planteado en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, una vez conocida la situación de concurso de la ejecutada*.

En un sentido amplio surge un fenómeno de prejudicialidad en un proceso, siempre que en el mismo una cuestión debe ser decidida lógicamente antes que la cuestión principal objeto del mismo. Pero en un sentido más estricto, se habla de *prejudicialidad*, o se dice que en un proceso existe una *cuestión prejudicial*, «cuando la decisión de la cuestión de fondo principal que constituye el objeto del mismo exige, o tiene como antecedente lógico resolver previamente otra cuestión sustantiva (no procesal), que, en hipótesis, podría haber dado lugar —o podría dar lugar en el futuro— a otro proceso (en el que la cuestión ahora prejudicial sería la cuestión principal)» (18). Las cuestiones prejudiciales pueden ser *de la misma naturaleza que la cuestión principal o de distinta naturaleza que la cuestión principal*. En el ámbito del proceso civil, las primeras se dan cuando son también civiles o mercantiles, es decir, propias del orden jurisdiccional civil. Se habla, entonces, de *prejudicialidad civil en el proceso civil*. En función del tribunal que puede conocer de la cuestión prejudicial esta es *no devolutiva*, si el conocimiento de la cuestión se atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal y *devolutiva*, si la decisión de la cuestión prejudicial corresponde a un tribunal distinto del que está conociendo de la cuestión principal. Mientras, en el caso de la prejudicialidad no devolutiva, la cuestión es resuelta en la sentencia como antecedente lógico-jurídico de la decisión de la cuestión principal y a los solos efectos prejudiciales, como dice el artículo 10.1 LOPJ, esto es, sin que el pronunciamiento sobre la cuestión tenga fuerza de cosa juzgada, en el caso de la *prejudicialidad devolutiva esta es suspensiva, es decir, se suspende el curso de los autos en tanto la misma sea resuelta por el tribunal competente*. En este caso, la decisión de dicho tribunal vinculará al del primer proceso. Entre las cuestiones prejudiciales devolutivas se distingue entre absolutas (aquellas en que el tribunal *está obligado a suspender el proceso y remitir la decisión de la cuestión prejudicial al tribunal competente*) y relativas (aquellas en que el tribunal está facultado para hacerlo o no hacerlo, ya sea discrecionalmente, o si se dan ciertos presupuestos) (19).

Resulta evidente que, dado el contenido de los artículos 55 y 56 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, la decisión relativa al carácter afecto o necesario de los bienes, podía configurarse como una *cuestión prejudicial civil* en el proceso de ejecución hipotecaria que estuviese en curso al dictarse el auto de declaración de concurso del ejecutado. Así, desde luego, lo consideraban ambos órganos judiciales en conflicto, si bien, para el Juzgado de 1.ª Instancia, la cuestión *no era devolutiva, considerándola devolutiva el Juzgado de lo Mercantil*. En el caso de autos, no pudo apreciarse vulneración por parte del Juzgado de 1.ª Instancia del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, *al no existir una norma clara que atribuyese competencia objetiva para resolver tal cuestión prejudicial al Juez del concurso*, al señalar el artículo 9 LC, en su redacción anterior a la Ley 38/2011: «La jurisdicción del juez [del concurso] se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento». Artículo que podía interpretarse en el sentido de que cualquier cuestión prejudicial, siempre que su resolución fuese necesaria para el buen desarrollo del concurso, y por lo tanto, las cuestiones prejudiciales civiles [con excepción de lo dispuesto en el art. 10.2 LOPJ, para las cuestiones prejudiciales penales] debía ser resuelta por el

(18) DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, pág. 543.

(19) *Op. cit.*, págs. 543 y 544.

Juez del Concurso. Pero el texto no era todo lo claro que hubiera sido deseable, y por ello debió el TC considerar que la decisión sobre la competencia de uno u otro órgano, *era una cuestión de legalidad ordinaria, y que en tal sentido, la actuación del Juez de Primera Instancia no podía considerarse como vulneradora del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.*

Ello, sin embargo, no determinó la desestimación del recurso interpuesto, pues habiéndose indicado en la demanda como una segunda manifestación de la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *el carácter arbitrario e irrazonable de la actitud del Juez de Primera Instancia, el Tribunal Constitucional, acogiendo el criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales reiterado en su doctrina, reconduce la queja formulada, examinándola desde la perspectiva de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, no invocado de forma específica en la demanda, pero que pudo claramente concurrir en este caso. Desde esta perspectiva, el Tribunal, estimando el recurso interpuesto, señala:*

«Tiene declarado este Tribunal [por todas, STC 134/2008, de 23 de octubre (RTC 2008/134), F. 2] que “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos”. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia [SSTC 147/1999, de 4 de agosto (RTC 1999/147), F. 3; 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000/25), F. 2; 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000/87), F. 6; 82/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/82), F. 2; 221/2001, de 31 de octubre (RTC 2001/221), F. 6; 55/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/55), F. 6; 223/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/223), F. 3; 276/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006/276), F. 2; y 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007/177), F. 5, entre otras muchas]. De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución [por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999/214), F. 4; 223/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002/223), F. 6; 20/2004, de 23 de febrero (RTC 2004/20), F. 6; y 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007/177), F. 4].

La aplicación de la doctrina precedente ha de conducir a la estimación del presente recurso. En efecto, desde nuestro ámbito de control externo *no nos corresponde entrar en calificaciones de legalidad ordinaria sobre cómo debía aplicarse el artículo 56 de la Ley Concursal a los hechos del caso, ni sobre el resultado al que se ha llegado por el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, respecto de la afectación y el carácter necesario de las fincas objeto de ejecución en el proceso número 154-2006 para la continuidad de la actividad de la concursada, pero sí de verificar la razonabilidad de la actuación del Juzgado de Primera Instancia, número 32 de Madrid. No tanto por la interpretación realizada del artículo 56*

de la Ley Concursal (RCL 2003/1748), ni siquiera por la negativa en rotundo a aceptar el requerimiento de suspensión de la ejecución formulada por el Juez del concurso, con el que obviamente discrepaba, sino por haber ignorado abiertamente y de forma continuada lo dispuesto en el Auto de la Audiencia Provincial, de 20 de septiembre de 2007 donde, con extensa argumentación y de modo inequívoco, se le ordenaba que resolviera sobre la suspensión ejecutiva ateniéndose al tenor de la cuestión prejudicial devolutiva resuelta por aquel Juez de lo Mercantil.

Dicho superior común dejaba claro que en el asunto que nos ocupa no concurría ningún supuesto de excepción del artículo 56 de la Ley Concursal que permitiera prescindir del pronunciamiento del Juez de lo Mercantil sobre los aspectos que resultaban propios de su jurisdicción. De modo que, fuera cual fuese el acierto de dicha decisión del juez del concurso, no le correspondía al Juzgado de Primera Instancia desconocer esa realidad. Y sin embargo, pese a la claridad de la argumentación y de las declaraciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo ya inequívoco que su actuación carecía de fundamento en Derecho y que resultaba, por ello, arbitraria, se resistió a los efectos jurídicos derivados de dicho pronunciamiento, negándose a acatar lo dispuesto en el Auto resolutorio de la cuestión de competencia. La persistencia en desatender la resolución vinculante de la Audiencia Provincial, a lo largo de más de un año, durante el cual continuó dictando resoluciones que ignoraban lo acordado en aquel Auto, conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), toda vez que los aquí recurrentes tenían derecho a que la suspensión de la ejecución se resolviera de forma congruente y fundamentada en Derecho, en coherencia con lo declarado previamente por el Juez del concurso».

La estimación del recurso conllevó la nulidad de los seis Autos dictados el 9 de octubre de 2008, y de la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones de 22 de octubre de 2008, decretando la retroacción del procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el momento inmediatamente anterior a la convocatoria de subasta de las fincas, quedando anulada la providencia que la convocaba y las actuaciones de ella derivadas.

En definitiva, pues, el Tribunal consideró que la lesión del artículo 24 CE se produjo, no por no haber resuelto la cuestión prejudicial civil devolutiva quien era competente para ello, pues la discusión, al respecto, sobre la interpretación del artículo 9 y 56 LC, era una cuestión de legalidad ordinaria, sino por la actitud irrazonable y arbitraria del Juzgado de Primera Instancia, que reiteradamente ignoró la resolución vinculante de un órgano judicial superior, dando lugar a resoluciones no fundadas en Derecho.

La importancia que, a mi juicio, tiene esta sentencia, es la de mostrar la problemática que existía en torno a la interpretación del artículo 56 LC, concretamente, en torno a la competencia para decidir el carácter afecto o necesario de los bienes del concursado sujetos a garantía real, y en torno a la mecánica operativa que debía presidir la actuación del juzgador que conocía de una ejecución hipotecaria, en el momento en que tiene noticia de la situación de concurso del ejecutado. Prueba de la problemática existente es la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, publicada en el BOE el 11 de octubre, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012.

En concreto, la Ley 38/2011 dio nueva redacción al artículo 9 LC del siguiente tenor:

- «1. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.
2. La decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirán efecto fuera del proceso concursal en que se produzca».

Y también al artículo 56, párrafos 2.º y 5.º (este último introducido como novedad):

- «2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior, se suspenderán desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
- ...5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior (art. 55 LC), corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (20).

La cuestión que cabe plantearse es si, efectivamente, el legislador, con la reforma efectuada por la Ley 38/2011, ha configurado o no la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes como una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, de modo que resuelta esta, continúa siendo competente para conocer de la ejecución hipotecaria, el juez de 1.ª Instancia, que deberá resolver sobre la continuación o suspensión de la ejecución en función de lo decidido por el juez del concurso, o caben otras interpretaciones de la reforma legal. Es decir, qué posición doctrinal o jurisprudencial ha acogido el legislador en su reforma, al existir diversas opiniones doctrinales y decisiones judiciales sobre la mecánica operativa a seguir, cuando una ejecución hipotecaria entra en intersección con un procedimiento concursal.

(20) De acuerdo con la Disposición Transitoria novena de la Ley 38/2011, «los nuevos apartados 2 y 5 del artículo 56..., modificados por esta ley... se aplicarán a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que respectivamente no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso». Resulta muy interesante este inciso último, pues prueba que también en el caso de pretender iniciar una ejecución hipotecaria tras la declaración de concurso, el acreedor hipotecario debe dirigirse necesariamente al juez del concurso para que este decida sobre el carácter afecto o no a la actividad empresarial de los bienes que pretenden ejecutarse, lo que condicionará la apertura inmediata o no del procedimiento de ejecución hipotecaria.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE CONFIGURABA LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES DEL CONCURSADO COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA

En este sentido, es particularmente reveladora la SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 20 de septiembre 2007 (*JUR* 2009/22872), que resolvió la cuestión positiva de competencia planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 7 de Madrid, en el supuesto litigioso arriba referenciado.

La sentencia señala, en primer término, que es posible plantear cuestiones positivas de competencia en supuestos como el señalado, pues si bien los artículos 45 y siguientes de la LEC, al regular la competencia objetiva, solo regulan de un modo detallado la apreciación por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, mediante la declinatoria, de su falta de competencia objetiva, no excluye que puedan plantearse cuestiones de competencia, positivas o negativas, entre dos órganos de la jurisdicción civil con distinta competencia objetiva, como es el caso de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados Mercantiles. La falta de regulación específica de estas cuestiones, pues la LEC solo regula el conflicto negativo de competencia territorial (art. 60 LEC) y la previsión del artículo 51 LOPJ de que tales cuestiones de competencia (sin limitarlas a las negativas), debe resolverlas el órgano inmediato superior común, llevan a la Sala a considerar posible el planteamiento de la cuestión positiva de competencia, siendo posible el planteamiento de oficio por el Juzgado de lo Mercantil, dadas las peculiaridades del proceso concursal, que no responde al esquema del clásico proceso contradictorio sometido rígidamente al principio de rogación, y dada la iniciativa que la regulación procesal del concurso otorga al juez que conoce del mismo.

Entrando en el fondo de la cuestión de competencia planteada, la Sala señala que su misión es delimitar el ámbito de actuación de cada órgano jurisdiccional, dado que ambos entienden ser competentes para resolver sobre la cuestión de la afectación o no de los bienes. La Sala entiende que es competente para resolver sobre la pertenencia o no al patrimonio del concursado del bien objeto de la ejecución hipotecaria y sobre el carácter de afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado, el Juzgado de lo Mercantil, por los argumentos siguientes.

Tras mencionar el artículo 86.ter.1.3.º LOPJ y la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal (21), la sentencia apela al principio de universalidad del concurso, tanto en cuanto a la masa activa (art. 76.1 LC), como en cuanto a la masa pasiva (art. 49 LC), principio de universalidad que determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción, evitando «según ha entendido la mejor doctrina, uno de

(21) «El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor; lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado. Mediante la correspondiente modificación de la LOPJ (nuevo art. 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los Juzgados de lo Mercantil».

los defectos más graves del Derecho concursal anterior, que “centrifugaba” entre diversos órganos judiciales las competencias sobre el patrimonio del deudor y permitía actuaciones separadas del procedimiento concursal, rompiendo la unidad de este e impidiendo un tratamiento homogéneo, coherente y lógico del estado de insolvencia. Por ello, al juez del concurso *se le atribuye el conocimiento de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora, y en todo caso de las previstas en los apartados 1.º a 6.º del artículo 86.ter.1 de la LOPJ*». Estos principios justificarían que la intervención del juez del concurso fuese también importante en aquellas cuestiones que suponen una excepción del principio de universalidad, como son los supuestos de reducción de la masa activa (art. 76.2; *separatio ex iure domini* (art. 80 LC) y *separatio ex iure crediti*). *En este último caso, determinados bienes del quebrado están afectos con carácter preferente a la satisfacción de ciertos créditos que gozan del derecho de ejecución separada, al margen del concurso.*

En este sentido, señala que el artículo 55.4 de la LC, exceptúa de la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor y de la prescripción de que las ejecuciones en curso queden en suspenso desde la declaración de concurso sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos, a los acreedores con garantía real. Respecto de los créditos con garantía real, el régimen que resulta de la LC es que los mismos pueden ser ejecutados, iniciándose los procedimientos de ejecución hipotecaria o continuándose los ya iniciados, con posterioridad a la declaración de concurso, con las especialidades contenidas en el artículo 56 y 57 de la LC. Dicho esto, «entiende la Sala que la *apreciación y valoración de los datos y circunstancias que justifican la aplicación de estos principios [favorecimiento de la continuación de la actividad del concursado empresa o profesional, y de conservación de la empresa] para restringir las excepciones al principio de universalidad del concurso que supone la ejecución separada de las garantías hipotecarias, es competencia del juez del concurso. Es este juez, ante quien puede presentarse propuesta de convenio, anticipado u ordinario, así como el plan de viabilidad, que tiene una visión de conjunto sobre la situación patrimonial del concursado, que cuenta en el proceso concursal con un órgano técnico e imparcial en el conflicto entre el concursado y el acreedor hipotecario, como es la administración concursal, quien tiene la competencia para pronunciarse sobre si el bien sobre el que recae la garantía real está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad o resulta o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor...*

Además... es el juez del concurso el competente para decidir sobre las cuestiones atinentes a la formación de la masa activa, y en concreto para decidir sobre qué bienes han de ser separados de la misma *ex iure domini*, y cuándo los bienes integrantes del patrimonio del deudor, sujetos a un procedimiento de apremio administrativo en curso, son o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor; a efectos de suspender tal procedimiento en base a lo previsto en el artículo 55 LC, por lo que es dicho juez quien aparece investido por el ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones que justifican la suspensión de la ejecución separada de garantías hipotecarias sobre bienes del concursado en base a circunstancias directamente enlazadas con algunos de los principios rectores del concurso, como son los de facilitación de la continuidad de la actividad de la empresa concursada y conservación de la empresa...

Optar por la solución que parece propugnar el Juzgado de Primera Instancia especializado en ejecuciones hipotecarias, como es que cada Juzgado que co-

nozca de una ejecución hipotecaria sobre bienes del concursado es competente para decidir sobre este extremo, *supondría “centrifugar” entre una pluralidad de órganos judiciales, distintos del juez del concurso, la competencia para decidir sobre este extremo. Estos otros órganos judiciales carecen de la visión de conjunto del juez del concurso sobre la situación patrimonial del concursado y sobre las circunstancias que permiten aplicar los preceptos legales en los que se recogen los referidos principios de conservación de la empresa y continuación de su actividad, y carecen asimismo del auxilio de la administración concursal. Además, el simple hecho de no ser un órgano único, pues pueden ser varios los juzgados que estén conociendo de ejecuciones hipotecarias o de otras garantías reales contra bienes del concursado, impide que se dé a la cuestión un tratamiento homogéneo y posibilita la existencia de resoluciones contradictorias, de modo que sobre distintos bienes del concursado que tengan una función similar o incluso idéntica y sean objeto de distintas ejecuciones hipotecarias puedan recaer resoluciones de signo contrario, unas entendiéndose que se trata de un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y otras entendiéndose justamente lo contrario, suspendiéndose en un caso la ejecución hipotecaria y siguiendo adelante en el otro.*

Por consiguiente, la competencia para pronunciarse sobre este extremo corresponde en exclusiva al juez del concurso, tanto más cuando en caso de decidir que la ejecución hipotecaria se está siguiendo contra un bien afecto o incluso necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, y de suspenderse por esa causa el proceso de ejecución singular, cuando se reanude tal proceso “se someterá a la jurisdicción del juez de este” (del concurso, art. 57.1 de la LC).

Señala también la AP que el Juzgado de Primera Instancia carece de competencia para resolver si las fincas contra las que se dirige la ejecución hipotecaria pertenecen o no a la concursada, pues es en el concurso donde ha de decidirse qué bienes están integrados en el patrimonio del deudor (art. 76 LC), puesto que corresponde a los administradores concursales elaborar el inventario de la masa activa que han de unir al informe que deben presentar al juez del concurso (art. 75.2.1.º), correspondiendo al juez del concurso resolver, por el trámite del incidente concursal, las impugnaciones que se formulen por cualquier interesado al inventario, en solicitud de inclusión o exclusión de bienes o derechos. Por tanto, no puede admitirse que un bien esté dentro y fuera del patrimonio del concursado, según sea el juez del concurso o el juez de la ejecución hipotecaria quien se pronuncie.

Delimitada así la competencia del juez del concurso, en lo atinente a la decisión sobre el carácter afecto o necesario del bien contra el que se sigue ejecución hipotecaria, la sentencia delimita la competencia del juez de 1.ª Instancia, en el sentido de entender que a él le corresponde decidir sobre si procede la suspensión de dicha ejecución, puesto que para decidir sobre tal suspensión es preciso apreciar otros extremos que resultan directamente del proceso de ejecución hipotecaria que ante él se sigue como son: «1.º) Si al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta, no será suficiente que el bien esté afecto a la actividad profesional o empresarial..., y el juez de la ejecución hipotecaria habrá de comprobar, en tal caso, que el juez del concurso ha declarado que el bien no solo está afecto a la actividad profesional o empresarial..., sino que es necesario para la continuidad de tal actividad...; 2.º) El juez de la ejecución hipotecaria podrá denegar la suspensión si cuando ha de decidirse sobre la suspensión del proceso de ejecución hipotecaria el bien había sido ya adjudicado en el seno del proceso de ejecución hipotecaria ya sea al acreedor, ya sea a un tercero como consecuencia de la subasta, puesto que se habría produ-

cido en tal caso la salida del bien del patrimonio del concursado para ingresar en el patrimonio de ese acreedor o tercero». *De lo expuesto cabría deducir que, según la Audiencia Provincial de Madrid, conocido por el juez de 1.ª Instancia el concurso del ejecutado, debía suspender provisionalmente la ejecución en espera de que el juez del concurso se pronunciase sobre los extremos antes indicados, decidiendo posteriormente sobre la continuación del procedimiento en función de lo decidido por el juez del concurso.* La decisión, pues, sobre el carácter afecto o necesario de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, *constituye, a juicio de la Audiencia, una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso.*

El mismo criterio se desprende de la STS de 22 de diciembre de 2006 (Sala de Conflictos de Jurisdicción) (RJ 2007/8690). La Delegación Especial de la AEAT, en Andalucía, Ceuta y Melilla, seguía un procedimiento administrativo de apremio contra la Sociedad SPAIN CNY ESTATES, S. L. Posteriormente, el 4 de mayo de 2005, se declaró el concurso voluntario de la entidad. Los administradores concursales dirigieron al Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, que conocía del concurso, un escrito para que decidiese si el crédito que la entidad concursada ostentaba frente a INTEREALTY CANARY ISLANDS, S. L., y que había sido embargado por la AEAT, constituía o no un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada. El Juzgado estimó parcialmente que sí, declarando afectado desde la fecha de 4 de mayo de 2005, cualquier ingreso que se hubiese obtenido por el concursado de dicha sociedad, requiriendo a la AEAT para que suspendiera desde la fecha de la declaración del concurso, las actuaciones en trámite, con declaración de nulidad de todas las actuaciones posteriores.

La AEAT recurrió en reposición, siendo desestimado el recurso y posteriormente formuló requerimiento de inhibición, a fin de que el Juzgado de lo Mercantil se inhibiera en su jurisdicción, lo que al ser denegado por el juez del concurso, que decidió mantener su jurisdicción, dio lugar a conflicto de jurisdicción, debiendo decidir el Tribunal Supremo quién era el órgano competente para decidir sobre el carácter de los bienes objeto de apremio administrativo.

Entiende el TS, que del artículo 164 LGT y del artículo 55 LC, se desprenden dos principios básicos para la resolución del conflicto: 1.º Que la providencia de apremio dictada por la Administración es preferente a la declaración concursal si aquella es anterior en el tiempo a esta. 2.º Que si el apremio administrativo no se hubiese terminado cuando se produce la declaración de concurso, *la Administración deberá poner en conocimiento del juez del concurso si los bienes o derechos afectados por el apremio son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.*

«La primera premisa enunciada es..., que la preferencia en la ejecución corresponde al procedimiento administrativo de ejecución cuando la providencia de apremio dictada por la Administración es anterior a la fecha de declaración del concurso, y se produce alguna de estas dos circunstancias: 1.ª) Que el procedimiento de apremio ha terminado y el crédito en favor de la Administración ha sido cobrado. 2.ª) Que, aunque el procedimiento de apremio se encuentre en curso, *el órgano jurisdiccional decida que el bien o derecho afectado por el apremio administrativo no es necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor.*

El principio expresado significa que el criterio que marca la preferencia de los procedimientos en los términos expuestos no es el del embargo de bienes o derechos sino el de la fecha de providencia de apremio... Como decimos, y se

infiere de modo taxativo del artículo 164 de la LGT en relación con el artículo 55 de la Ley Concursal, es la prioridad temporal de la providencia de apremio, o, alternativamente, de la declaración concursal la que determina la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial...

La segunda premisa que antes enunciamos es la de que en las hipótesis en las que el procedimiento de apremio no haya terminado y el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, el procedimiento administrativo de apremio pierde esa preferencia de que por razones temporales inicialmente gozaba y queda sometido al concurso en los términos previstos en el artículo 55 de la LC...

La Administración, contrariamente, considera que la preferencia en los procedimientos de ejecución viene marcada, de modo exclusivo, por un criterio temporal. Cuando, como en este caso, la providencia de apremio es anterior a la declaración de concurso, la preferencia la ostenta, a todos los efectos, el procedimiento administrativo. Entender las cosas de otra manera constituye la negación del principio de autotutela administrativa en la tesis sostenida por la Administración.

Sin embargo, la cesión de la competencia administrativa inicial en favor del juez del concurso, se infiere, además, de una adecuada comprensión del alcance y sentido de las «potestades administrativas».

En materia de potestades administrativas lo primero que ha de tenerse en cuenta es que estas no se constituyen para la satisfacción del interés de una concreta organización administrativa, en este caso la AEAT, sino para la satisfacción del interés público.

El interés público es un concepto de difícil delimitación, pero desde el punto de vista jurídico entendemos que de modo expreso o tácito ha de ser definido por el legislador en cada sector del ordenamiento que regula.

Siendo esto así, es indudable que en las situaciones de concurso el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental han de supeditarse ciertos privilegios y también el de autotutela.

Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la LGT [en este sentido, nuestra sentencia resolviendo el Conflicto 4/2005, de 19 de octubre de 2005 (RJ 2005/7671)].

Ha de proclamarse, por tanto, que la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que este decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva, pierde su competencia, en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención.

En el caso analizado, y como ya hemos dicho, la preferencia inicial en la ejecución corresponde a la Administración, por ser anterior la providencia de apremio a la declaración de concurso.

Producida la declaración concursal, la Administración debió dirigirse al juez del concurso a fin de que este decidiese sobre si los bienes integrantes del «pa-

trrimonio» del deudor, sujetos al procedimiento de apremio en curso, eran o no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

Es, por tanto, improcedente, que la Administración haga traba de bienes integrantes del patrimonio del deudor, sin que *con carácter previo exista un pronunciamiento judicial declarando la no afectación de los bienes o derechos objeto de apremio a la continuidad de la actividad del deudor*.

Como en el asunto resuelto, la Administración no se ha dirigido al órgano judicial, y obtenido de él una declaración en el sentido expresado, el conflicto ha de ser resuelto en favor del órgano judicial».

Queda claro, pues, el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de que estamos en presencia de una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta. En la misma línea que dicha sentencia, cabe citar el AAP de Madrid (Sección 28.^a), de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872); AJMER, número 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2009/84447), AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 26 de junio de 2008 (*JUR* 2008/316525); el AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009 (*AC* 2009/1827), y AAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a), de 17 de junio de 2010 (*JUR* 2010/417996).

El citado AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009, resulta particularmente interesante, pues enlaza la cuestión en estudio con la relativa a la competencia judicial para el conocimiento de la ejecución hipotecaria cuando el ejecutado hipotecario es declarado en concurso. Habiendo resuelto el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Ciudad Real, en el seno de una ejecución hipotecaria declarar la falta de competencia objetiva de ese Juzgado para conocer de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por CAJASUR, frente a la entidad AGUIRRE MANTENIMIENTO, S. L. y don Iván y doña Belinda, al ser competente el Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real, al que deberían remitirse las actuaciones, CAJASUR interpuso recurso de apelación. La apelante alegaba que de acuerdo con los artículos 56 y 57 LC, el Juzgado de Primera Instancia debía dirigirse al de lo Mercantil para que este se pronunciase sobre si el bien hipotecado estaba afecto o no a la actividad empresarial de la concursada, solicitando se revocase el Auto apelado. A ello se oponía AGUIRRE MANTENIMIENTO, S. L., que sostenía la prevalencia del artículo 8 LC, solicitando la confirmación del Auto apelado.

En su resolución del recurso, señala la Sala lo siguiente:

«Con independencia de la forma en que se articula, básica y esencialmente lo que en realidad propone el apelante, y con sede en el artículo 56.1 LC, es que la Ley Concursal, sin perjuicio de la *vis atractiva concursus* que implica el artículo 8 LC (igual que el art. 86 LOPJ modificado por LO 8/2003, de 9 de julio), previene ciertas excepciones, una de ellas la contemplada en el citado artículo 56; de forma que, y con dicho precepto puesto en relación con el número 1 del artículo 57, será competente el Juzgado de lo Mercantil para las ejecuciones de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado —el ejercicio de dichas acciones se someterá a la jurisdicción del juez que tramite el concurso con el art. 57.1—, pero no en otro caso, esto es, cuando se trate de ejecuciones de bienes no sujetos a esa afectación.

Admite esta Sala dicha distinción, y lo hace con apoyo en la expresa previsión legal, pues efectivamente el artículo 56 LC 22/2003, hace referencia expresa y explícita a las ejecuciones de bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, no a otras, ejecuciones esas las que, iniciadas o reanudadas —una vez

aprobado el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho, o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de liquidación—, durante la tramitación del concurso, se someterán a la jurisdicción del juez de este, “quien a instancia de parte, decidirá sobre su procedencia”, como previene el artículo 57, precepto que explícitamente se remite al artículo 56, donde, como se dijo, expresamente se hace la distinción, por lo que se hace innecesario por inútil abundar más en ella este último artículo.

Entiende entonces la Sala que los artículos 56 y 57 LC, como el artículo 55 en materia de apremios administrativos o tributarios —precepto este que ha dado lugar a distintas Resoluciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007/8690), con la solución que aquí propone el apelante—, son la excepción al principio de universalidad del procedimiento concursal, que determina la unidad del órgano judicial competente y la universalidad de su jurisdicción (art. 86.ter.1 LOPJ).

Enlazando con esto último y, precisamente porque la ejecución tiene contenido patrimonial (art. 8.3.º), su incidencia en el concurso y masa activa deberá resolverla el juez de lo Mercantil, pues así se previene en esa misma Ley especial, artículos 56 y 57, que viene de esta forma a modular el contenido del primeramente citado con la fórmula flexible que se disciplina en los segundos.

Ello significa, en definitiva y terminando, que, como excepción al principio de universalidad del concurso, la ley especial contempla la posibilidad de ejecución separada de las garantías reales, siendo el juez del concurso el competente para pronunciarse sobre si el bien objeto de la ejecución hipotecaria es afecto o necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor: Y una vez resuelva sobre ello el juez de lo Mercantil, será competente el juez de la ejecución hipotecaria para decidir sobre si procede suspender el proceso de ejecución hipotecaria. Solución mantenida por la AP de Madrid en Resolución de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872), en el voto particular formulado a la Resolución de la Sala de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581) de la AP de Barcelona, Sección 15.ª, y en la sentencia de 22 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007/8690), dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción».

*Queda claro, pues, que la configuración de la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, como una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, guardaba estrecha relación con la interpretación de los artículos 56 y 57 LC, en torno a la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias cuando estas están en intersección con un procedimiento concursal. En línea con esta Resolución cabe citar la SAP de Las Palmas (Sección 3.ª), de 25 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/2110); AAP de las Islas Baleares (Sección 5.ª), de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164746); AAP de Almería (Sección 3.ª), de 7 de febrero de 2011 (*AC* 2011/926); AAP de Sevilla (Sección 5.ª), de 28 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/50424); AAP de Madrid (Sección 9.ª), de 26 de enero de 2012; AJMER, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217); AJMER, número 4 de Salamanca, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).*

No comparte, sin embargo, esta línea argumental el AAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581), que considera que corresponde al juez del concurso el conocimiento de toda ejecución hipotecaria sobre bienes afectos y no afectos, indicando expresamente: «*resulta llamativo que el juez del concurso deba primero realizar un diagnóstico sobre si los bienes del deudor en cuestión están afectos o no a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, asumiendo inicialmente que el examen del*

objeto de la garantía le corresponde, para luego abandonar su competencia si no existe afección del bien gravado. Por el contrario, parece más razonable, y más ajustado a la voluntad del legislador, mantener que es el juez del concurso quien debe decidir si la garantía real que recae sobre el patrimonio de la concursada tiene o no como objeto un bien afecto a su actividad, y solo en el caso de entender que la afección no existe, abrir pieza separada para dar cauce a esta ejecución al margen del proceso concursal y decidir sobre su procedencia por los trámites correspondientes» (22).

(22) Formuló voto particular a esta Resolución, el Magistrado don Ignacio SANCHO GARGALLO, en el sentido de que *con la configuración de la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes, como cuestión prejudicial devolutiva absoluta, no existe inconveniente práctico alguno a que determinadas ejecuciones sean conocidas por órganos judiciales o extrajudiciales diversos del Juez del Concurso*. Señala: «A mi juicio, y esto entronca con lo que constituye el núcleo de mi disidencia, una vez establecida la regla general que atribuye al juez del concurso la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer (...) 3.º de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (art. 8 LC), *la misma Ley Concursal establece sus excepciones*.

La primera de ellas, la que se contiene en el párrafo segundo del artículo 55.1 LC, cuando después de proclamar, también con carácter general, que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor», exceptiona «los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso...», y sin perjuicio de la salvedad prevista a continuación de que «los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». De ello se deduce que, lógicamente, la competencia para seguir conociendo de estos procedimientos de ejecución sujetos a la excepción mencionada será del tribunal de lo social o de la autoridad administrativa que hasta ese momento conociera de la ejecución, sin que se vea afectado por la atribución de competencia a favor del juez del concurso prevista en el artículo 8.3.º LC.

Y otra excepción se contiene en los dos preceptos siguientes, en los artículos 56 y 57 LC, cuando regula cómo se ven afectadas las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado por la declaración de concurso. El artículo 56 LC distingue, según los bienes estén o no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, pues en caso afirmativo se suspende el ejercicio de la facultad de realización de dicha garantía, esto es, el acreedor no podrá iniciar su ejecución durante un tiempo («hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación»), y si ya se hubiere iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, este procedimiento de apremio se suspenderá a partir de entonces y por el mismo lapso de tiempo antes indicado.

Como la suspensión del ejercicio del derecho de realización de la garantía real o la paralización del procedimiento de apremio ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso es temporal, el artículo 57 LC prevé expresamente las circunstancias en que se podrá iniciar o reanudar la ejecución de garantías reales, una vez transcurrido el plazo legal de suspensión. La propia rúbrica del precepto («Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales») debía disipar cualquier duda acerca de las facultades de realización y los procedimientos de ejecución a los que se refiere el artículo 57 LC, que son las correspondientes a las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor afectos a su actividad procesal o empresarial, pues son ellas las que han resultado suspendidas o paralizadas por la declaración de concurso. Y para estos casos se prevé expresamente que la competencia para conocer del inicio de dichas ejecuciones o de su reanudación, cuando hubieren quedado paralizadas por la declaración de concurso, corresponderá al juez del concurso, aunque como una ejecución separada del concurso y sujeta a «las normas propias del

V. ¿ES NECESARIO INTERPRETAR QUE EL LEGISLADOR, AL REFORMAR EL ARTÍCULO 56 LC POR LEY 38/2011 HA CONFIGURADO LA DECISIÓN SOBRE EL CARÁCTER AFECTO O NECESARIO DE LOS BIENES COMO UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL DEVOLUTIVA ABSOLUTA?

De lo expuesto hasta el momento resulta evidente que la mecánica operativa judicial, en el caso de que una ejecución hipotecaria ya iniciada entre en intersección con un proceso concursal *solamente puede pasar por una de estas dos opciones*: O bien, por entender que, efectivamente, la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes es una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso, correspondiendo al juez de 1.^a Instancia decidir sobre la suspensión o continuación del procedimiento ejecutivo, en función de la decisión tomada por el juez del concurso, o bien, por

procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda». No cabe hablar de una ejecución acumulada al concurso, sino de una ejecución cuyo conocimiento se ha atribuido al juez del concurso, siendo su tramitación paralela al propio concurso, y así el apartado segundo del artículo 57 LC expresamente dispone que, «iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso». Solo en el caso en que la ejecución separada no se hubiere instado antes de la apertura de la fase de liquidación, los acreedores con garantía real perderán esta facultad, quedando la satisfacción de su crédito clasificado con privilegio especial del artículo 90 LC sujeta a las reglas previstas en el artículo 155 LC.

Resulta lógico que, a sensu contrario, cuando la garantía real está constituida sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, y por ello la declaración de concurso no suspende la facultad de realización ni paraliza las ejecuciones ya iniciadas, la competencia para conocer de las correspondientes ejecuciones no sea necesariamente del juez del concurso, sino de aquella instancia judicial o extrajudicial competente de acuerdo con las normas extraconcursales. El artículo 56 LC presupone la existencia de un derecho de ejecución separada para las garantías reales constituidas sobre bienes del deudor concursado, que opera al margen del concurso, y que solo en el caso en que dichos bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevén una serie de condicionantes en atención a esta circunstancia. Estos condicionantes son los relativos a la suspensión temporal de la ejecución, para dar la posibilidad de evitar la ejecución de un bien que, por estar afecto a la actividad del deudor, se estima necesario para su continuidad o para transmitir mejor la empresa o una unidad productiva, lo que presupone en cualquier caso el pago de los créditos garantizados con cargo a la masa (arts. 56 y 155.2 LC).

La previsión del artículo 57.1 LC que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer del inicio o la reanudación de ejecuciones de garantías reales que por recaer sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor han quedado paralizadas temporalmente por la declaración de concurso, una vez concluido el plazo legal de suspensión, solo tiene sentido porque el artículo anterior supone el reconocimiento del derecho de ejecución separada al margen del concurso de las garantías reales sobre bienes no afectos, pues de otro modo, si en todo caso procediera la acumulación al concurso, resultaría inútil la mención expresa del artículo 57.1 LC al inicio o reanudación de las ejecuciones suspendidas.

Con la solución alcanzada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de que en caso de ejecución separada, el órgano jurisdiccional o la instancia administrativa que conozca de la ejecución se dirija al concurso para preguntar si los bienes afectados por dicha ejecución, en un caso son necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 55.1 LC) o, en otro, si están afectos a dicha actividad empresarial o profesional del deudor (art. 56.1 LC), no existe ningún inconveniente práctico para que puedan coexistir excepcionalmente esas ejecuciones separadas que, como en el presente caso, afectarían también a las garantías reales sobre bienes no afectos.

entender que, declarado el concurso, y constando el mismo en el procedimiento ejecutivo, *cesa la competencia objetiva del juez de Primera Instancia, debiendo remitirse de oficio o a instancia de parte las actuaciones al juez del concurso* [Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 28 de junio de 2007 (AC 2007/1581); Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/60566), Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (AC 2009/1170) —que sostiene la competencia de los jueces mercantiles solo para el caso de que la ejecución hipotecaria sobre bienes no afectos se haya iniciado tras la declaración de concurso—, Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (JUR 2010/327974) y Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a) de 15 marzo de 2012 (JUR 2012/142826)].

Esta última solución, defendida por un importante sector doctrinal y que traté de explicar en trabajos anteriores (23), lleva a la conclusión de que *todas las actuaciones ejecutivas hipotecarias judiciales o extrajudiciales iniciadas antes de la declaración de concurso, ya recaigan sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial, se suspenderán desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento, pues la competencia, para conocer de las mismas, ya no corresponde al juez civil* (24). Como señala el artículo 568 LEC, «*el secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados... estarán sujetos a cuanto establece la LC*» (25). Las actuaciones se reanudarán ante el juez del concurso, de acuerdo con el artículo 56.2 en relación con el artículo 56.1, *cuando la garantía recaiga sobre bienes no afectos o cuando concurra alguna de las circunstancias que determina el fin de la paralización de las ejecuciones de garantías reales*. Dicha reanudación se produce necesariamente a instancia de parte, haya o no traslado de oficio de las actuaciones, cuestión procesal que no prejuzgamos (art. 57.1). Como decimos, a instancia de parte, el juez concursal decidirá sobre la procedencia de la reanudación, y en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1) (26). Ello si la reanudación de la ejecu-

(23) JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2010, págs. 135 a 152; «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, julio-septiembre de 2010, y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 2011, núm. 723.

(24) El juez del concurso sería competente, por lo menos, ya recayese la ejecución sobre bienes afectos o no afectos, y ya se hubiese iniciado antes o después de la declaración de concurso, siempre que el concursado fuese deudor y dueño de los bienes hipotecados o tercer poseedor.

(25) LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, págs. 2287 a 2289. SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 56 LC», *op. cit.*, págs. 1064 y 1065.

(26) La doctrina duda sobre el alcance de estas últimas palabras. Si el procedimiento suspendido fuese un procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, se duda acerca de si es este el que debe reanudarse ante el notario, o si, por el contrario, la tramitación

ción suspendida o el inicio de una *ex novo* se produce durante la fase común o la fase de convenio del concurso. La apertura de la liquidación determinará la aplicación de las previsiones del artículo 57.3 LC.

La cuestión es cuál de las dos posiciones ha sido acogida por el legislador al reformar el artículo 56 LC por Ley 38/2011. Si bien una primera lectura de los artículos 56.2 y 56.5 podría conducir a entender que se ha optado por la primera, una lectura más detenida de ambos preceptos en relación con el artículo 57 LC, nos lleva a entender que la segunda. En efecto, puesto que según el artículo 56.2 LC en su nueva redacción toda ejecución hipotecaria ya iniciada al declararse el

será ante el propio juez del concurso, que haría suyo o aplicaría el procedimiento extrajudicial [arts. 129 LH y 236-a) a 236-o) RH]. SÁNCHEZ RUS y CARRASCO PERERA optan por la primera alternativa. SÁNCHEZ RUS entiende que si se reanudan actuaciones suspendidas, no sufrirá alteración el tipo de procedimiento que se venía desarrollando. En cualquier caso, el ejercicio extrajudicial está supeditado a una decisión del juez del concurso. La complejidad procedimental de la solución, en opinión del autor, si se optase por la alternativa de seguir las actuaciones del procedimiento extrajudicial, pero en lugar de ante notario hábil, ante el juez del concurso y el hecho de que ello excluiría, la posibilidad de realización extrajudicial que para el autor permite la Ley, le llevan a entender que el acreedor podrá acogerse a los procedimientos de ejecución extrajudicial ante notario hábil y que la función del juez del concurso será aquí la de decidir acerca de la procedencia de la ejecución y *supervisar* las actuaciones desarrolladas conforme a la normativa reguladora del procedimiento (SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A., «Comentario al artículo 57 LC», *op. cit.*, págs. 1075 a 1077; CARRASCO PERERA, A., «Los derechos de garantía en la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 141 y 142). En cambio, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL (ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «Comentario al artículo 57», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. [coords.], vol. I. Artículos 1 al 70. Ed. Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2004, pág. 618) y DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL optan por la segunda opción a la que nosotros nos adherimos. Como afirman estos autores, las palabras «se someterá a la jurisdicción» del juez del concurso son argumento para sostener la *vis atractiva* a favor del juez del concurso. «Por otro lado, dice el texto que ese juez, que acordará su tramitación en pieza separada, “acomodará”, las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. No acertamos a entender cómo podría el juez del concurso “acomodar”, nada, si no fuera a ser él el competente para conocer íntegramente (no solo controlar o supervisar) de las acciones iniciadas o reanudadas a las que se refiere este apartado 1 en su conjunto». (DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL, «Comentario al artículo 56 y 57 LC», en *Tratado práctico concursal*, *pp. cit.*, págs. 511 y 512). Por otro lado, no hay que olvidar las razones de interés para los acreedores concursales de que las ejecuciones hipotecarias sean conocidas por el juez del concurso. En este sentido, señala DIEZ PICAZO: «Nosotros entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista del concurso, son mayores las ventajas que los inconvenientes de *suprimir o, por lo menos, de limitar el derecho de ejecución separada*, pues la existencia de este tipo de créditos [privilegiados], con ese adicional derecho [de ejecución separada], impide la definitiva configuración de la masa activa, cuya consistencia final no se conoce hasta que las ejecuciones separadas no han concluido; y *obliga a los acreedores del concurso y a los órganos de este a operaciones de seguimiento muy difíciles, porque se refieren a procedimientos ajenos. Así, la diligencia impone controlar esos procedimientos, conocer el momento en que se encuentren, decidir si se acude o no a las subastas, para que no se envilezca en ellas el valor de los bienes y, en este caso, llevar a cabo operaciones de inversión de fondos para poder acudir a las subastas*» (DIEZ PICAZO, L., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*. Editorial Civitas-Fundación Universidad-empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982, pág. 297). Precisamente la atribución competencial al juez del concurso obvia parte de estas dificultades y proporciona una tutela eficiente a la masa de acreedores.

concurso se suspenderá «desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento», pudiendo alzarse la suspensión de la ejecución y «ordenándose que continúe cuando se incorpore al procedimiento *testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor*», y dado que el artículo 57 LC habla de que «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso, *se someterá a la jurisdicción del juez de este, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia, y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda*», parece que queda más claro que con la normativa anterior, que es al juez del concurso a quien corresponde el conocimiento de toda ejecución hipotecaria.

De manera que para que el acreedor hipotecario pudiera hacer uso del privilegio procesal de ejecución separada *intraconcurzal*, sería preciso previamente que el juez del concurso realizase un *juicio de procedencia* sobre la ejecución pretendida (art. 57.1 LC). Pero, previamente, *habría que decidir la cuestión prejudicial civil no devolutiva, por lo tanto, de competencia del juez del concurso, relativa a si los bienes objeto de ejecución (ya iniciada y cuyas actuaciones han sido trasladadas al juez del concurso, o bien que se pretende iniciar) son bienes afectos o no a la actividad empresarial o profesional o son bienes no necesarios*, dada la diversidad de régimen de la ejecución hipotecaria, atendiendo a la naturaleza del bien.

Esta decisión es objeto de una posible disputa entre acreedor hipotecario, administración concursal y deudor fallido. Una cuestión de este tipo tendría que acabar resolviéndose por los trámites del incidente concursal, dada la posibilidad de vista y de planteamiento de medios de prueba (interrogatorio de testigos, reconocimiento judicial...), que tendrán las partes y que ilustrará mejor la decisión judicial (27).

Incorporada a la pieza separada que constituye el procedimiento ejecutivo en curso, el testimonio de la resolución del juez del concurso sobre el carácter no afecto del bien ejecutado, podrá alzarse por el juez del concurso la suspensión y continuar la ejecución (art. 57.1 LC). Igualmente, si el bien no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial, y la ejecución estaba ya muy avanzada, pues se habían publicado los anuncios de la subasta antes de la declaración de concurso (28).

(27) CARRASCO PERERA, A., «Los derechos de garantía en la LC», *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(28) Aunque el tenor literal del artículo 56.2 LC habla de la posibilidad de reanudar la ejecución si la resolución del juez del concurso declara que los bienes no son necesarios, *sin exigir que al mismo tiempo, ya estuviesen publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto*, entiendo que dicha exigencia procesal continúa siendo imprescindible, y que hay que entender restrictivamente el precepto, a la luz de su redacción inmediatamente anterior. Como ya expuse en otro lugar, en caso, por ejemplo, de cierre parcial de la empresa con cese de actividad, los bienes afectados por el cierre (aunque ya no fuesen necesarios en estricto rigor para la continuidad de la actividad de la empresa), deberían seguir considerándose afectos a la actividad empresarial, y determinar una suspensión conforme al artículo 56.2 o paralización, conforme al artículo 56.1 de la ejecución hipotecaria, *si ello puede redundar en beneficio del concurso por permitir un convenio, que de otro modo no se alcanzaría o se alcanzaría en condiciones menos ventajosas o una liquidación en globo, liquidación que beneficia a la masa del concurso, por el plus que se obtiene en este modo de realización y no perjudica al acreedor hipotecario. La consideración de tales bienes como afectos tiene la ventaja de permitir a la administración concursal ejercitar la opción del artículo 155.2 LC, para evitar*

Entendiendo que los bienes son afectos, el juez, ante una petición de inicio o reanudación de la ejecución, debería examinar si concurre el cese de la paralización o suspensión prevista en el artículo 56 LC. En todo caso, si se trata de iniciar una ejecución hipotecaria, el juez debería determinar si concurren los requisitos de Derecho procesal y material que permiten el despacho ordinario de la ejecución (29).

Algunos autores habían defendido que la decisión sobre el carácter afecto o no de los bienes era de los administradores concursales y, en caso de conflicto entre el acreedor privilegiado y los administradores concursales del juez del concurso. Es la opinión de SALINAS ADELANTADO para quien, en todo caso, y a efectos prácticos, sería muy interesante que, en aras de la seguridad jurídica, se interpretase que, cuando el artículo 82.2 impone a los administradores del concurso señalar en su inventario los gravámenes y cargas que tengan los bienes, se considere que es obligación de estos indicar su criterio sobre si se tratan o no de bienes afectos (30). En parecidos términos se expresa ZUBIRI DE SALINAS, para quien el momento para que el acreedor hipotecario alegue que goza de créditos hipotecarios sobre bienes no afectos a la actividad empresarial es en el momento de elaboración por la Administración concursal del inventario, en el cual se debe

*la ejecución separada al término del plazo de suspensión y rescatar los bienes para el convenio o la liquidación. No solo puede obtenerse un beneficio para el concurso, sino también para los trabajadores de la empresa afectada por el cierre parcial, que pueden ser reestructurados, en caso de convenio con asunción o de liquidación en globo, en los establecimientos afectados por el cierre (no necesarios en estricto rigor para la continuidad de la actividad empresarial), lo que permitirá el mantenimiento de más puestos de trabajo. La consideración de que la empresa cumple una función social, por lo que es conveniente su mantenimiento, abona, a mayor abundamiento, la interpretación propugnada. Vid., más extensamente, también, sobre el supuesto de cierre con cese total de actividad y despido de trabajadores en JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 129 a 135.*

(29) Sin embargo, la DGRN considera que «la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al modificar entre otros el artículo 56.2 de la Ley Concursal de 2003, pretende reforzar las competencias objetivas del juez de lo mercantil que entiende del concurso. Muy especialmente pretende que la apreciación de la posible afectación a la actividad profesional o empresarial de la finca ejecutada y del hecho de que resulte o no necesaria en el patrimonio del deudor para continuar la actividad del concursado —factor que determina la posibilidad o no de la ejecución singular pretendida en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente— sea exclusiva competencia del juez que entiende del concurso. A tal fin se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento» [RDGRN de 12 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/334539)].

No obstante, pienso que existen argumentos de peso para defender la competencia objetiva del juez del concurso para el conocimiento de toda ejecución hipotecaria, entre ellos, que ello permitiría obtener un mejor resultado económico en la realización de los bienes, dado, como señala DIEZ PICAZO, el más fácil control de tales ejecuciones por la administración concursal, así como la mayor posibilidad de que acreedores concursales participen en la subasta, impidiendo la adjudicación de los bienes al acreedor por la vía del artículo 671 LEC, lo que beneficia al concurso (vid., *ut supra*, nota 25, *in fine*). Sobre este particular, vid. también: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», *op. cit.* Y «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», *op. cit.*

(30) SALINAS ADELANTADO, C., «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», *op. cit.*, pág. 3878 y sigs.

determinar la naturaleza y características de los bienes, entre las que cabe incluir su afección o no a la actividad empresarial (art. 82.2 LC). Si la administración concursal no estima la alegación del acreedor hipotecario, entonces, en el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LC), podrá impugnarse aquel, resolviendo el juez conforme al procedimiento del incidente concursal. La sentencia que lo resuelva declarará que en ese momento, los bienes están o no afectos. La sentencia deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, ya que modifica el derecho inscrito al delimitar las condiciones para su ejercicio (art. 2.2 LH). Es posible, no obstante, una desafectación del bien. Ante este cambio de circunstancias deberá determinarse por el juez en ese momento acerca de si el bien está o no afecto (31).

En efecto, podía pensarse que los administradores concursales debían incluir tal mención sobre los bienes a la hora de confeccionar el inventario al amparo del artículo 82.2 LC, y que dicha mención *podía ser impugnada por el acreedor hipotecario o por el deudor concursado (art. 184.1 LC) o por las demás partes personadas o demás interesados (art. 96.1 en su redacción dada por el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica)* sustanciándose por los trámites del incidente concursal. Ello tenía la ventaja de permitir oír no solo al acreedor hipotecario, deudor y administración concursal, sino demás personados o interesados (que también tienen algo que decir en una cuestión tan trascendental que puede afectar a la continuidad de la actividad empresarial y al conjunto del concurso) y daba una mayor formalidad a la decisión sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes, dado que el bien que se ejecutaría formaba parte de la masa activa del concurso.

Otro argumento a favor de que la decisión sobre la afección o no de los bienes inmuebles hipotecados se tomase en el trámite del inventario y en las impugnaciones al mismo, es que tanto la administración concursal como el juez podrían resolver la cuestión para cada bien en particular, *teniendo en cuenta su relación con otros bienes, aspecto este de gran importancia dado el concepto de bienes afectos que puede darse, según expliqué antes (vid. nota 27), que incluiría a los bienes en su día vinculados de hecho a la actividad empresarial, pero hoy afectados por un cierre, si ello beneficia al concurso*. Y en el caso del juez que resuelve las impugnaciones, podría apreciar en conjunto las alegaciones que se hiciesen respecto de cada bien en particular; lo que le permitiría una decisión más precisa. De hecho, el artículo 96.5 LC, en la redacción que le ha dado la Ley 13/2009, para la implantación de la Oficina Judicial, prevé que las impugnaciones se acumularán de oficio por el juez para resolverlas conjuntamente, en una única sentencia. Por otro lado, dificultaría el buen desarrollo del procedimiento el que el juez se fuera pronunciando sobre el carácter afecto o no de los bienes [oyendo al acreedor hipotecario, deudor concursado y demás partes personadas o interesados (*arg. ex. art. 96.1 y 2 LC*)], anticipando la solución a ofrecer en el inventario, cada vez que un acreedor hipotecario quisiese iniciar o reanudar la ejecución sobre un bien del concursado, pues podrían generarse abultados incidentes que el juez del concurso debería resolver uno por uno. En cambio, con la interpretación sustentada, el juez solamente debería dictar una sentencia, resolviendo conjuntamente todas las impugnaciones planteadas frente a la calificación de todos los bienes objeto de hipoteca.

Esta posición, aunque pudiera parecer lo contrario, entiendo que no resulta imposible continuar manteniéndola, tras la Ley 38/2011, en el sentido de que el

(31) ZUBIRI DE SALINAS, M., «Hipoteca y concurso», *op. cit.*, págs. 296 a 301.

artículo 56.5.º de la LC, no articula procesalmente cuándo debe producirse la decisión del juez del concurso, que bien podría ser en el trámite de impugnación del inventario. De no admitirse esta interpretación, es evidente que solo cabría la que efectuamos antes (incidente concursal sobre el carácter de los bienes objeto de ejecución hipotecaria, en el que el juez del concurso decidiría la cuestión prejudicial civil no devolutiva, previo al juicio de procedencia del art. 57.1 LC).

VI. CONCLUSIONES

1. Existente el derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario, y diversificado el régimen jurídico de la ejecución separada en función del carácter de los bienes objeto de ejecución, esto es, en función de si tales bienes están o no afectos a la actividad empresarial del concursado, puede entenderse que constituye una cuestión prejudicial civil devolutiva, de competencia del juez del concurso, la decisión sobre el carácter de los bienes, como de hecho lo ha entendido un buen número de resoluciones judiciales, que parten también de la existencia de excepciones a la competencia del juez del concurso para el conocimiento de toda ejecución sobre bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, como sería el caso de ejecuciones sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o sobre bienes no necesarios, si ya estuviesen publicados los anuncios de la subasta, antes de la declaración de concurso.
2. La STC 191/2011, de 12 de diciembre, entendió que la lesión del artículo 24 CE se produjo, no por no haber resuelto la cuestión prejudicial civil devolutiva quien era competente para ello, pues la discusión, al respecto, sobre la interpretación de los artículos 9 y 56 LC, era una cuestión de legalidad ordinaria, sino por la actitud *irrazonable y arbitraria del Juzgado de Primera Instancia, que reiteradamente ignoró la resolución vinculante de un órgano judicial superior (Audiencia Provincial que había estimado la cuestión positiva de competencia planteada a favor del juez del concurso), dando lugar a resoluciones no fundadas en Derecho.*
3. La importancia que tendría esta sentencia es la de mostrar la problemática que existía en torno a la interpretación del artículo 56 LC, concretamente, en torno a la competencia para decidir el carácter afecto o necesario de los bienes del concursado sujetos a garantía real, y en torno a la mecánica operativa que debía presidir la actuación del juzgador que conocía de una ejecución hipotecaria, en el momento en que tiene noticia de la situación de concurso del ejecutado. Prueba de la problemática existente es la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, publicada en el BOE el 11 de octubre, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012.
4. La mecánica operativa judicial, en el caso de que una ejecución hipotecaria ya iniciada entre en intersección con un proceso concursal *solamente puede pasar por una de estas dos opciones: O bien, por entender que, efectivamente, la decisión sobre el carácter afecto o necesario de los bienes es una cuestión prejudicial civil devolutiva absoluta, cuyo conocimiento corresponde al juez del concurso, correspondiendo al juez de 1.ª instancia decidir sobre la suspensión o continuación del procedimiento ejecutivo, en función de la decisión tomada por el juez del concurso, o bien, por entender que, declarado el concurso, y constando*

el mismo en el procedimiento ejecutivo, *cesa la competencia objetiva del juez de Primera Instancia, debiendo remitirse de oficio o a instancia de parte las actuaciones al juez del concurso.*

5. La reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 56.2.º LC, en relación con el artículo 57, mostraría claramente que el legislador se ha decantado por la competencia objetiva del juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes del concursado.
6. Si bien el nuevo artículo 56.5.º LC, introducido por la Ley 38/2011 atribuye al juez del concurso la decisión sobre el carácter afecto o no, necesario o no, de los bienes del concursado objeto de ejecución hipotecaria, al no arbitrarse la mecánica procesal para dicha resolución, puede interpretarse que tal pronunciamiento deberá realizarse por el juez del concurso *ad hoc*, al pretender reanudar o iniciar una ejecución hipotecaria mediante un incidente concursal, o bien que el mismo procederá en la resolución de las impugnaciones al inventario, en el cual la Administración Concursal deberá indicar el carácter que, a su juicio, tienen los bienes del concursado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Comentario al artículo 57», en *Comentarios a la Ley Concursal*. SAGRERA TIZÓN, J. M.; SALA REIXACHS, A. y FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), vol. I, artículos 1 al 70. Ed. Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2004.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVILL: «Comentario a los artículos 55, 56 y 57 LC», en *Tratado Práctico Concursal*, Tomo III, 1.ª ed. Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2009.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, Editorial Civitas-Fundación Universidad-empresa, 1.ª ed., Madrid, 1982.
- DOMÍNGUEZ DE CALATAYUD, V.: «Aspectos generales y registrales de la LC 22/2003, de 9 de julio», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. GÓMEZ GALLIGO, J. (coord.), Tomo II, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GÓMEZ GALLIGO, F. J.: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *Estudios Jurídicos. Abogados del Estado*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.
- HERRERA CUEVAS, E.: *Manual de la reforma concursal*. Europea de Derecho, Editorial Jurídica, Madrid, 2003.
- IRIBARREN BLANCO: «El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2010.
- «Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, julio-septiembre de 2010.
- «¿Es competente el juez del concurso para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos a la actividad empresarial?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero de 2011.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comentario a la Disposición Final 3.^a de la Ley Concursal», en *Comentarios a la Ley Concursal*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- MAIRATA LAVIÑA, J.: «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentarios a la Legislación Concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOCER GARAU, G. (dir.), Tomo I, Dykinson, S. L., Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I.: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 2000.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002.
- «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 266, octubre-diciembre de 2007.
- SALINAS ADELANTADO, C.: «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», en *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005.
- SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A.: «Comentario al artículo 56 LC. Paralización de ejecuciones de garantías reales», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 57 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coords.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.: «Hipoteca y concurso», en *Las claves de la Ley Concursal*. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.; QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (coords.), 2005.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 47/1983, de 31 de mayo (RTC 1983/47).
- STC 238/1998, de 15 de diciembre (RTC 1998/238).
- STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49).
- STC 147/1999, de 4 de agosto (RTC 1999/147).
- STC 183/1999, de 11 de octubre (RTC 1999/183).
- STC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999/214).
- STC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000/25).
- STC 35/2000, de 14 de febrero (RTC 2000/35).
- STC 87/2000, de 27 de marzo (RTC 2000/87).
- STC 82/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/82).
- STC 221/2001, de 31 de octubre (RTC 2001/221).
- STC 223/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002/223).
- STC 48/2003, de 12 de marzo (RTC 2003/48).
- STC 55/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/55).
- STC 20/2004, de 23 de febrero (RTC 2004/20).
- STC 131/2004, de 19 de julio (RTC 2004/131).
- STC 32/2004, de 8 de marzo (RTC 2004/32).
- STC 223/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/223).
- STC 115/2006, de 24 de abril (RTC 2006/115).
- STC 276/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006/276).
- STC 177/2007, de 23 de julio (RTC 2007/177).
- STC 60/2008, de 26 de mayo (RTC 2008/60).

- STC 134/2008, de 23 de octubre (*RTC* 2008/134).
- STC 164/2008, de 15 de diciembre (*RTC* 2008/164).
- STC 208/2009, de 26 de noviembre (*RTC* 2009/208).
- STC 220/2009, de 21 de diciembre (*RTC* 2009/220).
- STC 134/2010, de 2 de diciembre (*RTC* 2010/134).
- STC (Sala 1.^a) 191/2011, de 12 de diciembre (*RTC* 2011/191).
- STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), de 19 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7671).
- STS (Sala de Conflictos de Jurisdicción), de 22 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007/8690).
- SAP de Las Palmas (Sección 3.^a), de 25 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/2110).
- SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 20 de septiembre 2007 (*JUR* 2009/22872).
- AAP de Madrid (Sección 28.^a), de 20 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/22872).
- AAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 28 de junio de 2007 (*AC* 2007/1581).
- AAP de Barcelona (Sección 15.^a), de 26 de junio de 2008 (*JUR* 2008/316525).
- AAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60566).
- AAP de Girona (Sección 1.^a), de 12 de mayo de 2009 (*AC* 2009/1170).
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 29 de abril de 2009 (*AC* 2009/1827).
- AAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 12 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/164746).
- AAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a), de 17 de junio de 2010 (*JUR* 2010/417996).
- AAP de Pontevedra (Sección 1.^a), de 29 de julio de 2010 (*JUR* 2010/327974).
- AAP de Almería (Sección 3.^a), de 7 de febrero de 2011 (*AC* 2011/926).
- AAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 28 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/50424).
- AAP Zaragoza (Sección 4.^a) de 15 marzo de 2012 (*JUR* 2012/142826).
- AJMER, número 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1217).
- AJMER, número 10 de Santander, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2009/84447).
- AJMER, número 4 de Salamanca, de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010/1240).
- RDGRN de 12 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/334539).

RESUMEN

*EJECUCIÓN HIPOTECARIA
CONCURSO
DERECHO DE EJECUCIÓN
SEPARADA*

En el caso de que una ejecución hipotecaria entre en intersección con un proceso concursal, en que se declara el concurso del ejecutado hipotecario, como pone de relieve la STC 191/2011, de 12 de diciembre, se plantea una problemática en torno a la actuación de ambos órganos jurisdiccionales: el juez de primera instancia que conoce la ejecución hipotecaria y el juez del concurso. Una corriente jurisprudencial ha venido interpretando que, en tal caso, se plantea en el seno de la ejecución hipotecaria

ABSTRACT

*MORTGAGE FORECLOSURE
BANKRUPTCY
RIGHT OF SEPARATE
FORECLOSURE*

Should a mortgage foreclosure intersect with bankruptcy proceedings in which the bankruptcy applicant is the mortgagor, as highlighted in Constitutional Court Ruling 191/2011 of 12 December, a problem arises concerning the action of the court of first instance hearing the foreclosure proceedings and the judge hearing the bankruptcy proceedings. One current of case law interprets that in such cases devolutive civil references for preliminary rulings should be requested in the foreclosure proceedings

una cuestión prejudicial civil devolutiva (determinación del carácter afecto, o no afecto, necesario o no necesario, para la continuidad de la actividad empresarial del concursado, del bien objeto de ejecución), debiendo conocer de la misma el juez del concurso, y resolviendo sobre la continuidad o suspensión de la ejecución hipotecaria, el juez de primera instancia, en función de lo resuelto por el juez del concurso. Otra corriente doctrinal y jurisprudencial defiende que, en tal caso, el juez de primera instancia pierde su competencia objetiva para el conocimiento de la ejecución, debiendo suspenderse, en todo caso, la ejecución y dar traslado de las actuaciones al juez del concurso, que resolverá sobre la continuidad o no de la ejecución hipotecaria separada, en función del carácter del bien, siendo aquella así una ejecución intraconcurzal (en pieza separada). Tras la reforma operada por la Ley 38/2011 en el artículo 56 LC, apartados 2.º y 5.º, se plantea una importante cuestión interpretativa: cuál de ambas soluciones ha sido acogida por el legislador.

(to ascertain whether the asset at issue in foreclosure is or is not a necessary factor in the continuation of the bankrupt's business activity). The judge hearing the bankruptcy proceedings must decide on this question, and the court of first instance will decide whether to continue or suspend the foreclosure proceedings, depending on the findings of the judge hearing the bankruptcy. Another current of legal thought and case law holds that, in such a case, the court of first instance is no longer an objective judge of proceedings, and at all events the foreclosure must be suspended and the proceedings forwarded to the judge hearing the bankruptcy, who will decide whether or not separate foreclosure proceedings should continue. This decision will depend on the nature of the asset. If foreclosure proceedings continue, it is as separate proceedings within the bankruptcy proceedings. Act 38/2011 amends paragraphs 2 and 5 of article 56 of the Bankruptcy Act and raises an important question of interpretation: Which of the two solutions have legislators embraced?

2. DERECHO MERCANTIL

*LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ADQUIRENTE DE PARTICIPACIONES
SOCIALES PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES
EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JUNIO DE 2012*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ANTES SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2012 (*JUR* 2012/218979), se analiza el controvertido tema de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales, especialmente en el supuesto en que el demandante ha adquirido la titularidad de las acciones o participaciones sociales en cuestión, con posterioridad a la fecha del acuerdo social cuya impugnación pretende.

En el caso enjuiciado por esta sentencia, los hechos probados que ahora interesan revelan que el día 24 de febrero de 2004, se celebró una junta universal de socios de la sociedad Santamaría Ibarra, S. L., que acordó una ampliación de capital social de 96.003,74 euros, para lo cual se modificó el artículo 5 de los Estatutos, para cifrar el capital social en 149.793,24 euros, y se acordó la emisión de 15.974 nuevas participaciones de 6,01 euros cada una.

Asimismo, el 12 de septiembre de 2007, doña Coro donó la nuda propiedad de las 8.949 participaciones de la sociedad citada a sus hijos don Mauricio, doña Amanda, doña Sofía y doña Débora. Esta donación se comunicó a la sociedad el 26 de septiembre de 2007.

Pues bien, tres de los nudos propietarios (las hermanas Amanda, Sofía y Débora), el 12 de febrero de 2008, a través de la demanda que inició el procedimiento, impugnaron la junta general de socios de 24 de febrero de 2004 y el acuerdo adoptado de ampliación de capital social. La junta de socios se impugnó porque, a su juicio, no existió, pues no se llegó a celebrar nunca. Como se trataba de una junta universal, conforme al artículo 48.1 LSRL (*RCL* 1953, 909 y 1065), era imprescindible, para su válida constitución, que estuviera presente o representada la totalidad del capital social y que los concurrentes aceptaran por unanimidad la celebración de la reunión y el orden del día. La demanda niega que doña Coro, socia mayoritaria, hubiera asistido a dicha junta ni renunciado a los derechos de adquisición preferente en beneficio de su hijo Darío. El acuerdo también se impugnaba por ser contrario al orden público.

La sentencia de primera instancia, después de declarar probados los hechos antes mencionados, desestimó la demanda por entender que las actoras carecen de legitimación activa para impugnar la junta de 24 de febrero de 2004 y el acuerdo en ella adoptado. El juez mercantil razonó que las actoras, aunque al tiempo de poner la demanda son nudas propietarias de participaciones sociales, no tenían la condición de socias cuando se celebró la junta impugnada, el 24 de febrero de 2004. También argumenta que las actoras no podían ser consideradas terceros legitimados para impugnar si la anterior titular de las participaciones, que lo era al tiempo de celebrarse la junta, no impugnó, pudiendo hacerlo.

La Audiencia Provincial niega, igualmente, la legitimación activa de las demandantes invocando la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1993, y entiende que si doña Coro, pudiéndolo hacer, no impugnó la junta de socios, quienes años más tarde han recibido por donación la nuda propiedad de sus participaciones carecen de legitimación para hacerlo.

El Tribunal Supremo entiende no aplicable la doctrina de la sentencia de 9 de octubre de 1993, al caso de autos, al razonar lo siguiente:

«Así lo han entendido tanto el Juzgado Mercantil, que falló en primera instancia, como la Audiencia Provincial, que lo hizo en apelación, y ambos tribunales invocan para ello la sentencia de esta Sala 908/1993, de 9 de octubre (RJ 1993/8175). En aquel caso, el demandante originario había basado única y exclusivamente su legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales en su supuesta condición de accionista de la sociedad y había quedado acreditado que carecía de dicha legitimación (única con la que ha litigado), al no ser accionista ni haberlo sido nunca.

Pero en esa sentencia 908/1993, de 9 de octubre, al actor se le negó legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales, no porque no hubiera sido accionista al tiempo de adoptarse los acuerdos, sino porque tampoco lo había sido después, al formularse la demanda. Cuestión distinta es que más tarde, con ocasión de la casación, el actor hubiera querido amparar su legitimación en un “interés legítimo” que no adujo en el momento adecuado ni, mucho menos, probó, y que esta Sala no lo hubiera tenido en consideración al resolver el recurso de casación por “la evidente situación de indefensión que ello supondría para las entidades demandadas, con la consiguiente conculcación del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836).

En realidad, el artículo 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume, en todo caso, este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su “interés legítimo”, sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero tiene que invocar en la demanda su “interés legítimo” para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada. De este modo, en un supuesto como el que ahora nos corresponde juzgar y como el acaecido en la referida sentencia 908/1993, de 9 de octubre, en que las actoras tan solo han invocado su condición de socias para justificar su legitimación, no cabe tener en consideración otro “interés legítimo” que no fue oportunamente invocado».

Sobre la base de lo anterior, el razonamiento del Tribunal Supremo para aceptar la legitimación del adquirente de las participaciones sociales en el proceso de impugnación del caso de autos fue el siguiente:

«Cuando el artículo 117.1 TRLSA (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206) se refiere a los accionistas (socios en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada), debemos entender que lo hace, en cualquier caso, a quien lo era en el momento

de celebrarse la junta y adoptarse los acuerdos impugnados, y lo sigue siendo al ejercitar la acción de impugnación. En realidad, la legitimación deriva de ser titular de las participaciones al tiempo de celebrarse la junta, por verse entonces afectado por los acuerdos en ella adoptados, y como mecanismo legal para reaccionar frente a las irregularidades que de forma relevante vician la junta o los acuerdos en ella adoptados. Pero se entiende que si inter vivos o mortis causa transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar. Lo que no quiere decir que quien hubiera sido socio al tiempo de celebrarse la junta impugnada, o en la que se adoptaron los acuerdos impugnados, y no lo sea al interponer la demanda de impugnación, carezca en todo caso de legitimación, sino que tendrá que aducir y justificar su "interés legítimo" en el momento de impugnar.

Bajo esta lógica, la sentencia 60/2002, de 30 de enero (RJ 2002/2311), invocada en el recurso de casación, entendió, con carácter general, que el artículo 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar por nulidad un acuerdo social a quien sea accionista, o tenga interés legítimo, en el momento de ejercitar la acción de impugnación, y negó legitimación a quien "dejó de ser socio por transmisión a tercero de sus acciones, varios años antes de ejercitar la acción de impugnación" y, además, carecía de interés legítimo».

En suma, la doctrina que se extrae de esta sentencia es el reconocimiento de la legitimación activa del que ha devenido titular de la nuda propiedad de unas participaciones sociales con posterioridad a la fecha de la impugnación del acuerdo social cuya nulidad se insta, ya que «...se entiende que si inter vivos o mortis causa transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar...». En el supuesto de un acuerdo nulo, sí que resulta pacífico en admitir dicha legitimación activa, ¿pero es así también en un acuerdo anulable? La cuestión se torna más discutida.

II. LA DOCTRINA SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ANTES SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE ACCIONES

En términos generales, existe una correcta distinción entre la *legitimatío ad processum* y la *legitimatío ad causam*. Así como afirma la sentencia del Tribunal de 26 de abril de 1993 (RJ 1993/2946): «Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han establecido la clara diferenciación existente entre la *legitimatío ad processum* y la *legitimatío ad causam* que no pueden ni deben ser confundidas, tanto por ser cosas distintas, como por los efectos diversos que de ellas se derivan, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan en el número 2.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la segunda se funda en la falta de acción, de razón y derecho que asiste al que litiga y afecta al fondo del asunto. Así la sentencia de 10-7-1982 (RJ 1982/4226), citada por la de 24-5-1991 (RJ 1991/3787), dice que "se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo, *legitimatío ad causam*, como adjetivo, *legitimatío ad processum*, constituye un concepto puente al servir de conexión entre las dos facultades o cualidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio) y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo

(la *legitimatío ad causam*), a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta, se habla de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo, se haga referencia a la acción o a su falta».

Por ello, en sede del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuestión que nos ocupa es un problema de *legitimatío ad causam* —vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8175)—, que se traduce generalmente en una cuestión de titularidad; ahora bien, el interrogante viene dado por el momento temporal de apreciación de la misma.

Como hemos adelantado, ha venido siendo pacífico la admisión de la legitimación del adquirente de las acciones o participaciones sociales para impugnar la nulidad de un acuerdo social.

En el ámbito de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, cabe recordar la existencia de dos procedimientos de impugnación de acuerdos sociales, según se desprende de los artículos 69 y 70 del referido cuerpo legal. El primer procedimiento era el ordinario (entonces, juicio de mayor cuantía) para el que estaban legitimados todos los accionistas, incluso los que adquirieron tal condición con posterioridad a la adopción del acuerdo, y los administradores (1).

Sin embargo la legitimación activa en el procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se circunscribía solo a los accionistas enumerados en el artículo 69 de dicho cuerpo normativo que supuso el entendimiento de que el accionista que ingresaba con posterioridad a la fecha de adopción del acuerdo en la sociedad correspondiente carecía de legitimación activa al efecto. Tal afirmación doctrinal (2), tuvo su apoyo principal en las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1959 (Ar. 4649) y de 24 de octubre de 1967 (Ar. 4032).

Sin embargo, hubo autores como DUQUE (3), QUIÑONES ROBLES y DÍAZ-SANTE (4) que estimaron lo contrario. En este sentido, DUQUE (5) razonaba lo siguiente: «La cuestión se plantea con toda su agudez con referencia a las enajenaciones *inter vivos*. El argumento afirmativo estriba en que la transmisión del título valor acción —que incorpora el haz de poderes y deberes que integra la posición jurídica del accionista— lleva como consecuencia la transmisión de todas y cada una de aquellas situaciones y, entre ellas, las que el socio transmitente tuviera para impugnar un determinado social (6) (...). También, desde un punto de vista

(1) URÍA-MENÉNDEZ, en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid, 1976, Tomo I, pág. 775.

(2) Vid, por ejemplo, RUBIO GARCÍA-MINA, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 261, salvando el supuesto en casos de transmisiones hereditarias. Editorial Derecho Financiero, 3.ª ed., 1974.

(3) DUQUE DOMÍNGUEZ, *Tutela de la minoría (impugnación de acuerdos lesivos, art. 67 LSA)*, Valladolid, 1957, págs. 162 y sigs.

(4) QUIÑONES ROBLES Y DÍAZ SANTE, *Procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales en las Sociedades Anónimas*, Madrid, 1960, pág. 22.

(5) Vid., *op. cit.*, págs. 164, 166 y 167.

(6) El propio DUQUE (vid., *op. cit.*, págs. 164, 165 y 166) expone el contraargumento al presente y su réplica, del siguiente tenor: «...En contra se observa que la ley presupone para el ejercicio del poder de impugnación, la fijación de la identidad del socio, ya que de su actitud en —o con relación a— la junta en que el acuerdo se adoptó depende su legitimación para la ulterior impugnación, por lo cual la cualidad de accionista ha de tenerse tanto en el momento de la reunión de la junta como en el de la interposición de la demanda. Con

dogmático, se ha basado la imposibilidad de esta impugnación en la intransmisibilidad del poder de impugnación, en cuanto es un poder de carácter personal no asimilable a los derechos de crédito, que no puede, por tanto, entenderse incorporado al título valor, puesto que, naciendo con la violación de la norma que hace el acuerdo anulable, la transmisión de la acción implica para su titular la renuncia del poder de impugnación. Pero, en realidad, estos argumentos no prueban nada, porque, una vez surgido el poder impugnatorio, este se transmite —dentro de los límites que lo configuraban para su anterior titular— con la acción a que se ha incorporado. Por otro lado, en el hecho de la transmisión no puede verse una renuncia tácita, que no puede presumirse dado el estado de indiferencia o incluso ignorancia en que el transmitente puede encontrarse, y que, además, iría contra el interés del adquirente, quien, lejos de aceptar la situación de hecho en que el ordenamiento social se encuentra a consecuencia del acuerdo impugnabile, contempla todos los posibles derechos que de la posesión de la acción pueden derivarse y, entre ellos, el de impugnación. Admitir la transmisión del poder impugnatorio con la transmisión de la acción no obedece a ninguna orientación supraindividualista, sino que se funda en consideraciones estrictamente individuales, en cuanto se estima preferible que la sociedad corra el riesgo de impugnaciones dolosas por el adquirente de una acción que impedir a este último el ejercicio —para el que tiene, en principio, el mismo interés que su transmitente— del poder de impugnación».

Una vez aprobada la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (7) estimaban claramente lo siguiente: «La legitimación es lógicamente más amplia cuando se impugna un acuerdo nulo mediante la correspondiente acción declarativa. Para el ejercicio de esta acción “están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo”. a) Todos los accionistas, sin excepción, aunque hayan votado a favor del acuerdo, pueden ejercitar la acción declarativa de nulidad. No podía ser otra la posición de la ley, dado que esa acción solo puede ejercitarse para combatir acuerdos radicalmente nulos por ser contrarios a la ley. El accionista no puede quedar vinculado por el acuerdo social nulo, aunque haya puesto su voto en la formación del mismo. Los términos amplios de ley no se oponen tampoco a la legitimación del accionista que ingrese en la sociedad con posterioridad al acuerdo nulo; este accionista puede tener evidente interés en evitar las repercusiones que pueda traer para la sociedad y para sí el acuerdo nulo tomado en junta general antes de su ingreso en la sociedad».

esta solución se evita la adquisición de acciones con derecho de impugnación después de la junta con fines de chantaje, burlándose de este modo las normas que sobre legitimación impone el artículo 69, ya que, en el caso de que acciones con derecho de impugnación fuesen adquiridas por un socio que, por su relación con el acuerdo impugnabile, no tuviese tal poder, nada impediría que impugnase basándose en la acción adquirida. Mas esta identificación no tiene importancia porque se basa en una relación de carácter objetivo y, por otra parte, los peligros de impugnaciones dolosas están excluidos con relación a las acciones nominativas, e igualmente para las acciones al portador, dada la intervención de fedatario que se exige, actualmente en nuestro ordenamiento, en su negociación. Pero, además, la constatación del nombre de los socios intervinientes en la junta —en el acta mediante la referencia a las listas de presencia— excluye este peligro, porque la fijación de las cualidades complementarias de la legitimación quedan constatadas en el momento de la redacción del acta».

(7) URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, *La Junta General de Accionistas*, Editorial Civitas, S. A., 1992, págs. 356 y 357.

Asimismo, ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS (8) —haciéndose eco de las opiniones doctrinales al respecto— considera igualmente la existencia de la mencionada legitimación activa del adquirente de las acciones o participaciones sociales para impugnar el acuerdo nulo, cuando razona lo siguiente: «se ha defendido por parte de la doctrina que el impugnante debe, necesariamente, ostentar la condición de socio en el momento de la celebración de la junta, porque el derecho a impugnar no es un derecho transmisible con las acciones, o participaciones, sino que se trata de un derecho que debe coincidir en su oportunidad y fundamento con el momento en que la junta tiene lugar. Creo que esta postura es aplicable cuando tratamos de la impugnación de acuerdos anulables, pero no si el acuerdo discutido es contrario a la Ley. En este sentido, se pronunció la SAP de Barcelona, de 5 de septiembre de 1995, Sección 15.^a (RJC 1996, I, pág. 88) al decir, con razón, que «el socio que ingresa en la sociedad, después de tomado el acuerdo nulo, puede tener interés en tal calidad en evitar que el mismo repercuta en la vida social a la que se ha integrado». Amplio sector de la doctrina reconoce la legitimación de los socios que han adquirido la condición de tales después de la adopción del acuerdo nulo, existiendo discrepancias sobre si la legitimación nace de su condición de socios o de su carácter de terceros con interés legítimo».

Por su parte, ya con la nueva Ley de Sociedades de Capital, A. RORO (9) cuando comenta el actual artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital (coincidente con el anterior art. 117 de la LSA en su totalidad, salvo la mención actual al término socios en vez de accionistas), también estima, sin ambages, que la legitimación para impugnar el acuerdo nulo la ostenta igualmente el adquirente de las acciones al afirmar que: «La legitimación activa se reconoce a “todos los socios”, expresión que incluye no solo a los que tuvieran esta condición en el momento del acuerdo —y la mantuvieran en el momento de presentar la demanda de impugnación—, sino también a los que hubieran adquirido las participaciones o las acciones con posterioridad».

Sin embargo en materia de acuerdos anulables, el reconocimiento de la legitimación activa al adquirente de las acciones o participaciones sociales es más acusado el debate al respecto.

De nuevo con la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (10) se muestran contrarios al reconocimiento de esta legitimación activa para los acuerdos anulables al entender que: «También cabe preguntar si pueden reputarse legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación los accionistas que hayan entrado en la sociedad con posterioridad a la celebración de la junta. El tema se ha discutido bastante, y en general la doctrina se ha inclinado a favor del posible ejercicio de la acción. Mas, en los términos que está redactado el artículo 117 de nuestra ley, no debe reputarse legitimado a quien adquiera la condición de socio con posterioridad al acuerdo. Fácilmente se desprende de ese precepto legal que cada concreta acción de impugnación no es una acción que corresponda a todo socio por el hecho de serlo y pueda pasar de socio a socio con la transmisión del título. Por el contrario, la acción se concede individual y personalmente al accionista que reúna las condiciones especiales que el precepto señala: al accionista que habiendo asistido a la junta haya hecho constar en acta

(8) ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, 2007, pág. 393.

(9) Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas, 2011, pág. 1455.

(10) Vid., *op. cit.*, págs. 354 y 355.

su oposición al acuerdo impugnado, al ausente y al que haya sido ilegalmente privado de emitir su voto, y estos no pueden transmitirla enajenando los títulos (véase, en este sentido, SSTS de 7-2-1959; 24-10-1967 y 1-7-1975; en la doctrina conforme VELASCO ALONSO, *Ley*, 374, RUBIO, 261, quien hace la salvedad del caso de transmisión hereditaria, pero sí se opuso al acuerdo el causante admitido, como vimos por STS de 19-12-1984; también GIMENO SENDRA, *Impugnación*, 20-22, y SORIA FERRANDO, *Legitimación*, 41-48; en contra, DUQUE, Tutela, 164, y BERGOS, *NEJ*, XVI, 165)» (11).

Con la nueva Ley de Sociedades de Capital, ROJO (12) se opone a esta legitimación activa al opinar que: «En cualquiera de estos tres supuestos de legitimación activa del socio para impugnar los acuerdos anulables, se requiere no solo haber tenido la condición de socios en el momento de adopción del acuerdo y encontrarse en alguno de esos tres supuestos contemplados por la Ley, sino seguir ostentando esta condición —o la de sucesor del socio (SSTS de 24-10-1967 y 19-12-1984)— en el momento de la impugnación (SSTS de 5-1-1981, 30-3-1984, 27-6-1988, 9-10-1993 y 30-1-2002). Así, el tercero que hubiera adquirido las participaciones sociales del socio que no hubiera asistido a la junta, no es “socio ausente” a los efectos de poder impugnar. Algunas sentencias de los Tribunales exigen, además, que la condición de socio se mantenga a lo largo del proceso de impugnación, de modo tal que, enajenadas las participaciones o las acciones durante el proceso el socio, decae en la legitimación (SSTS de 17-3-1967 y 27-6-1988, y ATS de 5-12-2001)».

En contra, sin embargo, DORADO MUÑOZ (13), quien afirma que: «Sin embargo, entendemos que hoy en día resulta obligado replantearse los argumentos tradicionales que negaban la posibilidad de accionar a dicho socio, e incluso cabe poner en duda el propio mantenimiento de la distinción entre acuerdos nulos y anulables. En efecto, la doble legitimación activa tenía su razón de ser, de acuerdo con la normativa anterior, en la existencia de un doble procedimiento de impugnación. Actualmente, una vez desaparecido este mecanismo, la distinción en cuanto a legitimación activa recae exclusivamente sobre la existencia de acuerdos nulos y acuerdos anulables (...). La *vexata quaestio* debe tener una respuesta negativa. La legitimación activa, si bien distinta cuando se trate de acuerdos nulos o anulables, debería revestir un régimen uniforme. Una adecuada interpretación de la legitimación en materia de impugnación de acuerdos de la junta general, como sucede para los acuerdos de los órganos colegiados de administración (art. 143 TRLSA), pasa necesariamente por entender que el derecho a la impugnación nace en el momento de la adopción del acuerdo, pero que su ejercicio no está supeditado a la concurrencia de la condición de socio en el momento de su adopción (SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo IV, Madrid, 1994, pág. 545). Por ello entendemos que el socio que entra en la sociedad después de adoptarse el acuerdo que pretende impugnar está legitimado siempre que el transmitente lo estuviese.

(11) Niegan también la legitimación del adquirente en casos de acuerdos anulables bajo la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, a título de ejemplo: JIMÉNEZ DE PARGA, «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995, págs. 321 a 353; BOLÁS, *La Junta General de Accionistas*, 1999, págs. 155 y 156.

(12) Vid., *op. cit.*, págs. 1459 y 1460.

(13) DORADO MUÑOZ, «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1999», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999, págs. 968 y 970.

La transmisión del título conlleva la transmisión del haz de derechos inherentes al mismo. Pero el ejercicio de los derechos debe realizarse en las mismas condiciones en las que pudieron ejercerlos los anteriores socios. Dicho en otras palabras, el nuevo socio tendrá la facultad de ejercer o proseguir aquellas acciones que antes de la transmisión pudieron entablar o interpusieron los anteriores accionistas porque el derecho de impugnación sigue al título» (14).

De igual forma, CALAZA LÓPEZ (15) admite con argumentos de técnica procesal, la legitimación del adquirente de las acciones para la impugnación del acuerdo anulable, razonando lo siguiente: «El riesgo de paralización de la actividad societaria, en el supuesto de integrar a los adquirentes de nuevas acciones, en términos de generalidad, en la categoría de la legitimación activa es notorio, pero la posibilidad cierta de un eventual entorpecimiento de la marcha social no debiera en ningún caso resultar, tal y como lo pretendió cierto sector de la doctrina clásica, óbice alguno para asegurar la defensa del interés del socio vulnerado por los acuerdos sociales presuntamente anulables.

En el conflicto derivado de la existencia de dos exigencias en pugna, cuales son, de un lado, la de garantizar una adecuada tutela a los accionistas en el libre ejercicio del derecho de impugnación contra los acuerdos eventualmente viciados y, de otro, la relativa a la necesaria agilización y oportuna facilitación del curso de ejecución de los acuerdos en virtud de los cuales discurre, con celeridad, el tráfico mercantil, parece lo más adecuado que nos inclinemos, debido a la dificultad de hallar un adecuado equilibrio, por la adopción de la opción más favorable a la parte que acuse una mayor desprotección y desamparo, cual no es otra, en el presente supuesto, que la más ajustada a la tutela judicial efectiva.

Así, pues, parece lo prudencial, en atención al cumplimiento de los dos tipos de objetivos recién descritos, que la abstracta concepción de conceder una adecuada satisfacción a la celeridad de la marcha del devenir social no acarree la indefensión del socio o accionista, quien, ante la falta de la imperiosa necesidad de acceso a la tutela judicial, se encontraría, no solo ante una situación de absoluta desprotección, sino incluso ante una evidente manifestación de abuso de derecho por parte de la junta, que, admitida la prioridad de la primera de las exigencias descritas, obligaría, implícitamente, al accionista, a asumir acuerdos en cuya adopción no ha participado.

Asimismo, la situación recién descrita vendría, paralelamente, definida por los caracteres que configuran la desviación de poder, acometida, en el presente supuesto, por la sociedad anónima o, en su caso, cooperativa, que, amparada en una mayoría posiblemente caracterizada por la tiranía del autocontrol, deja de tolerar el cumplimiento de las normas éticas de conducta de sus socios y estatutarias de organización que regulan la vida interna del ente social y consiente en la creación de reglas propias, al margen de la legalidad establecida por nuestro ordenamiento societario».

(14) Este autor (vid., *op. cit.*, págs. 968 y sigs.) refuerza su opinión con argumentos tales como la identidad de efectos de los acuerdos nulos y anulables; el despliegue de lo acordado hasta la suspensión judicial del acuerdo o la sentencia firme; el carácter de caducidad de sus plazos; el hecho de que no tengan los mismos efectos de la nulidad civil; así como que la estimación de la demanda de acuerdos sociales afecte, en todo caso, a todos los accionistas por igual, de ahí el evidente interés del adquirente de las acciones o participaciones sociales en el resultado del procedimiento impugnatorio.

(15) CALAZA LÓPEZ, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Ramón Areces, 2003.

Como puede comprobarse de la exposición de las opiniones doctrinales existentes al respecto, si bien la legitimación activa para la impugnación del acuerdo nulo por parte del adquirente de las acciones o participaciones sociales goza de general consenso en su admisibilidad, la cuestión resulta mucho más controvertida cuando de acuerdos anulables estamos tratando, sin que a nuestro juicio, las opiniones contrarias a este reconocimiento puedan mantenerse en la actualidad sino mediante una comprensión parcial y no actualizada de la problemática analizada.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1959 (Ar. 464), niega la legitimación activa de dos adquirentes de acciones por no resultar acreditado que devinieran titulares de dichas acciones en el día de celebración de la Junta General, sino que resultaron propietarios con posterioridad a la misma, al considerar lo siguiente: *«Que el tema de la legitimación activa que regula el artículo 69 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas (Rep. Leg. 1951, 811 y 917 y Diccionario 17911), se centra exclusivamente en el caso que examina la sentencia recurrida, y el recurso formalizado para impugnarla, en decidir si los demandantes, hoy recurrentes, se hallan legalmente capacitados como “accionistas ausentes” de la Junta General Extraordinaria celebrada en 11 de enero del año 1955 por la Sociedad Anónima Productora de Fuerzas Motrices para el ejercicio de las acciones de impugnación de las demandas acumuladas que propugnan, a fin de que se declaren nulos los acuerdos sociales adoptados en dicha junta, legitimación activa que hay que referir forzosamente a la interpretación que merezca y se dé a la frase accionistas ausentes, que no puede ser otra, que la que el impugnante tuviera por sí mismo la calidad de accionista en el momento de celebración de la Junta, prescindiendo del derecho que en su caso pudiera asistir para concurrir a ella el cedente o transmitente de las acciones, ya que el citado artículo 69 no permite inferir de su texto la anexión del derecho que tuviera el cedente o vendedor de la acción o acciones, al del cesionario o adquirente por compra de las mismas, que solo puede devenir accionista desde el momento de la adquisición y cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias que la regulan».*

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1967 (Ar. 4032) desestima la legitimación activa de los adquirentes de acciones con posterioridad a la celebración de la Junta General, cuya nulidad de acuerdos sociales pretendieron al razonar que: *«Que la exégesis del último precepto citado (art. 69 LSA 1951) pone de manifiesto, como entiende la doctrina más autorizada, que cada concreta acción de impugnación no es una acción que corresponda a todo socio por el hecho de serlo y pueda pasar de socio a socio con la transmisión del título, por el contrario resulta que la acción se concede individual y personalmente al accionista que reúna las condiciones especiales que señala la Ley: al accionista que habiendo concurrido a la Junta haya hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, al ausente, y al que haya sido ilegítimamente privado de emitir su voto, que no pueden transmitirla a título singular enajenando sus títulos, por lo que es evidente que en este procedimiento especial carecen de legitimación activa, los accionistas que hayan entrado en la Sociedad con posterioridad a la celebración de la Junta, en virtud de una transmisión inter vivos».*

También con la anterior legislación societaria, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8175), como acertadamente recoge esta sentencia del Alto Tribunal, de 18 de junio de 2012, falló por la negativa a la legitimación activa del demandante, pero por su no acreditación como accionista de la sociedad demandada en ningún momento. De ahí que sus razonamientos no pueden ser utilizados más allá de la cuestión resuelta en la misma, sin que nos pueda ofrecer una argumentación doctrinal sobre la cuestión que nos planteamos en estos momentos, es decir, la legitimación activa del adquirente de las acciones o participaciones sociales para la impugnación de un acuerdo social nulo o anulable. El razonamiento de la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1993, fue el siguiente:

«Esto es lo ocurrido en el presente caso en el que el demandante originario, señor E. F. ha basado única y exclusivamente su legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales en su supuesta condición de accionista de la demandada “Huarte y Cía., S. A.” y apareciendo plenamente probado que carece de dicha legitimación (única con la que ha litigado), al no ser accionista, ni haberlo sido nunca (como extensamente se ha dicho en el Fundamento Jurídico sexto de esta Resolución), tanto la sentencia del juez, aunque con la errónea invocación del artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no entra a conocer del fondo de las cuestiones que enumera en su Fundamento noveno (lo que debió haber hecho con respecto a todas las demás) y desestima la demanda, como, más correctamente, la sentencia de apelación, que es la aquí recurrida, cuando después de afirmar (en su Fundamento Jurídico sexto) que el actor carece de legitimación activa, al “no ostentar la condición de socio al tiempo de adoptarse los acuerdos que impugna” y agregar que “ni, por otra parte, tal falta de legitimación pueda ser suplida por la que pudiesen ostentar los coadyuvantes, dada su posición en este proceso, sin que, además, nada se haya alegado al respecto por las partes recurrentes”, concluye que “fue acertado el acogimiento por el juez a quo de la excepción de falta de legitimación activa”, que impide entrar a conocer del fondo del asunto. Por todo ello, al haber hecho la sentencia aquí recurrida una correcta aplicación de la falta de legitimación activa del demandante originario señor E. F., en el sentido anteriormente expuesto (abstenerse de conocer de determinadas cuestiones del fondo propiamente dicho, como debió hacerlo con todas, según luego se reiterará) procede desestimar esta primera parte del motivo, en los términos en que parece venir planteado, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2002 (RJ 2002/2311), entiende que carece de legitimación activa quien no acredita la condición de accionista en el momento de interposición de la demanda de nulidad de acuerdos sociales, aunque lo hubiera sido con anterioridad, al exponer que: *«La desestimación del motivo segundo viene dada por lo expuesto anteriormente: se alega la infracción del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (RCL 1951, 811, 945; NDL 28531), y del 117 del Texto Refundido de la misma, aprobado por Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206), que atribuye, el primero, legitimación activa a todos los accionistas para pretender la nulidad de acuerdos sociales, lo que la jurisprudencia extendió a todo el que tuviera interés legítimo, extensión que ha sido recogida por el artículo 117.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.*

La desestimación del motivo se debe a que tal legitimación no se discute: la tiene el accionista o incluso el que tiene interés legítimo. Pero no se le puede re-

conocer a la demandante, que dejó de ser socio, por transmisión a tercero de sus acciones, varios años antes de ejercitar la acción de impugnación, ni tenía interés legítimo; no puede pretender una declaración sobre acuerdos de una sociedad de la que ya no forma parte, ni tiene interés porque ya no le pueden afectar, tanto más cuanto se relacionan con el patrimonio social, que se vio engrosado por la falta de acuerdo sobre reparto de dividendos, de lo cual se benefician los accionistas, que lo era en aquel momento; no puede pretender posteriormente alterar la marcha y el funcionamiento de la sociedad, de la que es ajena».

También, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1988 (RJ 1988/5135), niega la legitimación activa al accionista que ha dejado de serlo, exponiendo lo siguiente:

«La consecuencia obligada del anterior razonamiento, y la terminante literalidad del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, conduce a la desestimación del motivo, ya que legal y jurisprudencialmente solo están legitimados para el ejercicio de las acciones de nulidad de los acuerdos sociales, “todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas”, legitimación concreta y específicamente reconocida en numerosas sentencias propias de esta materia mercantil, sin necesidad de acudir a otros campos del Derecho, y que evidentemente no concurre en el recurrente, que perdió su condición de socio, recibiendo la correspondiente contraprestación económica y que, en consecuencia, no puede pretender gozar de ambas cosas a la vez —sentencias de 6-7-1963 (RJ 1963/3768); 17-3-1967 (RJ 1967/1524); 23-11-1970 (RJ 1970/4885); 7-2-1959 (RJ 1959/464); 24-10-1967 (RJ 1967/4032)—».

O sea, son las sentencias dictadas bajo la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en los casos en ella analizados, las que con mayor claridad nos ofrecen la solución consistente en que el adquirente de acciones *inter vivos* carece de legitimación activa para la impugnación del acuerdo social al no podersele reputar accionista ausente, entendiéndose en esta jurisprudencia que la legitimación procesal no puede ser transmitida, en contra de lo que afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2012, lo que parece un cambio de criterio jurisprudencial a tenor de las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 febrero de 1959 y 24 de octubre de 1967, aunque si bien es cierto que, todo ello, sin mayores argumentaciones al efecto.

IV. EPÍLOGO

La naturaleza jurídica del derecho de impugnación no ha sido tampoco un tema pacífico en la doctrina mercantilista. URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (16) exponen la existencia de diferentes opiniones doctrinales al respecto, del siguiente modo: «Sobre la naturaleza del derecho de impugnación de los acuerdos sociales se ha producido abundante doctrina. En general, se afirma que al impugnar los acuerdos de la junta general, el socio actúa como órgano de defensa social para remediar la deficiente actuación de la junta general. Pero hay quien estima que el fundamento de la acción está en que el accionista, lejos de hacer valer contra la sociedad un derecho subjetivo, obra en interés social al modo de quien ejercita

(16) URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, *La Junta General de Accionistas*, Editorial Civitas, S. A., 1992, pág. 315.

una acción popular. En cambio, otros sostienen que el legislador atribuye al socio la facultad impugnadora exclusivamente para la tutela del ordenamiento jurídico de la sociedad, de cuya base corporativa es un elemento; y, por último, también se dice que el socio impugnante ejercita un derecho subjetivo porque en el fondo de toda impugnación se encuentra siempre un interés del socio que es constante propulsor de su acción independientemente de que satisfaga al propio tiempo el interés de todos los demás socios o el de la sociedad (vid. GÓMEZ ORBANEJA, *RDP*, 51, 556, y GIMENO SENDRA, *Impugnación*, 20).

Por su parte, SÁNCHEZ ANDRÉS (17) se decanta por su consideración como un presupuesto procesal, al margen del campo de los derechos subjetivos, al opinar lo siguiente: «...Como por otro lado tales acciones de impugnación asisten también, según veremos, a terceros que no son socios, y en algún caso permiten impugnar asimismo acuerdos que no emanan de la sociedad sino de colectividades distintas, parece más correcto reconocer que el mal llamado derecho del socio a impugnar los acuerdos sociales, tal como aparece regulado en la ley, ni es un verdadero derecho, ni es privativo del socio, ni se refiere exclusivamente, en fin, a acuerdos sociales en sentido estricto. Bajo esta rotulación incorrecta lo que verdaderamente la ley regula es un mecanismo material, y sobre todo procesal, que abre cauce al ejercicio de pretensiones de contenido muy diverso (...). Concebido, pues, el presunto derecho de impugnación como un mecanismo preferentemente procesal, lo único que interesa comentar en esta sede son sus especialidades materiales (las más importantes de las cuales aparecen situadas, por cierto, fuera de la Ley de Sociedades Anónimas), empezando el análisis por el tema de la legitimación *ad causam* que esta ley abre para accionistas, administradores y terceros en general y otros textos entienden a favor de organizaciones externas de supervisión y control independiente respecto de ciertas sociedades anónimas. Vistas las cosas de ese modo, se puede empezar anticipando que el reconocimiento legal de la genérica legitimación del socio para impugnar no significa que ese poder de impugnación de acuerdos que disfruta *ministerio legis* constituya un derecho subjetivo integrante de su esfera jurídica desde la fundación de la sociedad; porque el tema ahora considerado no es cuestión, una vez más, de «derechos abstractos» que el accionista ostente anticipadamente con independencia del factor desencadenante que los dota de sentido: es más bien un tema de concurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma, de suerte que aquella legitimación no nace hasta la adopción del acuerdo hipotéticamente viciado».

En nuestra opinión y no sin reconocer la dificultad de la cuestión, entendemos que el derecho de impugnación, reconocido como tal derecho del socio en el artículo 93.c) de la Ley de Sociedades de Capital, podría conformarse —en relación con el propio socio— como un poder jurídico o derecho del poder jurídico, según el pensamiento de DE CASTRO (18), que nace de ese haz de relaciones

(17) SÁNCHEZ ANDRÉS, en URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo IV, vol. 1.º, *La acción y los derechos del accionista*, Editorial Civitas, S. A., 1994, págs. 141 y 142-144 y 145.

(18) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, págs. 605 y 606, quien nos enseña lo siguiente: «Se podría hablar de “poderes jurídicos” en el sentido de “posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”, como tipo especial de las facultades jurídicas. También se podrían distinguir ciertos poderes, con valor de derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o a relaciones jurídicas, de contenido reducido al mero poder de producir un efecto jurídico concreto. A una y a otros, si no fuera por el peligro de incurrir en antiguas o nuevas confusiones, se les podría

de derechos y deberes que conforman la posición jurídica de socio cuya consecuencia sería el efecto extintivo del acuerdo social correspondiente, como tal acción de impugnación, pese a que en determinadas situaciones, el Ordenamiento Jurídico haya extendido la legitimación *ad causam* a terceros que no ostentan la cualidad de socios.

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 (19), igualmente tratamiento del problema analizado ha de realizarse —a 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 (20) 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 (21), 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 (22).

Por su parte, PERDICES HUETOS (23) 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

reservar; con utilidad técnica, el término de derechos del poder jurídico. Así, por ejemplo: las acciones de impugnación y rescisión. Alcanzan mayor independencia ciertas facultades independizadas, como el poder reclamar la nacionalidad por vecindad, el de opción del nacido en suelo español, hijo de padres extranjeros, la recuperación de nacionalidad, las acciones de personas interesadas para pedir la nulidad de un matrimonio, la incapacitación de una persona, la ilegitimidad de un hijo, etc. Tienen carácter de derecho subjetivo los derechos independientes de opción, tanteo y retracto».

(19) 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.

(20) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*. Tomo I, *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, págs. 283 y sigs.

(21) DE CASTRO Y BRAVO (vid., *op. cit.*, 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...».

(22) En contra, PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1471.

(23) PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, págs. 34 y 35.

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 C. de C.) 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, 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 recontractación 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).

Pues bien, tanto en el régimen de la cesión de créditos como de la cesión contractual, el cesionario se coloca en la misma posición que el cedente respecto del contratante cedido, ya que se le transmite todo el conjunto de derechos subjetivos, facultades, poderes y deberes que integran la condición de accionista o socio, entre los que se encuentra —según creemos— ese poder jurídico o derecho del poder jurídico, como puede calificarse al derecho del socio a la impugnación de acuerdos sociales, aunque reconociéndose que este debería ser ejercido por el adquirente para desenvolver sus propios intereses pero siempre en el marco de la consecución del fin o interés social (24).

En función de lo anterior, nuestra posición al respecto pasa por reconocer legitimación activa *ad causam* al adquirente de acciones o participaciones sociales, en todo caso, para los supuestos de impugnación de acuerdos nulos, ya que

(24) Díez-PICAZO, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Ed. Thomson-Civitas, 2008, pág. 988, describe así el efecto de la cesión del crédito entre el cesionario y el deudor cedido: «Es la misma relación obligatoria inicial con un nuevo acreedor: el cesionario. El cesionario es acreedor o titular del derecho de crédito, con todas las facultades inherentes a este y todos sus accesorios, privilegios y acciones que le competan, así como títulos y derechos de garantía que al crédito le correspondan (cfr. art. 1528)». Mientras que la relación entre contratante cedido y cesionario, la explica igualmente Díez-PICAZO en la cesión del contrato (vid., *op. cit.*, pág. 1053) de la siguiente forma: «El contratante cedido y el cesionario asumen, recíprocamente, la figura de partes del contrato cedido y la totalidad de los correspondientes derechos y obligaciones derivados del mismo».

ninguna restricción legal existe para el transmitente de las mismas, en función de la transmisión del poder de impugnar el acuerdo social que se produce como consecuencia de la enajenación de las acciones o participaciones sociales (cfr. art. 206.1 de la LSC). Igual legitimación activa *ad causam* habría de reconocerse al referido adquirente en los supuestos de acuerdos anulables, si efectivamente se cumplieran por el transmitente de las mismas los requisitos de legitimación que al efecto prevé el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital (socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto), como ya apuntara en su día cierta doctrina antes mencionada.

Así, consideramos que puede realizarse una valoración positiva de la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2012 («...se entiende que si inter vivos o mortis causa transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar...»), en relación con este delicado y debatido tema, cuya doctrina debería ir perfilándose y concretándose en fallos posteriores, no solo para los supuestos de acuerdos nulos, sino de acuerdos anulables. Todo ello, en aras de ofrecer una correcta protección al correspondiente adquirente de las acciones o participaciones sociales; sin que objeciones realizadas con carácter general puedan suponer una traba para el reconocimiento de la referida legitimación *ad causam* en casos de acuerdos anulables, ya que el Ordenamiento Jurídico nos ofrece elementos para combatir los excesos que se pudieran realizar al efecto (supuestos de negocios simulados o fraudulentos como compraventas de acciones para ejercitar una impugnación de acuerdos anulables por parte del adquirente de las mismas, cuando el transmitente no había mostrado su oposición al acuerdo y luego «utiliza» al adquirente para dicho propósito, en contra de su conducta anterior), sin que sea necesario la negación absoluta de la referida legitimación procesal, lo que por otro lado pudiera suponer incluso restricciones a la protección que las minorías sociales deben merecer en el desenvolvimiento social correspondiente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BOLÁS: *La Junta General de Accionistas*, 1999.
- CALAZA LÓPEZ: *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Ramón Areces, 2003.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Ed. Thomson-Civitas, 2008.
- DORADO MUÑOZ: «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999.
- DUQUE DOMÍNGUEZ: *Tutela de la minoría (impugnación de acuerdos lesivos, art. 67 LSA)*, Valladolid, 1957.
- ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS: *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, 2007.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*. Tomo I. *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.
- JIMÉNEZ DE PARGA: «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima», en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995.
- 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.
- QUINONES ROBLES y DÍAZ SANTE: *Procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales en las Sociedades Anónimas*, Madrid, 1960.
- 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.
- ROJO, A.-BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas, 2011.
- RUBIO GARCÍA-MINA: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial Derecho Financiero, 3.ª ed., 1974.
- URÍA-MENÉNDEZ en GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo I, Madrid, 1976.
- URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS: *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo V. *La Junta General de Accionistas*, Editorial Civitas, S. A., 1992.
- *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo IV, vol. 1.º *La acción y los derechos del accionista*, Editorial Civitas, S. A., 1994.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1959 (*Ar.* 4649).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1967 (*Ar.* 4032).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5135).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1993 (*RJ* 1993/2946).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/8175).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2002 (*RJ* 2002/2311).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2012 (*JUR* 2012/218979).

RESUMEN

DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES LEGITIMACIÓN ACTIVA

En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, se reconoce legitimación activa al adquirente de unas participaciones sociales para la impugnación de unos acuerdos sociales sobre la base del razonamiento consistente en que la transmisión de las mismas inter vivos supone también la transmisión de la legitimación para impugnar el acuerdo social correspondiente.

ABSTRACT

RIGHT TO CHALLENGE CORPORATE RESOLUTIONS LEGAL STANDING AS CHALLENGER

The court ruling of 18 June 2012 acknowledges that a person who has acquired shares in a company has the standing to challenge the company's resolutions. The reasoning is that the inter vivos transfer of the shares also transferred good legal standing for challenging the resolution in question.

3. URBANISMO

LA MONETIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CESIÓN DE SUELO EN LAS ACTUACIONES DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

Resolución de 27 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del Registrador, por la que se suspende una certificación del secretario municipal para la inscripción de un proyecto de parcelación.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL DEBER DE CESIÓN DE SUELO. 3. LA SUSTITUCIÓN DEL DEBER DE ENTREGA POR OTRAS PRESTACIONES; LA MONETIZACIÓN. 4. EL MOMENTO EN QUE DEBE MATERIALIZARSE EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CESIÓN O LA PRESTACIÓN SUSTITUTORIA.—IV. CONCLUSIONES.

I. HECHOS

I. Se presenta en el Registro de la Propiedad una certificación expedida por el secretario del correspondiente Ayuntamiento, relativa a un proyecto de compensación. De la certificación resulta que el proyecto de compensación ha sido aprobado definitivamente, que ha adquirido firmeza administrativa y que se ha suscrito convenio de gestión urbanística entre el Ayuntamiento y la propiedad, que tiene por objeto la sustitución del deber legal de cesión del 7 por 100 del aprovechamiento urbanístico, «no habiéndose satisfecho la cantidad correspondiente al citado porcentaje al día de la fecha de expedición del presente certificado».

Se acompaña un ejemplar sellado del proyecto de compensación del que resulta, resumidamente, que la propietaria única del ámbito aporta cinco fincas, dos de las cuales están hipotecadas; que el Ayuntamiento percibirá la cantidad que sea definida en el correspondiente convenio urbanístico de gestión suscrito al efecto resultado de la conversión a metálico de las cesiones de aprovechamiento obligatorias, así como de los excesos de aprovechamiento, según han sido calculados; que como consecuencia de la reorganización de la propiedad se crean cincuenta y seis parcelas de las que se ceden tres al Ayuntamiento para zonas verdes, que el resto se adjudican a la sociedad propietaria, distribuyéndose las hipotecas existentes en las dos fincas de origen entre cuarenta y cinco de las fincas resultantes de modo que la hipoteca recaente sobre una de las dos aportadas se distribuye entre las fincas de resultado 1 a 8 y la hipoteca recaente sobre la otra finca aportada se distribuye entre las fincas de resultado 10 a 45. La finca de resultado número 9 queda gravada con una única cantidad proveniente de las hipotecas que gravaban ambas fincas de origen. Consta en el proyecto que se solicita del acreedor, «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» autorización sobre la distribución realizada.

Como inciso final se hace constar lo siguiente: la transmisión al Ayuntamiento, en pleno dominio y libre de cargas de los terrenos de cesión obligatoria, tendrá lugar con la aprobación definitiva del proyecto de compensación y correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la ocupación de las parcelas a fin de realizar las obras de urbanización necesarias.

Se adjunta escritura pública de ratificación de la que resulta la comparecencia del alcalde-presidente del Ayuntamiento al efecto de ratificar en todos sus términos el proyecto de compensación. Igualmente se hace constar que, a fecha de la presente ratificación, tanto la sociedad propietaria y promotora como el Ayuntamiento «han cumplido lo reseñado en el Proyecto de Compensación», y «todo ello sin perjuicio de las demás obligaciones que se vayan devengando en desarrollo del Proyecto de Compensación, así como de los convenios urbanísticos que lo desarrollen y/o complementen».

II. Presentada la referida documentación en Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado el presente documento (...), se suspende la inscripción del mismo por observarse en el mismo los siguientes defectos subsanables: Hechos: 1.º En la presente certificación, objeto de calificación, se da cuenta de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación (...), de su publicación en el Boletín Oficial de Cantabria y de su firmeza en vía administrativa. Se hace referencia además a un convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la promotora del proyecto (...), para la sustitución de la cesión del 7 por 100 del Aprovechamiento Urbanístico por su importe económico, que según la propia certificación no ha sido satisfecho. 2.º Se acompaña al documento escritura de ratificación (...) en la que comparece el alcalde-presidente del Ayuntamiento (...) a los efectos de ratificar el Proyecto y las subsanaciones practicadas. Se incorpora a dicho documento cuadro de distribución con las nuevas responsabilidades hipotecarias de las fincas de resultado. Fundamentos de Derecho. 1.º No resulta acreditado ni en el propio texto del proyecto, ni en la escritura de ratificación aportada ni por cualquier otro medio, el cumplimiento de la cesión del 7 por 100 del aprovechamiento urbanístico en los términos acordados en el Convenio Urbanístico referido, ni el pago del importe económico que se dice sustituye a la cesión, necesario para su inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo 16, número 1.b) en relación con el artículo 18, número 1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. 2.º No consta el consentimiento de la entidad acreedora (...) para el traslado y distribución de los préstamos hipotecarios de procedencia a las fincas de resultado en los términos previstos por el artículo 11.8 del Real Decreto número 1093/1997, de 4 de julio. Esta calificación negativa podrá recurrirse (...)».

III. Solicitada calificación sustitutoria, fue emitida por el registrador correspondiente confirmando la calificación. Contra la anterior nota de calificación, la propietaria-promotora interpone recurso en virtud de escrito de fecha 22 de noviembre de 2011, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: «Que de los documentos resulta el cumplimiento hasta el momento de todas las obligaciones por parte de la sociedad propietaria-promotora, como resulta expresamente del apartado segundo de la escritura de ratificación, que del proyecto y certificación resulta indubitadamente la solicitud del Ayuntamiento de inscribir en el Registro de la Propiedad, que ambos registros han excedido su competencia, pues el control de legalidad excede de sus funciones, que las obligaciones derivadas del proyecto se irán cumpliendo una vez inscrito el proyecto, que como consecuencia de la calificación son los propios registros los que dejan en situación de incumplimiento a la sociedad, pues no puede ceder a la Administración las

fincas que no han nacido a la vida registral, que hasta tal punto ya ha cumplido la sociedad que ha entregado la posesión de las fincas destinadas a determinados usos, que la inscripción del proyecto no supone el fin de las obligaciones de las partes, sino que es un paso más dentro del proceso urbanístico. Que en cuanto a la redistribución hipotecaria es precisamente la falta de inscripción la que la impide. Que la redistribución hipotecaria no debe inscribirse obligatoriamente en el proyecto de compensación, sino que se puede adjuntar posteriormente».

IV. El registrador emitió informe el día 14 de diciembre de 2011, ratificándose en su calificación. Se han llevado a cabo diligencias de subsanación de defectos en el expediente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1256, 1257 y 1258 del Código Civil; 2, 3, 9, 10, 20, 40, 82, 119, 123 y 144 de la Ley Hipotecaria; 8, 9, 10, 16 y 18 de Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 137, 139, 140 y 157 de la Ley del Suelo de Cantabria; Ley 2/2001, de 25 de junio; 6, 7 y 11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 3 de octubre de 1996, 22 de febrero de 2007, 28 de abril y 1 de diciembre de 2008 y 19 de mayo de 2010.

1. Dos son las cuestiones que se plantean en este expediente: en primer lugar, el rechazo a la inscripción de una certificación por la que se solicita la inscripción en el Registro de la Propiedad de un proyecto de reparcelación porque el Registrador de la Propiedad considera no acreditado el cumplimiento por el promotor de las obligaciones derivadas del proceso de reorganización de la propiedad. En segundo lugar, se rechaza la inscripción porque no resulta el consentimiento del acreedor hipotecario a la operación de redistribución entre parte de las fincas de resultado de la hipoteca que grava dos de las fincas de origen.

Con carácter previo es preciso poner de manifiesto, porque así resulta del escrito de recurso, la competencia del registrador para emitir su nota de defectos ya que se cuestiona su competencia. Al respecto debe recordarse que esta Dirección General ha venido considerando (por todas, la Resolución de 31 de octubre de 2011) que, no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. art. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro. No es, por tanto, aceptable la alegación del recurso en sentido contrario.

2. Respecto del primer defecto señalado, son hechos a tener en cuenta los siguientes: que el proyecto de compensación aprobado prevé que el reparto de beneficios inherentes a la ejecución se haga efectivo, en cuanto al Ayuntamiento, mediante la conversión en dinero de la cesión de aprovechamiento obligatoria, conversión que será definida en convenio de gestión suscrito al efecto; que del

certificado del secretario consta que dicho convenio fue suscrito sin que se haya satisfecho la cantidad correspondiente al porcentaje del 7 por 100 (importe del aprovechamiento de cesión obligatoria) el día de su expedición (14 de abril de 2010); que el alcalde-presidente del Ayuntamiento otorga en la escritura de ratificación presentada junto al proyecto de compensación que tanto la sociedad aportante como el Ayuntamiento han cumplido lo reseñado en el proyecto de compensación sin perjuicio de las demás obligaciones que se vayan devengando en desarrollo del proyecto de compensación, así como de los convenios urbanísticos que lo desarrollen y complementen. No consta presentado el convenio urbanístico a que hace referencia el proyecto y el certificado del secretario del Ayuntamiento.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla el expediente de distribución de beneficios y cargas (en sus distintas variantes) como un medio para ejecutar las previsiones legales y del planeamiento y hacer efectivos el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la propiedad urbana (vid. Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). El efecto esencial del expediente es la transformación de la propiedad sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la administración de los terrenos destinados a usos dotacionales, así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la administración del proyecto de actuación en los casos en que son los particulares afectados los que toman la iniciativa de ejecución del planeamiento. Así lo estableció el artículo 167 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y hoy lo contempla el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (con el antecedente común del art. 128 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y del art. 179 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978). En similares términos se pronuncian los artículos 139 y 157 de la Ley del Suelo de Cantabria, ley 2/2001, de 25 de junio. Es el momento de la aprobación definitiva el que fija el momento en que se producen, para todos los intervinientes, los efectos transmisivos derivados de la ejecución del planeamiento. Esta simultaneidad obedece a una lógica bien definida, pues solo en ese momento se materializan los beneficios y cargas previstos en la norma y en el plan (vid. Resolución de 3 de octubre de 1996).

Cuestión distinta es que el aprovechamiento que corresponde a la administración, en este caso al Ayuntamiento, se materialice no en terrenos destinados al patrimonio público del suelo, como previene la norma, sino en una prestación económica y cual haya de ser el contenido y alcance de esta. El registrador no cuestiona esta opción, sino que se limita a exigir que se acredite que la prestación económica ha sido debidamente cumplida, dada la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al expediente de distribución de beneficios y cargas que prevé el ordenamiento.

Fijada debidamente la cuestión, el defecto debe ser confirmado. Si la previsión de la norma es que la aprobación definitiva del proyecto produce la transmisión de las fincas de reemplazo en beneficio de los particulares y la cesión a la administración de los terrenos de cesión obligatoria, así como de aquellos en que se materializa su aprovechamiento, cualquier alteración por convenio de la previsión legal debe ser objeto de acreditación y justificación. En el supuesto que ha provocado este expediente, resulta indiciariamente la existencia de un convenio urbanístico por el que las partes han alterado las previsiones legales, pero ni el mismo ha sido objeto de presentación al Registro ni constan los particulares de su contenido que han de formar parte de la inscripción (arts. 9 y 10 LH).

No obsta a las anteriores consideraciones el hecho de que el alcalde-presidente haga referencia en la escritura a que «se ha cumplido lo reseñado en el proyecto de compensación» o que afirme que, «sin perjuicio de las demás obligaciones que se vayan devengando en desarrollo del proyecto de compensación, así como de los convenios urbanísticos que lo desarrollen y/o complementen», pues tales afirmaciones ni suplen la presentación de la documentación que justifique la alteración de la previsión legal, ni justifican que la prestación económica sustitutoria se ha cumplido, en su caso, ni aportan dato alguno sobre el contenido y alcance de dicha prestación que permita su debido reflejo en el asiento registral (plazo, condiciones de pago..., vid. Resolución de 1 de diciembre de 2008).

3. El mismo destino desestimatorio debe seguir la segunda de las cuestiones objeto de este expediente. El acreedor hipotecario no ha prestado su consentimiento a la alteración de su derecho ni se ha acreditado en modo alguno que haya tenido participación en el expediente. La afirmación del recurrente de que debe procederse a la inscripción y luego la ratificación por parte del acreedor titular registral invierte los términos de nuestro sistema civil e hipotecario que solo cuando consta en forma pública dicho consentimiento (o la intervención en la forma legalmente prevista en el expediente) autorizan la rectificación del contenido del Registro (art. 123 LH).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

Entre las cuestiones que se suscitan en el supuesto contemplado se encuentra el problema de la sustitución de la cesión obligatoria al Ayuntamiento por razón del porcentaje de aprovechamiento que la ley reserva al mismo en las actuaciones de transformación urbanística y su sustitución por una prestación equivalente.

El marco legal de carácter básico se encuentra regulado por el Estado en el artículo 16.1.b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que incluye entre los deberes legales derivados de tales actuaciones, según su naturaleza y alcance, el de «entregar a la Administración competente y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que esta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística» (1). El propio precepto continúa acotando el contenido de este deber al establecer que, con carácter general, ese porcentaje no puede ser inferior al 5 por 100 ni superior al 15 por 100, si bien la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por 100 en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos

(1) Este artículo 16 se incluye, según la Disposición Final primera del propio Texto Refundido de la Ley de Suelo, entre los que tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, dictadas en ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1.ª, 13.ª, 18.ª y 23.ª de la Constitución.

en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.

El último párrafo se refiere directamente a la cuestión que nos ocupa al establecer que: «La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra *b*) del apartado primero del artículo 10». Con ello quedan definidos los contornos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia.

En el caso que analizamos se pretende la inscripción de un proyecto de compensación mediando un convenio en el que se acuerda la sustitución del deber legal de cesión de suelo en razón de aquel porcentaje por la entrega de su equivalente económico, esto es, lo que comúnmente se conoce como monetización de dicho deber. La cuestión central que se plantea en la Resolución al respecto es la de determinar el momento en el que debe producirse el pago de la cantidad equivalente para que el proyecto sea inscribible en el Registro, presentándose inicialmente dos posibles soluciones: la de entender que es rigurosamente necesario que el pago sea anterior a la fecha de la inscripción o, por el contrario, que sea posible esta aun antes de haberse producido aquel en su integridad. Para el examen de la cuestión conviene hacer un breve repaso del contenido de este deber de cesión y de su conversión en dinero.

2. EL DEBER DE CESIÓN DE SUELO

El deber de cesión de suelo, derivado de las actuaciones de transformación urbanística, se enmarca directamente en el mandato contenido en el artículo 47.2 de la Constitución Española, según el cual: «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Como hemos visto, el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Suelo se remite a la legislación autonómica en cuanto al contenido concreto del deber de cesión de suelo por razón del porcentaje de edificabilidad que corresponde al Ayuntamiento en las actuaciones de transformación urbanística.

Las leyes de suelo autonómicas regulan dicho contenido respetando los límites establecidos por la legislación estatal, que son los siguientes:

- Que se enmarque en el contexto de una actuación de transformación urbanística en el sentido definido en el artículo 14 del Texto Refundido, que distingue entre las de urbanización y las de dotación.
- Que la superficie de suelo a ceder se fije por cada Comunidad Autónoma en relación con la edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito superior de referencia en que esta se incluya, en las actuaciones de urbanización, y en relación con el incremento de la edificabilidad media ponderada, en las de dotación.
- Que dicho porcentaje no sea inferior al 5 por 100 ni superior al 15 por 100 de aquella edificabilidad, si bien excepcionalmente se admite que la legislación autonómica lo reduzca o lo aumente hasta el límite máximo del 20 por 100, de forma proporcionada y motivada para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.

- Que el suelo se ceda libre de cargas de urbanización.
- Que la cesión se haga con destino al patrimonio público de suelo.

Ahondando en este último requisito, el Texto Refundido regula los patrimonios públicos de suelo en sus artículos 38 y 39 (2). De ellos resulta, en lo que aquí interesa, que los suelos cedidos en este concepto integran el patrimonio público de suelo «con la finalidad de regular el mercado de los terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística». Tales terrenos deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, si bien podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, pero para ello es preciso que lo prevea así la legislación aplicable especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural.

3. LA SUSTITUCIÓN DEL DEBER DE ENTREGA POR OTRAS PRESTACIONES; LA MONETIZACIÓN

La propia legislación estatal prevé la posibilidad de sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber (3), aunque imponiendo varios límites para ello. En primer lugar, exige que sea la legislación autonómica sobre ordenación territorial y urbanística la que de manera expresa establezca tal posibilidad, determinando además los casos y condiciones de su ejercicio. En segundo término, para que aquella sustitución tenga lugar es preciso que no sea posible cumplir el deber de cesión con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra *b*) del apartado primero del artículo 10. Este último precepto impone a las Administraciones Públicas, y en particular a las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, el deber de destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa. Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por 100 de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial

(2) La Disposición Final primera atribuye al artículo 38 y a los apartados 1 y 2 del 39, el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución, en tanto que los apartados 3 y 4 del artículo 39 se incluyen entre las disposiciones establecidas en ejercicio de la reserva en materia de defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

(3) Artículo 16.1.b), último párrafo del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.

El Texto Refundido también se refiere a la sustitución del deber de cesión en el apartado 2 de su artículo 38, según el cual: «Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado y los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero a que se refiere la letra *b*) del apartado 1 del artículo 16 se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que solo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable o a los usos propios de su destino».

La dicción literal de este artículo hace referencia exclusivamente a la sustitución de la entrega de suelo por su equivalente en dinero, lo que contrasta con el artículo 16.1*b*), que se pronuncia en términos más genéricos al aludir a su sustitución por «otras formas de cumplimiento del deber». A simple vista parece que el primero está limitando estas otras formas a la monetización. Sin embargo, una lectura sistemática de los dos preceptos nos aparta de esta idea. No parece haber obstáculo en entender que el artículo 38.2 se limita a determinar el destino que hay que dar a los bienes del patrimonio público de suelo, ya se trate de los terrenos incluidos en el ámbito de la actuación y cedidos en cumplimiento del mandato legal, ya sean los adquiridos por la Administración como consecuencia del cumplimiento de la prestación prevista por la legislación aplicable como alternativa a la cesión de terrenos incluidos en el ámbito de la actuación. Y lo mismo debe entenderse respecto de los ingresos obtenidos mediante la enajenación de unos u otros. Pero en modo alguno debe entenderse que el artículo 38 únicamente habilita a la legislación autonómica para sustituir el deber de cesión de bienes por su equivalente en metálico, sino que estas son libres de determinar otra u otras fórmulas alternativas (4).

Entre las cuestiones que corresponde regular a las Comunidades Autónomas se encuentra la de «determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber». Las distintas leyes autonómicas suelen atribuir a esta sustitución un carácter consensual, articulándola a través de la figura del convenio urbanístico, aunque en algunas de ellas parece concederse esta facultad a la Administración para que de manera unilateral decida sobre la sustitución imponiéndosela, en su caso, a los administrados.

El convenio urbanístico queda fuera del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo artículo 4.1*d*) excluye «los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento se encuentra perfectamente amparada desde un punto de vista de *lege data*, la sustitución a metálico del deber de cesión. Para encontrar el fundamento de esta figura es preciso vadear algunas cuestiones muy delicadas. No debe olvidarse que la cesión de terrenos a la Administración

(4) Respecto de las actuaciones de dotación definidas en el artículo 14.1*b*) del TRLS, su Disposición Transitoria segunda establece un régimen aplicable de modo provisional hasta el momento en que la legislación autonómica y para su concreto supuesto de hecho únicamente prevé como alternativa la sustitución de la cesión de terrenos por su equivalente en dinero.

tiene su raíz en el artículo 47 de la Constitución y en la reserva de suelo establecida en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Suelo. La monetización implica que los bienes llamados por ley a integrarse en el patrimonio municipal del suelo se apartan de esta previsión legal para pasar a manos de un tercero, eludiendo así las normas sobre transmisión de tales bienes y atribuyendo a aquel tercero una suerte de derecho de adquisición preferente sobre tales bienes que lo colocan en una situación de privilegio frente a cualquier otra persona que podría tener interés en adquirirlos acaso en condiciones más ventajosas para la Administración. En definitiva, las normas que regulan la sustitución del deber de cesión son de carácter excepcional y se establecen para un caso concreto en el que han de concurrir los requisitos o condicionantes a los que ya hemos aludido. Ello implica que la interpretación de sus normas reguladoras debe hacerse de manera restrictiva como exige el artículo 3.2 del Código Civil. Por esa razón es indispensable que en el expediente se acredite y justifique cumplidamente la necesidad de proceder a la monetización en lugar de aplicar el régimen general de cesión de suelo, como ha indicado oportunamente la jurisprudencia. Como señala CHINCHILLA PEINADO (5), «no basta la justificación de su conveniencia, sino que resulta imprescindible acreditar en el expediente la imposibilidad de cumplir el deber de entrega en terrenos lucrativos destinados a vivienda de promoción pública o al cumplimiento de otros fines de interés social previstos por los instrumentos de planeamiento en los términos del artículo 39.1 TRLS. La falta de la acreditación de la imposibilidad de proceder al cumplimiento del deber de cesión de terrenos supone la improcedencia de la monetización, debiendo acordarse, en su caso, la nulidad del convenio». Así se desprende de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de marzo de 2007 y 6 de septiembre de 2006, entre otras.

4. EL MOMENTO EN QUE DEBE MATERIALIZARSE EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CESIÓN O LA PRESTACIÓN SUSTITUTORIA

Otro de los puntos conflictivos de la monetización del deber de cesión, debatido en la Resolución que comentamos, es la necesidad de dilucidar en si es posible la inscripción del instrumento de equidistribución que aplique la monetización sin que se haya satisfecho íntegramente el avalúo de los bienes inmuebles a los que afecta.

En concreto, se trata de un proyecto de compensación en el que se hace referencia a un convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la promotora cuyo objeto es la monetización del deber de cesión del porcentaje del aprovechamiento urbanístico que corresponde a la Administración, indicándose además en el propio título inscribible que el importe del avalúo no ha sido satisfecho. La inscripción se suspende porque no resulta acreditado el cumplimiento de la cesión del porcentaje correspondiente del aprovechamiento urbanístico en los términos acordados en el convenio, ni el pago del importe económico que se dice sustituye a la cesión.

La Dirección General confirma la calificación partiendo de la regla general según la cual, el efecto esencial de todo expediente de distribución de beneficios y cargas es la transformación de la propiedad, sustituyéndose las fincas aportadas

(5) CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 253, octubre-noviembre de 2009, pág. 31.

por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, así como la cesión obligatoria a la Administración de los terrenos en los que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la Administración del proyecto de compensación: desde ese momento tienen lugar los efectos traslativos derivados de la ejecución del planeamiento y, por tanto, la adquisición por la Administración de los terrenos objeto de cesión obligatoria. En este sentido, el artículo 18 del Texto Refundido determina que el acuerdo aprobatorio del proyecto de equidistribución produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación en su caso (cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella), y la Administración, a quien corresponde el pleno dominio libre de cargas de los terrenos a que se refieren las letras *a)* y *b)* del apartado 1 del artículo 16.

Ahora bien, para el supuesto (excepcional, como vimos) en que el aprovechamiento que corresponde a la Administración se materializa, no en terrenos destinados al patrimonio público del suelo, como previene la norma, sino en una prestación económica, algunos autores consideran que el último pago fraccionado debería coincidir con la aprobación del instrumento de reparcelación porque, dado que el pago en metálico sustituye a la entrega de los terrenos donde se localiza el aprovechamiento que corresponde al Ayuntamiento, cabe considerar que en el momento de hacerla efectiva habrá de ser el mismo en que hubiera debido producirse la cesión del terreno a la que la indemnización sustituye, es decir, el acuerdo aprobatorio del instrumento de equidistribución.

A primera vista, esa solución parece ser la adoptada por la Resolución, ya que considera necesario «que se acredite que la prestación económica ha sido debidamente cumplida, dada la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al expediente de distribución de beneficios y cargas que prevé el ordenamiento». Pero esa expresión no puede sacarse del contexto en el que se encuadra porque, como vamos a ver, de él se desprende justamente el criterio contrario.

La decisión del Centro Directivo adoptada en la Resolución que comentamos nos parece acertada, sin que de ella deba colegirse la imposibilidad de un aplazamiento de la obligación de pago incluso hasta un momento posterior a la aprobación y a la inscripción del proyecto. Al contrario, en el propio texto de la Resolución se deja abierta esa puerta cuando, tras referirse a la incuestionable simultaneidad que existe entre la aprobación del proyecto y la transmisión al Ayuntamiento de los terrenos de cesión (la regla general), insinúa la existencia de un régimen diferente para la monetización (la excepción), en los siguientes términos: «Cuestión distinta es que el aprovechamiento que corresponde a la administración, en este caso al Ayuntamiento, se materialice no en terrenos destinados al patrimonio público del suelo, como previene la norma, sino en una prestación económica, y cuál haya de ser el contenido y alcance de esta. El registrador no cuestiona esta opción (...)».

Más adelante continúa la Resolución perfilando ese régimen especial aplicable a la monetización, al considerar posible la inscripción del proyecto aun antes de haberse satisfecho la totalidad del precio de los terrenos, siempre y cuando se acredite la existencia del pacto expreso en ese sentido, extremo que, en el caso debatido, no resulta probado, ya que ni siquiera se aportó el documento en que se formaliza el convenio, sino que en el expediente tan solo se hace referencia a su existencia de manera tangencial. Así se desprende del siguiente razonamiento:

«Si la previsión de la norma es que la aprobación definitiva del proyecto produce la transmisión de las fincas de reemplazo en beneficio de los particulares y la cesión a la administración de los terrenos de cesión obligatoria, así como de aquellos en que se materializa su aprovechamiento, cualquier alteración por convenio de la previsión legal debe ser objeto de acreditación y justificación. En el supuesto que ha provocado este expediente resulta indiciariamente la existencia de un convenio urbanístico por el que las partes han alterado las previsiones legales pero ni el mismo ha sido objeto de presentación al Registro ni constan los particulares de su contenido que han de formar parte de la inscripción (arts. 9 y 10 LH)». Y añade que no obsta a las anteriores consideraciones el hecho de que el alcalde-presidente haga referencia en la escritura a que «se ha cumplido lo reseñado en el proyecto de compensación», o que afirme que ello debe entenderse «sin perjuicio de las demás obligaciones que se vayan devengando en desarrollo del proyecto de compensación, así como de los convenios urbanísticos que lo desarrollen y/o complementen», pues tales afirmaciones ni suplen la presentación de la documentación que justifique la alteración de la previsión legal, ni justifican que la prestación económica sustitutoria se ha cumplido, en su caso, ni aportan dato alguno sobre el contenido y alcance de dicha prestación que permita su debido reflejo en el asiento registral (plazo, condiciones de pago..., vid. Resolución de 1 de diciembre de 2008).

En definitiva y pese a lo que a primera vista pudiera parecer, la propia Resolución, con cita de alguna otra, admite abiertamente la posibilidad de pactar en el convenio de monetización un aplazamiento del pago hasta un momento posterior a la aprobación del proyecto e incluso a su inscripción registral. Lo único que exige para ese caso es que se acredite debidamente la existencia de aquel pacto expreso en dicho convenio.

En la práctica no son inusuales los pactos en este sentido. Cabe citar, entre otras, la sentencia número 305/2000, de 17 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), que señala lo siguiente: «hemos de partir de un hecho clave, que no es otro que la adquisición por parte de la recurrente de dicha finca con la carga de abono de la compensación sustitutiva de la obligación de cesión gratuita del 10 por 100 del aprovechamiento medio, fijada en el Convenio Económico incluido en el Proyecto de Compensación del Polígono 37-Loraitz, extremo que no se cuestiona en el escrito de demanda y cuya veracidad viene confirmada por la copia de la inscripción registral de la parcela, presentada por el Ayuntamiento, donde se deja constancia de que la finca queda afecta al pago de la cantidad pactada en el convenio».

A nuestro juicio, no parece que haya de vedarse a las partes del convenio urbanístico de monetización la posibilidad de estipular que el último pago sea posterior a la fecha de la aprobación del proyecto de reparcelación, ni que en tal caso no pueda accederse a la inscripción del proyecto aprobado por el hecho de no haberse realizado el pago completo de la cantidad adeudada. Los derechos de la Administración pueden quedar sobradamente salvaguardados como consecuencia de la inscripción del proyecto, si se establece la afección al pago de la cantidad adeudada de las fincas de resultado que en principio corresponderían al Ayuntamiento, pero que en virtud del convenio de monetización son adjudicadas a quienes lo suscribieron con él y así se hace constar en el Registro. Lo mismo sucedería si la adjudicación de las fincas se hace bajo condición resolutoria consistente en la falta de pago de dicha cantidad. En ambos casos el contenido del convenio será oponible a terceros adquirentes de las mismas fincas.

IV. CONCLUSIONES

La participación de la sociedad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística de los poderes públicos, exigida por la Constitución Española, puede cumplirse en los expedientes de reparcelación o equidistribución a través de dos mecanismos diferentes, uno ordinario y otro extraordinario o excepcional. El primero consiste en la cesión gratuita y libre de cargas a favor del Ayuntamiento del suelo equivalente al porcentaje de la edificabilidad o del aprovechamiento del ámbito determinado por la legislación autonómica aplicable, que es la competente para ello. En este caso, el cumplimiento del deber y, por tanto, la consumación de aquella exigencia constitucional se produce en el momento y como consecuencia de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, por su propio concepto y por así exigirlo de manera clara la legislación estatal del suelo.

El segundo mecanismo, de carácter excepcional y subordinado al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos, consiste en la sustitución de la entrega de suelo por otra prestación equivalente, prevista por las leyes autonómicas y que generalmente consiste en el pago en metálico del valor de dicho suelo, articulándose a través de un convenio urbanístico suscrito con ese fin. En este segundo supuesto no parece haber obstáculo en admitir la aprobación del proyecto de equidistribución y su inscripción en el Registro de la Propiedad, aun cuando no se hubiera producido el pago íntegro de aquel valor, pero para ello es rigurosamente necesario que así se haya estipulado expresamente por las partes del convenio y así se acredite debidamente ante el Registrador, cuya potestad calificadora se extiende hasta este extremo.

RESUMEN

DEBER DE CESIÓN MONETIZACIÓN

La obligación de cesión gratuita de terrenos con ocasión de un proyecto de reparcelación se cumple en el instante mismo en que tiene lugar la aprobación del mismo. En este comentario se examina la frecuente sustitución de la entrega de suelo por el pago de su equivalente en metálico y en especial el momento en que debe tener lugar dicho pago.

ABSTRACT

ASSIGNMENT OBLIGATION MONETIZATION

In the very instant when a plot re-division project is approved by the authorities, the owner of the land at issue becomes obligated to assign land from the project free of charge. A cash equivalent is frequently substituted. This commentary examines such substitutions, especially the time when payment must take place.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

I. NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 19-7-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Resolución de 19-7-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 21/2012, de 13-7-2012, de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero.

— Resolución de 13-9-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 23/2012, de 24-8-2012, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

— Resolución de 13-9-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 24/2012, de 31-8-2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 4/2012. 28-9-2012. Modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27-4-2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

— Ley Orgánica 5/2012. 22-10-2012. Reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4-7-2007, sobre financiación de los partidos políticos.

— Ley Orgánica 6/2012. 30-10-2012. Autoriza la ratificación por España del Tratado de Adhesión a la Unión Europea de la República de Croacia.

— Ley 6/2012. 1-8-2012. Modificación de la Ley 7/2010, de 31-3-2010, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos.

— 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.

— Ley 8/2012. 30-10-2012. Saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

— Real Decreto-ley 23/2012. 24-8-2012. Prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

— Real Decreto-ley 24/2012. 31-8-2012. Reestructuración y resolución de entidades de crédito.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 24/2012. 31-8-2012. Reestructuración y resolución de entidades de crédito.

— Real Decreto-ley 25/2012. 7-9-2012. Aprueba medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas.

— Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entre el Reino de Bélgica, 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, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2-2-2012.

— Corrección de errores. Ley 2/2012. 29-6-2012 (*BOE* 1-8-2012 y 21-9-2012). Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

— Corrección de errores. Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de IRPF e IP y su Protocolo, hecho en Madrid el 3-2-2011.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1360/2012. 26-9-2012. Declara el cese de doña Esperanza Aguirre Gil de Biedma como Presidenta de la Comunidad de Madrid.

— Real Decreto 1361/2012. 26-9-2012. Nombra Presidente de la Comunidad de Madrid a don Jaime Ignacio González González.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1271/2012. 31-8-2012. Modifica el Real Decreto 1398/1995, de 4-8-1995, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados.

— Real Decreto 1483/2012. 29-10-2012. Aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

— Real Decreto 1484/2012. 29-10-2012. Aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

— Orden 1720/2012. 20-7-2012. Regula el registro y matriculación de aeronaves militares y el procedimiento para establecer la designación militar de las mismas.

— Orden 1733/2012. 27-7-2012. Regula el reconocimiento de la cualificación profesional para el ejercicio en España de la actividad de Graduado Social.

— Orden 1768/2012. 3-8-12. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27-7-2012, por el que se establece la normativa reguladora de los préstamos correspondientes al tramo de financiación «Inversión-Emprendetur Empresas 2012» dentro de la línea «ICO Inversión 2012».

— Orden 2119/2012. 5-10-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5-10-2012, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones al Parlamento Vasco y al Parlamento de Galicia.

— Corrección de errores. Orden 2119/2012. 5-10-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5-10-2012, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones al Parlamento Vasco y al Parlamento de Galicia.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 9-10-2012. Publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2013.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1333/2012. 21-9-2012. Regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.

— Orden 2146/2012. 1-10-2012. Crea determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información.

— Orden 2225/2012. 5-10-2012. Delegan competencias del ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos.

— Resolución de 7-9-2012. Convoca las pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 10-9-2012. Resuelve el concurso ordinario número 285 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 3-7-2012 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 21-9-2012. Aprueba modelo de contrato marco de suministro de vehículos con financiación, letras «FC-CMSF», modelo de contrato individual de compraventa de vehículo y de cesión de reserva de dominio, letras «FC-WH-VN», y modelo de cancelación de reservas de dominio, letras de identificación «FCE-C-WH».

— Resolución de 21-9-2012. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero mobiliario, letras de identificación «L-CRA» y sus anexos, correspondiente a la entidad «Caja Rural de Aragón», por la entidad «Nueva Caja Rural de Aragón, S.C.C.», entidad absorbente de la anterior, pasando el mencionado modelo a denominarse «L-NCRA».

— Resolución de 21-9-2012. Aprueban las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento de bienes muebles, con letras de identificación «R-MB1» y sus anexos, para ser utilizado por la entidad «Mercedes Benz Renting, S. A.».

— Resolución de 9-10-2012. Publica la lista provisional de aspirantes admitidos y excluidos para participar en las pruebas de aptitud de acceso al ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 15-10-2012. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución de 16-10-2012. Convoca la provisión en concurso ordinario número 286 de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Instrucción 2-10-2012. Aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 1336/2012. 21-9-2012. Modifican determinados Reales Decretos en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión.

— Orden 1697/2012. 31-7-2012. Modifica la Orden 41/2012, de 16-1-2012, por la que se dispone la creación de Deuda del Estado durante el año 2012 y enero de 2013 y se delegan determinadas facultades en el Secretario General del Tesoro y Política Financiera.

— Orden 1762/2012. 3-8-2012. Desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3-2-2012, de saneamiento del sector financiero en materia de remuneraciones en las entidades que reciban apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración.

— Orden 1771/2012. 1-8-2012. Autoriza la segregación y reconstitución de determinados Bonos y Obligaciones del Estado.

— Orden 2150/2012. 28-9-2012. Modifica la Orden EHA/339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados.

— Resolución de 10-8-2012. Publica el Acuerdo de 17-7-2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

— Resolución de 16-8-2012. Publica las cuentas anuales del ejercicio 2011.

— Resolución de 25-9-2012. Define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 8-10-2012. 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.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1142/2012. 27-7-2012. Modifica el Real Decreto 427/2005, de 15-4-2005, por el que se regula la composición, las funciones y el funcionamiento de la Comisión Nacional de Administración Local.

— Real Decreto 1268/2012. 31-8-2012. Modifica el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, aprobado por Real Decreto 868/2005, de 15-7-2012.

— Real Decreto 1390/2012. 5-10-2012. Modifica el Real Decreto 589/2005, de 20-5-2005, por el que se reestructuran los órganos colegiados responsables de la administración electrónica.

— Real Decreto 1424/2012. 11-10-2012. Modifica el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, aprobado por Real Decreto 1403/2007, de 26-10-2007, se adecuan otros órganos colegiados en materia de cooperación y se modifica el Reglamento del Instituto Cervantes, aprobado por Real Decreto 1526/1999, de 1-10-1999.

— Orden 2055/2012. 28-9-2012. Aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Resi-

dentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16-6-2011, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del ISS en régimen de consolidación fiscal, estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Corrección de errores. Orden 2055/2012. 28-9-2012. Aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden 1721/2011, de 16-6-2011, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS en régimen de consolidación fiscal, estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 2105/2012. 1-10-2012. Desarrolla las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27-4-2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

— Orden 2259/2012. 22-10-2012. Modifica los módulos del régimen simplificado del IVA aprobados por la Orden EHA/3257/2011, de 21-11-2011, por la que se desarrollan para el año 2012 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 2326/2012. 29-10-2012. Regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2012, relativas al presupuesto de gastos y operaciones no presupuestarias.

— Resolución de 24-7-2012. Modifica la Resolución de 26-12-2005, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Resolución de 24-7-2012. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 24-7-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 2-8-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 2-8-2012. Sobre el tipo impositivo aplicable a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios en el IVA.

— Resolución de 24-9-2012. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 24-9-2012. Publica la rehabilitación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 5-10-2012. Publica la revocación de un NIF.

— Corrección de errores. Orden 1677/2012. 14-6-2012. Aprueba el deslinde entre los términos municipales de Hermisende (Zamora) y A Mezquita (Ourense).

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 7-9-2012. Publica la baja de la Agencia de Valores, AT Equities Spain Agencia de Valores, S. A. en el correspondiente Registro.

— Circular 1/2012. 26-7-2012. Modifica la Circular 6/2010, de 21-12-2010, sobre operaciones con instrumentos derivados y de otros aspectos operativos de las instituciones de inversión colectiva; la Circular 4/2008, de 11-9-2008, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de las instituciones de inversión colectiva y del estado de posición; y la Circular 3/2006, de 26-10-2006, sobre folletos explicativos de las instituciones de inversión colectiva.

— Acuerdo 18-10-2012. Prorroga la prohibición cautelar de realizar operaciones sobre valores e instrumentos financieros que supongan la constitución o incremento de posiciones cortas netas sobre acciones españolas y por el que se inician los trámites para notificar a ESMA la intención de imponer restricciones sobre las ventas en corto y operaciones similares en atención a las circunstancias excepcionales concurrentes.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-8-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 20-8-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-9-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-10-2012. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-10-2012. Publican determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 6/2012. 28-9-2012. Modificación de la Circular 4/2004, de 22-12-2004, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

— Corrección de errores. Circular 5/2012. 27-6-2012. A entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Orden 1719/2012. 30-7-2012. Crea y regula la Comisión Asesora de Estudios del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y se establece la regulación del Programa de Estudios del Departamento.

— Orden 1726/2012. 2-8-2012. Modifica la Orden TAS/718/2008, de 7-3-2008, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23-3-2007, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

— Orden 1784/2012. 2-8-2012. Se atribuyen funciones operativas a los Directores Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— Resolución de 24-7-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6-7-2012, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2012.

— Resolución de 5-9-2012. Establece los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas para el año 2012.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

— Resolución de 8-10-2012. 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.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión del Principado de Andorra al convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Declaración interpretativa formulada por los representantes de los Estados Parte del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2-2-2012.

— Entrada en vigor del Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea (Oficina de Armonización del Mercado Interior-Marcas, Dibujos y Modelos-OAMI), hecho en Madrid el 20-9-2011.

— Entrada en vigor de la Enmienda al Acuerdo de Servicio de Préstamo de 80.000.000.000 euros entre los siguientes Estados miembros cuya moneda es el euro: el Reino de Bélgica, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia y la República de Finlandia y KfW, actuando en interés público, con sujeción a las instrucciones y acogándose a la garantía de la República Federal de Alemania, como Prestamistas y

la República Helénica como Prestatario, el Banco de Grecia como Agente del Prestatario, hecha en Bruselas el 27-2-2012 y en Atenas el 24-2-2012.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1334/2012. 21-9-2012. Formalidades informativas exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos españoles o que salgan de estos.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 1071/2012. 13-7-2012. Establece el título de Técnico en Aprovechamiento y Conservación del Medio Natural y se fijan sus enseñanzas mínimas.

— Real Decreto 1190/2012. 3-8-2012. Modifica el Real Decreto 1513/2006, de 7-12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y el Real Decreto 1631/2006, de 29-12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO.

— Orden 1767/2012. 3-8-2012. Regula la expedición del Título de Bachiller correspondiente a las enseñanzas reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación, para el alumnado inscrito en los programas de secciones internacionales españolas y «Bachibac» en Liceos Franceses.

— Orden 2000/2012. 13-9-2012. Regula el certificado oficial de estudios obligatorios para los alumnos que finalicen los estudios correspondientes a la educación básica sin obtener el título de Graduado en ESO, y se modifican la Orden ECI/1845/2007, de 19-6-2007, por la que se establecen los elementos de los documentos básicos de evaluación de la educación básica regulada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación, así como los requisitos formales derivados del proceso de evaluación que son precisos para garantizar la movilidad del alumnado, y la Orden ECI/2572/2007, de 4-9-2007, sobre evaluación en ESO.

— Resolución de 4-10-2012. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21-9-2012, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 2269/2012. 23-10-2012. Determina los municipios a los que son de aplicación las medidas previstas en el Real Decreto-ley 25/2012, de

7-9-2012, de medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas.

— Resolución de 19-9-2012. Determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales, durante el desarrollo de la huelga general, convocada en la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, para el día 26-9-2012.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 1290/2012. 7-9-2012. Modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11-4-1986, y el Real Decreto 509/1996, de 15-3-1996, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28-12-1995, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

— Corrección de errores. Real Decreto 1290/2012. 7-9-2012. Modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11-4-1986, y el Real Decreto 509/1996, de 15-3-1996, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28-12-1995, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Resolución de 23-7-2012. Aprueba las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción de energía eléctrica.

— Resolución de 27-9-2012. Establece el coste de producción de energía eléctrica y las tarifas de último recurso a aplicar a partir del 1-10-2012.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

— Real Decreto 1191/2012. 3-8-2012. Establece normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de vivienda a favor de los pensionistas de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

— Real Decreto 1192/2012. 3-8-2012. Regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

— Real Decreto 1193/2012. 3-8-2012. Modifica el Real Decreto 1662/2000, de 29-9-2000, sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*.

— Real Decreto 1364/2012. 27-9-2012. Modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23-12-1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

— Resolución de 2-8-2012. Se procede a la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud.

— Resolución de 17-9-2012. Corrige errores en la Resolución de 2-8-2012, por la que se procede a la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Acuerdo de 20-9-2012. Habilita, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral.

— Acuerdo de 26-10-2012. Habilita, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4.922-2012. Párrafo cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 14, 24.1, 139.1 y 149.1.17 de la CE.

— Recurso de Inconstitucionalidad 5.423-2012. Contra el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30-12-2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

— Recurso de Inconstitucionalidad 5.474-2012. Contra los artículos 2 y 6, en cuanto recogen los créditos de los capítulos VI y VII, relativos a la inversión del Estado; 119.1 y partidas concordantes del estado de gastos; y la cuantía fijada en el concepto 453 del estado de ingresos de la Ley 2/2012, de 29-6-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Instrucción 2/2012. 20-9-2012. Interpretación del artículo 75.4 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en lo referente a la validez de los votos por correo de los electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes que se remitan directamente por el elector a la Junta Electoral competente, en lugar de hacerlo a los Consulados.

— Acuerdo 4-10-2012. Designación de los Vocales de las Juntas Electorales de los Territorios Históricos del País Vasco a los que se refiere el artículo 21.1.b)

de la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco, en relación con las elecciones al Parlamento Vasco de 21-10-2012.

— Acuerdo 4-10-2012. Designación de los Vocales de las Juntas Electorales Provinciales de la Comunidad Autónoma de Galicia a los que se refiere el artículo 10.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, en relación con las elecciones al Parlamento de Galicia de 21-10-2012.

— Acuerdo 10-10-2012. Exigencia de firmas de aval para la presentación de candidaturas, prevista en el artículo 169.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en las elecciones al Parlamento de Cataluña de 25-11-2012.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 3/2012. 21-9-2012. Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

— Ley 4/2012. 21-9-2012. Modifica la Ley 9/2007, de 22-10-2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial.

— Decreto-ley 4/2012. 16-10-2012. Medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

— Orden 27-9-2012. Publica la modificación del Anexo I y los valores de las variables a que se refiere el artículo 11.2 de la Ley 6/2010, de 11-6-2010, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Resolución de 17-9-2012. Aprueba el Plan de Inspección de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Espectáculos Taurinos.

— Resolución de 24-9-2012. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Tribunal Constitucional. Conflicto Positivo de Competencia número 1.923-2012, en relación con la Resolución de 25-1-2012, de la Dirección General del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo.

— Tribunal Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad número 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.

— Acuerdo 4-7-2012. Aprueba un conjunto de medidas relacionadas con el cumplimiento del Plan Económico-Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014.

— Acuerdo 26-7-2012. Aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía.

— Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, de modificación del artículo 125.

— Corrección de errores. Decreto 150/2012. 5-6-2012. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento y Vivienda.

— Corrección de errores. Decreto 342/2012. 31-7-2012. Regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 7/2012. 4-10-2012. Medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria.

— Decreto-ley 2/2012. 31-7-2012. Adopta medidas urgentes para adaptar las explotaciones ganaderas de la Comunidad Autónoma de Aragón a la normativa europea sobre bienestar animal.

— Orden 1-8-2012. Regula el acceso electrónico y el procedimiento para la presentación y el pago telemáticos de determinados impuestos gestionados por la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 23-8-2012. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, a efectos de liquidación de los ITP y AJD e ISD, sobre los hechos imponible devengados o que se devenguen durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención.

— Orden 11-9-2012 y Corrección de errores. Establece el régimen general de la jornada de horario de trabajo en el ámbito sectorial de la Administración General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

BALEARES

— Ley 12/2012. 26-9-2012. Medidas tributarias para la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 72/2012. 7-9-2012. Modificación del Decreto 110/2011, de 25-11-2011, modificado por el Decreto 8/2012, de 3-2-2012, por el Decreto 14/2012,

de 2-3-2012, y por el Decreto 66/2012, de 27-7-2012, por el que se fija el calendario de días inhábiles para el año 2012, a efectos del cómputo de plazos administrativos.

— Decreto 77/2012. 21-9-2012. Simplificación administrativa y de modificación de varias disposiciones reglamentarias para la transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, de servicios en el mercado interior.

CANARIAS

— Decreto 70/2012. 26-7-2012. Regula las entidades colaboradoras en materia de contaminación ambiental y se crea el correspondiente registro.

— Decreto 72/2012. 2-8-2012. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 13/2007, de 17-5-2007, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias.

— Decreto 76/2012. 30-8-2012. Modifica el Decreto 256/2011, de 28-7-2011, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2012, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 77/2012. 30-8-2012. Modifica los Decretos 135/2009, de 20-10-2009, por el que se regulan las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias para el periodo 2009-2012; 138/2007, de 24-5-2007, por el que se establece el régimen de adjudicación de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda; 221/2000, de 4-12-2000, por el que se regula la ayuda a los alquileres de las VPO adjudicadas conforme al Decreto 194/1994, de 30-9-1994, y 114/1999, de 25-5-1999, por el que se fijan las condiciones de venta y se establece la subvención para la adquisición de las viviendas de titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias, acogidas a los Planes Canarios de Vivienda I y II, que fueron adjudicadas en régimen de alquiler.

— Decreto 78/2012. 6-9-2012. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2013, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Orden 26-7-2012. Establece las condiciones y el procedimiento para la presentación electrónica por Internet del modelo 620 de autoliquidación del ITP y AJD, de compraventa de determinados medios de transporte usados.

— Orden 23-8-2012. Tramitación de las generaciones de crédito consecuencia de los recursos derivados del endeudamiento suscrito a través de la entidad de Derecho Público Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores.

— Orden 14-9-2012. Dispone la exclusiva obtención de determinados modelos tributarios a través de la página web de la Administración Tributaria Canaria.

— Orden 24-9-2012. Nombra al Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, para el Registro de Arrecife y Registro Mercantil de Arrecife (Lanzarote).

— Orden 18-10-2012. Suspende la vigencia de la Orden 25-5-2010, que aprueba las bases, con vigencia indefinida, que han de regir en la concesión de subvenciones destinadas a la ejecución del objetivo general intermedio número 5 del Plan Integral del Menor en Canarias, correspondiente a equipos territoriales especializados para la atención de menores en situación de riesgo.

— Orden 26-10-2012. Aprueba el modelo 470 de pago a cuenta, relativo al año 2012 del Impuesto de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito de Canarias.

— Resolución de 25-7-2012. Crea el sello electrónico para la identificación y firma de las actuaciones administrativas automatizadas en la sede electrónica y se crea el registro electrónico de certificados que se expidan en dicha sede.

— Resolución de 27-7-2012. Corrige errores de la Resolución de 12-7-2012, que da publicidad al texto actualizado del TR de las disposiciones legales vigentes en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Resolución de 30-7-2012. Da publicidad al texto actualizado a 1-7-2012 del TR de las disposiciones legales dictadas por la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto-ley 1/2009, de 21-4-2009.

— Corrección de errores. Ley 4/2012. 25-6-2012. Medidas administrativas y fiscales.

CANTABRIA

— Ley 4/2012. 15-10-2012. Creación de la Contribución Especial por el establecimiento, mejora y ampliación de los Servicios de Prevención y Extinción de Incendios y de Salvamento de Cantabria.

— Decreto 55/2012. 6-9-2012. Crea el Inventario de Obras de Arte de la Comunidad Autónoma de Cantabria y se regula su funcionamiento.

— Orden 23/2012. 20-8-2012. Establece el Calendario de Fiestas Laborales para el año 2013 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Orden 48/2012. 1-10-2012. Procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso ordinario.

— Resolución de 10-8-2012. Da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 1/2008, de 2-7-2008, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria.

— Corrección de errores. Ley 3/2012. 21-6-2012. Modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2012. 21-2-2012. Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

— Ley 2/2012. 19-4-2012. Modifica la Ley 9/2008, de 4-12-2008, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales.

— Ley 3/2012. 10-5-2012. Autoridad del profesorado.

— Ley 4/2012. 17-5-2012. Adecúa la Ley 5/1986, de 23-12-2012, Electoral de Castilla-La Mancha.

— Ley 5/2012. 12-7-2012. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012.

— Ley 6/2012. 2-8-2012. Acompañamiento de la Ley 1/2012, de 21-2-2012, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantía de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha.

— Decreto 121/2012. 2-8-2012. Establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Consejería de Empleo y Economía.

— Decreto 122/2012. 2-8-2012. Modificación del Decreto 306/2011, de 22-12-2011, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la aplicación del índice corrector del margen de dispensación de las oficinas de farmacia que se regula en el artículo 2.8 del Real Decreto 823/2008.

— Decreto 123/2012. 2-8-2012. Modifica el Decreto 69/2007, de 29-5-2007, por el que se establece y ordena el currículo de la ESO en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Decreto 131/2012. 17-8-2012. Modifica el Decreto 141/1996, de 9-12-1996, por el que se aprueba el Reglamento General de aplicación de la Ley 2/1993, de 15-7-1993, de Caza de Castilla-La Mancha.

— Decreto 134/2012. 20-9-2012. Fija el calendario laboral para el año 2013.

— Decreto 139/2012. 25/10/2012. Modificación del Decreto 124/2000, de 11-7-2000, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha.

— Decreto 140/2012. 25/10/2012. Consejo Regional de Cooperación para el Desarrollo.

— Orden 8-10-2012. Aprueban los documentos de pago de tasas, precios públicos y otros ingresos, se establecen los órganos competentes y se regula el procedimiento de recaudación.

— Resolución de 13-9-2012. Se somete a información pública el proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 124/2000, de 11-7-2000, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 16-10-2012. Modifica el Anexo I de la Orden 2-4-2012, de la Consejería de Hacienda, por la que se regula el sistema único de pago electrónico de uso común de los recursos económicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Acuerdo 4-10-2012. Nombra Registrador de la Propiedad para una plaza radicada en San Clemente, provincia de Cuenca.

— Acuerdo 11-10-2012. Ordena la publicación de las declaraciones de actividades, bienes y rentas de los Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, de don Francisco Gil-Ortega Rincón con motivo de su cese, y de los miembros de la Sindicatura de Cuentas.

— Corrección de errores. Orden 8-8-2012. Normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 6/2012. 28-9-2012. Concesión de un crédito extraordinario y un suplemento de crédito para financiar las operaciones derivadas de la ejecución del mecanismo extraordinario de pago a proveedores previsto en el Acuerdo 6/2012, de 6-3-2012, del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

— Decreto-ley 2/2012. 25-10-2012. Adopta medidas urgentes en materia Sanitaria.

— Decreto 30/2012. 16-8-2012. Establece el Calendario de Fiestas Laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2013.

— Orden 609/2012. 29-6-2012. 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 610/2012. 23-7-2012. 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 611/2012. 23-7-2012. 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 625/2012. 17-7-2012. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005 por el 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 626/2012. 17-7-2012. 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 820/2012. 20-9-2012. 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 821/2012. 21-9-2012. 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 892/2012. 3-10-2012. 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.

— Resolución de 12-9-2012. Ordena la publicación del Acuerdo de las Cortes de Castilla y León de convalidación del Decreto-ley 1/2012, de 16-8-2012, por el que se establecen las medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria.

CATALUÑA

— Decreto-ley 3/2012. 16-10-2012. Reordenación urgente de determinadas garantías financieras del sector público de la Generalidad de Cataluña y de modificaciones tributarias.

— Decreto 86/2012. 31-7-2012. Aprobación del Reglamento de los juegos del bingo.

— Decreto 129/2012. 9-10-2012. Aprueba el Reglamento del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

— Resolución de 10-9-2012. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por la Resolución JUS/1406/2012, de 3-7-2012.

— Resolución 2242/2012. 19-10-2012. Publica un acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con la Ley de Cataluña 10/2011, de 29-12-2011, de simplificación y mejora de la regulación normativa.

— Resolución 2243/2012. 19-10-2012. Hace público un acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con la Ley 2/2012, 29-6-2012, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

— Resolución 2244/2012. 19-10-2012. Hace público un acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con el Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Resolución 2252/2012. 18-10-2012. Convoca subvenciones para la mejora de la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas en los edificios de uso residencial de los barrios de viviendas gestionados por la Agencia de la Vivienda de Cataluña para el año 2012, y se aprueban las bases reguladoras.

— Acuerdo. 84/2012. 28-8-2012. Autoriza a TVC Multimèdia, S. L., a reducir su capital social y a modificar sus Estatutos.

— Acuerdo 87/2012. 18-9-2012. Autoriza la fusión de las sociedades Infraestructures de la Generalitat de Catalunya, SAU (Infraestructures.cat), y Edificis i Equipaments de Catalunya, SAU (EECAT, SAU).

EXTREMADURA

— Decreto-ley 2/2012. 8-10-2012. Implementación en la Comunidad Autónoma de Extremadura de las medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones Públicas aprobadas por el Estado.

— Decreto-ley 3/2012. 19-10-2012. Estímulo de la actividad comercial.

— Corrección de errores. Decreto-ley 3/2012. 19-10-2012. Estímulo de la actividad comercial.

— Decreto 29/2012. 17-2-2012. Aprueba la segregación de la entidad local menor de Gadiana del Caudillo para su constitución en municipio independiente de Badajoz.

— Decreto 176/2012. 7-9-2012. Modifica el Decreto 128/2012, de 6-7-2012, por el que se establece la estructura orgánica de la Presidencia de la Junta de Extremadura.

— Decreto 181/2012. 7-9-2012. Establece la ordenación y clasificación de las empresas de restauración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 182/2012. 7-9-2012. Establece la ordenación y clasificación de los apartamentos turísticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 205/2012. 15-10-2012. Regula el Registro General de Empresas y Actividades Turísticas de Extremadura.

— Orden 30-10-2012. Modifica la Orden 28-9-2012 por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio económico de 2012 y apertura del ejercicio 2013.

— Corrección de errores. Decreto-ley 1/2012. 25-6-2012. Medidas urgentes para contención del gasto público y la adaptación del funcionamiento de los servicios públicos a la realidad económica y social en Extremadura.

GALICIA

— Ley 9/2012. 3-8-2012. Adaptación de las disposiciones básicas del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en materia de empleo público.

— Ley 10/2012. 3-8-2012. Modificación de la estructura del Valedor del Pueblo.

— Decreto 169/2012. 1-8-2012. Determina las fiestas de la Comunidad Autónoma de Galicia del calendario laboral para el año 2013.

— Decreto 174/2012. 27-8-2012. Disolución del Parlamento de Galicia y de convocatoria de elecciones.

— Decreto 200/2012. 4-10-2012. Regula el Registro de Explotaciones Agrarias de Galicia.

— Decreto 202/2012. 18-10-2012. Crea la Agencia Tributaria de Galicia y se aprueba su estatuto.

— Orden 2-8-2012. Desarrolla la regulación de las certificaciones y justificaciones trimestrales establecidas en el Decreto 269/2008, de 6-11-2008, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de Galicia.

— Orden 20-8-2012. Modifica la Orden de 28-12-2011, por la que se aprueban los precios medios en el mercado de determinados inmuebles rústicos y urbanos situados en la Comunidad Autónoma de Galicia para el ejercicio 2012.

— Orden 4-9-2012. Aprueba las normas y modelos de transferencia de documentación judicial y se determina el inicio de las actividades de los archivos judiciales territoriales y de la Junta de Expurgación de la Documentación Judicial de Galicia.

— Orden 12-9-2012. Aprueba la Carta de Servicios del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

— Orden 13-9-2012. Regula el ejercicio de derecho al voto de las personas trabajadoras por cuenta ajena en las elecciones al Parlamento de Galicia convocadas para el día 21-12-2012 por el Decreto 174/2012, de 27-8-2012.

— Resolución de 24-9-2012. Hace públicas las candidaturas proclamadas por las Juntas Electorales Provinciales de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra para las elecciones al Parlamento de Galicia de 2012.

LA RIOJA

— Ley 5/2012. 28-9-2012. Medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Orden 14/2012. 4-9-2012. Regula el Catálogo de Procedimientos Administrativos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de sus Organismos Públicos.

MADRID

— Real Decreto 1360/2012. 26-9-2012. Declara el cese de doña Esperanza Aguirre Gil de Biedma como Presidenta de la Comunidad de Madrid.

— Real Decreto 1361/2012. 26-9-2012. Nombra Presidente de la Comunidad de Madrid a don Jaime Ignacio González González.

— Decreto 109/2012. 4-10-2012. Modifica parcialmente las competencias y estructura orgánica de algunas Consejerías de la Comunidad de Madrid.

— Orden 26-9-2012. Nombra Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

— Orden 11.239/2012. 5-10-2012. Acuerda la implantación de enseñanzas oficiales de máster en las Universidades de la Comunidad de Madrid.

— Acuerdo 2-8-2012. Declara de aplicación para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, incluido en el Régimen General de Seguridad Social, el régimen de las prestaciones económicas previstas en la situación de incapacidad temporal por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012.

MURCIA

— Resolución de 12-9-2012. Amplía el plazo de presentación de solicitudes de participación en el Plan de Pagos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, regulado por la Ley 1/2012, de 15-3-2012, y por la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 2-7-2012.

— Instrucción 26-7-2012. Determinación del procedimiento y criterios de aplicación de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social contemplada en la Disposición Adicional 2.^a del TR de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, en su redacción dada por el artículo 16 de la Ley 5/2012, de 29-6-2012, de ajuste presupuestario y de medidas en materia de función pública.

NAVARRA

— Ley Foral 15/2012. 4-10-2012. Modifica la Disposición Adicional 2.^a de la Ley Foral 13/2012, de 21-6-2012, de medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 15/2012. 21-6-2012. Medidas urgentes en materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

— Ley Foral 16/2012. 19-10-2012. Modificación del artículo 42 de la Ley Foral 35/2002, de 20-12-2002, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Ley Foral 17/2012. 19-10-2012. Modifica la Ley Foral 11/1998, de 3-7-1998, que regula la financiación pública de los centros de iniciativa social que imparten las enseñanzas de bachillerato, ciclos formativos de grado medio y programas de garantía social.

— Ley Foral 18/2012. 19-10-2012. Complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral-Ley 2/2012. 25-7-2012. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 97/2012. 22-8-2012. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Decreto Foral 103/2012. 12-9-2012. Modifica el Decreto Foral 8/2010, de 22-2-2010, por el que se regula el NIF y determinados censos relacionados con él.

— Orden Foral 345/2012. 27-8-2012. Establece el régimen de autoliquidación como procedimiento de liquidación y pago para negocios jurídicos *mortis causa* en el ámbito del IS y D. y se aprueban los modelos 650, 651, 652 y 660.

— Corrección de errores. Ley Foral 11/2012. 21-6-2012. Transparencia y del Gobierno Abierto.

PAÍS VASCO

— Norma Foral 2/2012. 14-5-2012. Modificación de la Norma Foral 16/1989, de 5-7-1989, reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

- Norma Foral 3/2012. 12-6-2012. Modificación de la Norma Foral 2/2005, de 8-3-2005, general tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa.
- Decreto 12/2012. 27-8-2012. Disuelve el Parlamento Vasco y se convocan elecciones.
- Decreto 154/2012. 24-7-2012. Sistema de estandarización de la renta familiar en el marco de las políticas de familia.
- Decreto 155/2012. 24-7-2012. Registros de Servicios Sociales.
- Decreto 193/2012. 2-10-2012. Conservación y fomento del uso del suelo agrario en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Decreto 205/2012. 16-10-2012. Establece el procedimiento y los plazos para la renovación de la acreditación de los títulos universitarios de Grado, Máster y Doctorado.
- Orden 14-9-2012. Se dictan normas para que las y los trabajadores puedan participar, percibiendo sus retribuciones, en las elecciones al Parlamento Vasco a celebrar el día 21-10-2012.
- Orden 15-10-2012. Registro de solicitantes de vivienda y de los procedimientos para la adjudicación de VPO y Alojamientos Dotacionales de Régimen Autonómico.
- Resolución de 24-7-2012- Aprueba la posibilidad de actualizar los precios autorizados y los precios comunicados, para el ejercicio 2012, a la subida del tipo impositivo del IVA.
- Corrección de errores. Ley 11/2012. 14-6-2012. Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Corrección de errores. Ley 15/2012. 28-6-2012. Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi.

VALENCIA

- Ley 4/2012. 15-10-2012. Aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana.
- Ley 5/2012. 15-10-2012. Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.
- Ley 6/2012. 24-10-2012. Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Comercial y la Eliminación de Cargas Administrativas.
- Decreto-ley 7/2012. 19-10-2012. Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.
- Decreto 130/2012. 24-8-2012. Establece la organización de la seguridad de la información de la Generalitat.
- Decreto 134/2012. 7-9-2012. Crea y regula el Registro de Facturas de la Generalitat.

— Decreto 162/2012. 19-10-2012. Modifica el Decreto 169/2010, de 15-10-2010, del Consell, de creación y regulación del Observatorio de la Seguridad Ciudadana en la Comunitat Valenciana.

— Orden 8/2012. 3-10-2012. Modifica determinados artículos de la Orden 5/2011, de 17-3-2011, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula la tramitación electrónica de determinados procedimientos en materia de juego.

— Orden 21/2012. 25-10-2012. Regula los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunitat Valenciana.

— Orden 64/2012. 26-10-2012. Desarrolla el Decreto 231/1997, de 2-9-1997, por el que se regula la creación, estructura y funcionamiento de los Centros de Formación, Innovación y Recursos Educativos de la Comunitat Valenciana.

— Resolución de 172/VIII. 17-10-2012. Validación del Decreto-ley 6/2012, de 28-9-2012, del Consell, de desarrollo y aplicación de las disposiciones incluidas en el título I y disposiciones concordantes del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 24 de septiembre de 2012, se celebró en Sevilla la JORNADA: *COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Presentación de los intervinientes:

Francisco Manuel GALÁN ORTEGA, Director del Centro de Estudios del Decanato.

Presentación de la jornada a cargo del Director de la jornada y moderador del coloquio:

Pedro CRUZ VILLALÓN, Catedrático de Derecho Constitucional, expresidente del Tribunal Constitucional y actual Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ponencias:

- «Evolución histórico-legislativa de la distribución de competencias en materia urbanística», por Julio CASTELAO RODRÍGUEZ, Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad San Pablo CEU.
- «El estado actual de la cuestión en la jurisprudencia de la DGRN y en la práctica diaria de las oficinas registrales», por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad.
- «La perspectiva de la legislación estatal del suelo en la reforma por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio», por Beatriz CORREDOR SIERRA, Registradora de la Propiedad y exministra de Vivienda.

ARAGÓN

Los días 20 al 28 de septiembre, en la Universidad de Verano de Teruel, se impartió el CURSO: *URBANISMO Y GESTIÓN EN PEQUEÑOS MUNICIPIOS. MODIFICACIÓN DE LA LEY URBANÍSTICA DE ARAGÓN.*

* * *

El día 25 de septiembre, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar la JORNADA sobre *HACIENDAS LOCALES.*

Director Científico:

Julio LÓPEZ LABORDA, Catedrático de Economía Pública, Universidad de Zaragoza.

Programa:

- «Racionalización competencial en el nivel local», por Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Director de Estudios del Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- «Costes y beneficios diferenciales de las grandes ciudades», por Nuria BOSCH ROCA, Marta ESPASA QUERALT y Daniel MONTOLIO ESTIVILL, Departamento de Economía Pública, Economía Política y Economía Española, Universidad de Barcelona.
- «Urbanismo y financiación local», por Pedro PASCUAL ARZOZ y Fermín CABASÉS HITA, Departamento de Economía de la Universidad Pública de Navarra.
- «Reformas en la imposición local», por Javier SUÁREZ PANDIELLO, Departamento de Economía, Universidad de Oviedo.

- «La participación municipal en los ingresos del Estado: Diagnóstico y reforma», por FRANCISCO PEDRAJA CHAPARRO y JOSÉ MANUEL CORDERO FERRERA, Departamento de Economía, Universidad de Extremadura.

* * *

Los días 18 y 19 de octubre, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, se celebró el CONGRESO INTERNACIONAL: *LA REFORMA DE LOS MECANISMOS DE GUARDA LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL TRAS LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS*, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de don Manuel José LÓPEZ PÉREZ, Rector Magnífico de la Universidad de Zaragoza, y de don Juan GARCÍA BLASCO, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Presentación: a cargo de doña Sofía DE SALAS MURILLO, Profesora Titular de Derecho Civil y directora del Congreso.

Ponencias:

- «Las instituciones jurídico-privadas de protección de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas», por Encarnación ROCA TRÍAS, Catedrática de Derecho Civil, Magistrada del Tribunal Supremo.
- «La aplicación de la Convención de Naciones Unidas en el entorno europeo», por Rainer FRANK, Profesor del Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Freiburg; Françoise MONÉGER, Conseiller de la Cour de Cassation de France (Première chambre civile), y Gabriela AUTORINO STANZIONE, Catedrática de Derecho Comparado de la Facoltà di Giuriprudenza, Università degli Studi di Salerno.
- «Perspectivas de política legislativa sobre la discapacidad en España», por Lourdes MÉNDEZ MONASTERIO, Presidenta de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados.
- «La tensión entre autonomía y protección: Mecanismos jurídico-privados de complemento y sustitución de capacidad», por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Catedrático de Derecho Civil.
- «Protección funcional de las personas con discapacidad y acogimiento», por M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO, Profesora Titular de Derecho Civil.
- «La guarda de hecho en las personas con discapacidad», por M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil.

- «Las personas jurídicas como guardadoras», por Antonio LEGERÉN MOLINA, Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, y Jaime SANAÚ VILLARROYA, Profesor Titular de Economía Aplicada y Presidente de la Fundación Tutelar Luis de Azúa.
- «Tratamiento ambulatorio e internamiento involuntarios», por M.^a Jesús GERMÁN URDIOLA, Abogada de la Fundación Rey Ardid, y José Carlos FUERTES ROCAÑÍN, Doctor en Medicina, especialista en Psiquiatría, Profesor de Ciencias Forenses.

Mesa redonda:

- «La designación judicial y el seguimiento de la tarea del guardador legal. Criterios legales para la elección de la persona del guardador», por Regina GARCIMARTÍN MONTERO, Profesora Titular de Derecho Procesal.
- «La intervención del Ministerio Fiscal en la adopción de decisiones referentes a personas con discapacidad», por Gonzalo LÓPEZ EBRI, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
- «Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal», por Marta CHIMENO CANO, Magistrada-Juzgado Primera Instancia Tarragona.
- Conferencia de clausura: *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*, por Gabriel GARCÍA CANTERO, Catedrático de Derecho Civil.

MADRID

El día 18 de octubre de 2012, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA CONCEPCIÓN REPUBLICANA DE LA PROPIEDAD*.

Ponente:

Pablo RUIZ-TAGLE, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Chile.

Contraponente:

José Luis MARTÍ, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra.

* * *

El día 22 de octubre de 2012, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España organizó un acto en homenaje a don Pío CABANILLAS GALLAS, coincidiendo con el XX aniversario de su muerte. Ilustres personalidades rememoraron diferentes facetas de la vida de este Académico de Número y Registrador. Entre ellos, José María AZNAR, expresidente del Gobierno; Luis Díez-PICAZO, presidente de la Corporación; Landelino LAVILLA, expresidente del Congreso de los Diputados; Marcelino OREJA, presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; Alfonso CANDAU, Decano del Colegio de Registradores; Antonio PAU, Académico de Número de esta Real Academia; y su hijo Pío CABANILLAS ALONSO, exministro Portavoz del Gobierno.

* * *

El día 22 de noviembre de 2012, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS*.

Ponente:

Philippe FRUMER, Chargé de cours á l'Institut Supérieur de Traducteurs et Interpretes - Bruxelles.

Contraponente:

Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo.

HOLANDA

Los días 17, 18 y 19 de septiembre de 2012 se celebró en Amsterdam el XVIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL.

Ceremonia de Apertura:

- Señora Dorine BURMANJE, CEO Registro de la Propiedad Holandés, Catastro y Agencia de Cartografía.
- Señor Van POELGEEST, Representante del Alcalde de Amsterdam.
- Señora Sybilla DEKKER, exministra de Vivienda y Consejo de Supervisión, Registro de la Propiedad Holandés, Catastro y Agencia.
- Señor Joaquín ALMUNIA, Vicepresidente de la Comisión Europea.
- Señor Nicolás NOGUERALES PEIRÓ, Secretario General del CINDER.

El vicepresidente de la Comisión Europea y comisario de Competencia, Joaquín ALMUNIA, inauguró dicho Congreso. Durante su intervención, el comisario de Competencia hizo un análisis general de la situación actual por la que están atravesando los distintos países de la Unión Europea y resaltó las importantes medidas y reformas que se están llevando a cabo. En este sentido realizó una valoración de las reformas adoptadas para las profesiones, a las que considera decisivas para la configuración de una Europa más fuerte, unida y eficaz.

Por su parte, el secretario general del CINDER, Nicolás NOGUEROLÉS, centró su discurso en las nuevas tecnologías, el registro electrónico y las operaciones transfronterizas.

Sesión 1.

Tema: *Sistemas de Registro de la Propiedad en general:*

- «Fundamentos institucionales de la contratación impersonal: Teoría y práctica de los registros contractuales», por Benito ARRUÑADA, Profesor de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.
- «Estructuración de un Registro de Título Electrónico, Aprendiendo de la Experiencia».
- «Estructuración de un Registro de Título Electrónico, aprendiendo de la experiencia», por Martin DIXON, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, Gran Bretaña.

Sesión 2.

Tema: *Transmisión Electrónica y Traspaso de propiedad Internacional:*

- «Transmisiones electrónicas transfronterizas, el proyecto CROBECO (Cross Border Electronic Conveyancing)», por Wim LOUWMAN/Jacques VOS, Presidente de Asociación Europea del Registro de la Propiedad/ Registrador en los Países Bajos.
- «Autonomía de partidos en la Ley de Propiedad Internacional», por Sjeff VAN ERP, Profesor de la Universidad de Maastricht, los Países Bajos.
- «Los problemas y los aspectos positivos de Sistema Jurídico portugués en respecto de transmisiones electrónicas transfronterizas», por Alfonso PATRÃO, Asistente Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de Coimbra, Portugal.
- «Cómo garantizar la integridad del Registro Electrónico de la Propiedad y Archivo Digital», por Ingmar VALI/Piret SAARTEE, Jefe del Departamento de los Registros/Registrador de Estonia.

Sesión 3.

Tema: *Sistemas de Registro de la Propiedad en general:*

- Aldo DE LUCA, Italia.
- Nuria DE OCA, Banco Mundial, El proyecto «Doing Business».
- Andreas LUCKOW, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Ejecución de hipotecas en Alemania.

Sesión 4.

Tema: *Hipotecas y ejecución de la hipoteca:*

- «Inscripción, posesión y dominio: el caso chileno y la calificación registral de la “cláusula maldita o perversa”», por Marco ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU, Profesor de la Universidad de Santiago de Chile.
- «Ejecuciones de hipotecas judiciales o alternativas», por Melhim NAMED CHALHUB, Presidente de Instituto de Registro Inmobiliario de Brasil.

- «Ejecución hipotecaria en España»:
 - Beatriz CORREDOR, «Problemas en general».
 - Pedro PERNAS, «Los instrumentos de deuda titulizados en el mercado español de propiedad y procedimiento de ejecución hipotecaria».
 - FRANCISCO MOLINA BALAGUER, «La eficiencia de la ejecución hipotecaria».
 - Alberto ADÁN, «La ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual».

Sesión 5.

Tema: *Informatización de los Registros de la Propiedad:*

- «La modernización del Registro Público de la Propiedad y el Comercio del Distrito Federal, México», por José Guadalupe MEDINA ROMERO, Director del Registro Público de la Propiedad y el Comercio, México.
- «Registro Electrónico. Registro Público de Panamá», por Hernando ABRAHAM CARRASQUILLA, Director General del Registro de Propiedad, Panamá.
- «La aplicación electrónica en el Registro de la Propiedad portugués», por Blandina SOARES, Registrador de Arouca Portugal.
- «Registro Electrónico - La explosión de la Galaxia Gutenberg y el folio electrónico», por José REZENDE DOS SANTOS/Sergio JACOMINO, Presidente y expresidente de la organización de Registradores de Brasil, IRIB.

- «La red de la Asociación Europea del Registro de Propiedad», por Gabriel ALONSO LANDETA, Secretario General de la Asociación Europea del Registro de Propiedad, Bruselas, Bélgica.

Sesión 6.

Tema: *Informatización de los Registros de la Propiedad:*

- «La transición de un sistema de acciones para un sistema de título y el uso de nuevas tecnologías», por Kate MURRAY, Registro de Propiedad Ontario, Canadá.
- «150 años del Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales: de sistemas de títulos o escrituras hasta registro sin papeles», por Aisidair LEWIS, Director de Servicios Legales HM, Registro de la Propiedad de Inglaterra.

Sesión 7.

Tema: *Hipotecas y ejecución de la hipoteca:*

- «Importancia de las hipotecas en los países en transición, con un énfasis especial en la Ley Hipotecaria en la República de Croacia», por Damir KONTREC, Juez del Tribunal Supremo, Croacia.
- «La hipoteca y su ejecución, un enfoque jurídico-económico», por Raúl CASTELLANO, Presidente del Centro Académico de Derecho Registral, México.
- «Relación entre las ejecuciones hipotecarias y el Registro Inmobiliario en Argentina», por Marcelo Eduardo URBANEJA/Zulma Aurora DODDA, Instituto de Derecho Registral, Universidad Notarial, Argentina.

Sesión 8: Sesión plenaria.

Tema: *Sistemas de Registro de la Propiedad en general:*

- «Sistema de Registro de la Propiedad en China: Pasado, problemas y perspectivas», por Lei CHEN, Asistente Profesor, Universidad de Hong Kong.
- «Al otro lado del mundo. Los “tres requisitos de prueba clave” y la automatización de Registros de la Propiedad en Nueva Zelanda y Australia», por Rod THOMAS, Profesor de la Universidad de Auckland, Nueva Zelanda.

Sesión 9.

- «El sistema de Registro de la Propiedad en la parte de habla francés de Canadá», por Line DROUIN, Director de Registro de Propiedad en Quebec, Canadá.
- Rosabel CASTILLO, Directora de Registro de Propiedad en Santo Domingo, República Dominicana.
- Jeanette Ruth CUESTAS, Directora de Relaciones Internacionales, Centro Nacional de Registros (CNR), El Salvador.
- Miriam JARQUIN, Member of the High Court, Nicaragua.
- «Avances y logros en la modernización del sector registral en Colombia», por Jorge Enrique VÉLEZ, Superintendente de los Registros y del Notariado, Colombia.

Sesión 10.

- «La hipoteca; papel y participación del Registro sobre su ejecución en Panamá», por Gabriella BACCARANI, Head of technical cooperation and international affairs, Panamá.
- «El control de legalidad de las hipotecas: las cláusulas abusivas», por Federico ALBÍN IZUIBEJERES, Director General Uruguay.
- «Propósitos de las hipotecas y los requisitos para su validez en el ordenamiento jurídico peruano», por Luis Alberto ALIAGA HUARIPATA, Perú.

Sesión 11.

Tema: *Registro electrónico y bases gráficas:*

- «La remisión telemática y la plena publicidad de las limitaciones al dominio inscrito», por Luis Javier ARRIETA SEVILLA, Universidad de Navarra, España.
- «Combinando la información de otros registros con datos del Registro de la Propiedad», por Rubén ROES, Registrador, Países Bajos.
- «El aspecto formal de la vertiente gráfica como un nuevo enfoque metodológico en el Registro Inmobiliario del siglo XXI», por Víctor J. PRADO GASCÓ, Registrador de Torredembarra, España.
- «Bases gráficas y Registro de la Propiedad en España: Geobaseweb», por Jesús CAMY, Registrador de Propiedad, España.

Sesión 12.

- «Ejecución hipotecaria y Registro de la Propiedad en Chile», por Nelson GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Registrador de Chile.
- «Registro de la Propiedad Electrónica en Polonia. Objetivos, normas y la organización en términos de desarrollo económico», por Marta REKAWEK-PACHWICEWICZ, Asociación Polaca de Registradores.
- «Consolidación de procedimiento ejecutivo ordinario y el intento gubernamental de frenar el mismo: la mediación», por Gildren CARA, Presidente de Registro de Propiedad, Ruerto Rico.
- «Procedimiento de ejecución hipotecaria. Emergencia económica», por Adriana N. ABELLA, Universidad Notarial Argentina.

Sesión 13.

Tema: *Derechos hipotecarios, crisis financiera:*

- «El futuro de la seguridad de hipotecas», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Ministerio de Justicia, España.
- «¿Por qué necesitamos de reglamentación en el mercado inmobiliario?», por Federico VIEGAS, Profesor de la Universidad de Brasilia, Brasil.
- «La clasificación de riesgo de productos financieros de la inmobiliaria», por Michael MILLIGAN, Oficial de Asuntos Económicos de las Naciones Unidas (UNECE), Ginebra, Suiza.
- «Procedimiento de ejecución hipotecaria y sistemas de Registro de la Propiedad», por Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad, España.

Sesión 14.

- «La causa de la crisis financiera, *sub prime*-virus y securización», por Reinout WIBIER, Profesor de la Universidad de Tilburg, Países Bajos.

Tema: *Sistemas de Registro de la Propiedad en general:*

- «Ejecución hipotecaria, crisis económica y protección del deudor», por Francisco MARÍN CASTÁN, Magistrado del Tribunal Supremo, España.
- «La inscripción del documento otorgada en país extranjero», por Antonio SALAS CARCELLER, Magistrado del Tribunal Supremo, España.

Conclusiones y clausura del congreso, por Nicolás NOGUEROLES.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

MIRA ROS, Corazón: *El expediente judicial electrónico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, 150 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogada

Sin duda alguna estamos inmersos en un proceso evolutivo en el que las tecnologías de la información electrónica están ocupando progresivamente los diferentes procesos de la Administración de Justicia, sumándose así a este esfuerzo modernizador por acercar el servicio público de la justicia al ciudadano.

La adaptación del proceso civil a la nueva sociedad de información ha orientado en los últimos años una amplia acción legislativa que pretende generalizar el uso de las nuevas tecnologías en la gestión del proceso para alcanzar una realidad judicial informatizada. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, da un paso decisivo en este sentido, sustituyendo la mera posibilidad que tenían las Administraciones de ir construyendo la Administración electrónica por el deber de hacerlo, consagrando la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para las Administraciones.

La implantación de sistemas de información y gestión procesal es uno de los programas contemplados en el Plan Estratégico para la modernización del sistema de Justicia destinado a la implantación de una justicia tecnológicamente avanzada, cuyos dos pilares básicos son la transformación de la oficina judicial y el expediente judicial electrónico. Este es el título de la brillante monografía de la profesora Corazón MIRA ROS, profesora titular de Derecho Procesal de la UNED, que ha sido publicado por la editorial Dykinson y que constituye el objeto de nuestra recensión.

Como señala la autora, de forma gradual se están sentando las bases legales para que ahora todos los actos procesales y las resoluciones judiciales que conforman el proceso puedan realizarse electrónicamente, o transformarse en documentos judiciales electrónicos, cualquiera que sea la forma o el soporte en el que originariamente se han tramitado. Se trata de transformar sustancialmente la organización y el funcionamiento de la Oficina Judicial mediante la generalización de las comunicaciones electrónicas y de los llamados documentos judiciales electrónicos y, al mismo tiempo, establecer sistemas eficaces de conservación y digitalización de la información judicial, como medio de crear vehículos seguros de transmisión y recepción de información por y entre los órganos jurisdiccionales.

Pero la informatización de los ficheros de actuaciones judiciales no se impone solamente por una razón de reorganización interna de la Oficina Judicial, sino

con la finalidad de facilitar el acceso de los ciudadanos a la documentación procesal, lo que permitirá hacer realidad el principio de publicidad de las actuaciones judiciales consagrado en la CE y en el artículo 232 de la LOPJ.

Dicho esto, resulta evidente la oportunidad de este trabajo, en el que la profesora MIRA ROS ha analizado con gran rigor el expediente judicial electrónico, para lo cual ha estructurado su trabajo en cuatro capítulos.

En el capítulo primero, bajo la rúbrica «La formación del expediente judicial electrónico», la autora se plantea si cabe formular la construcción como categoría universalizable del expediente judicial electrónico. Para ello sitúa este interrogante en el contexto de una nueva sociedad de la información, caracterizada por la generalización de las comunicaciones electrónicas y de la firma digital, con el trasfondo de una Administración Pública también electrónica (de la que forma parte la propia Administración de Justicia) y en el marco de una sociedad europea donde las nuevas tecnologías y su aplicación al proceso se encuentra en vías de construcción.

La autora señala la necesidad de replantear nuevamente la definición de documento electrónico, ya que existe una tendencia legislativa cada vez más proclive a asegurar que en la práctica se cumpla el principio de equivalencia funcional con la información que consta en soporte electrónico. Y, en este contexto, la firma electrónica o cualquiera de los sistemas que permiten garantizar la identidad del firmante en un entorno electrónico se convierte en un requisito imprescindible que ha de reunir la transmisión telemática de información, cualquiera que sea el ámbito en el que se despliegue su eficacia, para que las funciones desarrolladas sean las mismas que cuando se trata de documentos en soporte papel.

A continuación, se analiza la implantación de las nuevas tecnologías en el proceso civil europeo. De forma paralela a la consagración de la oralidad como principio rector del proceso, surge en toda Europa una nueva forma de expresión de los actos procesales que ensalza todas las virtudes de la oralidad, y evita el formalismo riguroso y el excesivo coste que desde siempre ha venido caracterizando a los procedimientos escritos: son los actos procesales realizados por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos. Con razón, la época de la electrónica se ha denominado por algunos autores la época de la oralidad secundaria u oralidad renovada, ya que las mismas razones que impulsaron a los autores reformistas a defender la oralidad son ahora las que se pronuncian a favor del uso generalizado en el proceso de las nuevas tecnologías. El recurso a las nuevas tecnologías en el proceso se vislumbra como la panacea de todos los males, capaz de imprimir celeridad a la justicia y contribuir, al mismo tiempo, al respeto de un proceso justo que se desarrolle con todas las garantías de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad.

En el capítulo segundo, la profesora MIRA ROS analiza los sistemas de información y archivo electrónico del expediente judicial, señalando que la aparición cada vez más frecuente de documentos electrónicos en el proceso comporta también la necesidad de modificar el sistema de conservación y archivo de las actuaciones judiciales. Desde todos los sectores jurídicos se confía en los programas y aplicaciones informáticas para implantar un nuevo sistema de gestión y custodia de la documentación judicial que permita descongestionar los diferentes Juzgados y Tribunales y crear una oficina judicial ágil, rápida y con una correcta atención al ciudadano.

En este sentido, expone cómo el legislador, si bien no ha ordenado aún la informatización de los archivos judiciales con carácter general, ha comenzado a dar los primeros pasos en tres aspectos fundamentales: en primer lugar, la infor-

matización de los archivos judiciales para facilitar su gestión y transmisión; en segundo lugar, la informatización de los registros judiciales para facilitar el acceso a los órganos judiciales; y finalmente, el desarrollo de sistemas para facilitar la interoperabilidad entre los distintos órganos judiciales, ya que la necesidad de satisfacer lo que se ha venido llamando «principio de continuidad electrónica en la gestión de los procedimientos judiciales», obliga a desarrollar sistemas y aplicaciones uniformes para todos los órganos de la Administración de Justicia, que permitan la gestión integral de los procedimientos y la creación de un vehículo de transmisión y recepción de información segura por y entre los distintos órganos judiciales.

En el capítulo tercero, la autora analiza, con gran rigor científico, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, cuyo fundamento constitucional radica en ser una manifestación del derecho a un proceso público y con todas las garantías *ex* artículo 24 de la CE. El modo de transmisión de información que prevé la Ley es la exhibición del expediente judicial o de los asientos correspondientes de los libros o registros por el encargado del archivo judicial, pero también a través de la obtención por quien acredite un interés legítimo de testimonios, certificaciones o copias simples de escritos y documentos que consten en los autos.

Se estudian también las limitaciones del principio de publicidad de las actuaciones judiciales, tanto por razón del objeto como por los sujetos que intervienen, ya que la necesaria concurrencia de un interés legítimo en el solicitante de la información que haga presumir un uso justificado y confidencial de la documentación judicial es otro de los filtros que la Administración de Justicia impone para proteger los derechos fundamentales de las partes que han intervenido en el proceso.

Seguidamente se expone la interesante problemática de la publicidad de actuaciones judiciales a través de internet. La aparición de los documentos judiciales electrónicos, con la generalización de las comunicaciones electrónicas (sistema Lexnet) ha permitido establecer sistemas eficaces de conservación y digitalización de la información judicial, aunque, por ahora, solamente con un valor auxiliar, para facilitar un adecuado traslado de datos de un archivo a otro o con carácter limitado, como medio de crear vehículos seguros de transmisión y recepción de determinados datos judiciales para uso exclusivo de los órganos judiciales.

Sin embargo, el derecho de comunicación electrónica del ciudadano con la Administración de Justicia no puede quedar agotado en la práctica de comunicaciones y notificaciones por vía electrónica. El acceso telemático a la información judicial en los procesos en los que se es parte o tercero interesado, ha de tratarse por exigencias del derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas, de un acceso eficaz, inmediato, de un registro *on line*, y no solo de una base informática auxiliar, a partir de la cual, el secretario judicial, cumpliendo un servicio público, extraiga y remita por correo electrónico, después de haberla confrontado con el archivo original, la información judicial solicitada.

En el Plan Estratégico para la Modernización de la Justicia, el Gobierno ha previsto para el año 2012 la creación de dos Portales de la Administración de Justicia: uno para el ciudadano en el que, además de publicar información de utilidad, se prestarán servicios como petición de citas para evitar retrasos, conocimiento del estado de la tramitación de un asunto o descarga de certificados con firma digital; el otro, para los profesionales, en el que se disponga de información actualizada sobre asuntos, vistas, repartos y estado de los procesos, así como servicios de notificación y presentación de escritos de manera telemática, y es también la línea que ha seguido la Ley 18/2001, de 5 de julio, reguladora del

uso de las tecnologías de la información y la comunicación con la Administración de Justicia, que trata de modernizar la misma mediante el uso generalizado y obligatorio de las nuevas tecnologías que permita avanzar en la tutela efectiva de los derechos de las personas, agilizar los procesos y abaratar costes.

A continuación se analiza la difusión pública de información judicial contenida en bases de datos, ya que ahora lo que suscita un gran interés es precisamente la accesibilidad a la información judicial a las bases de datos de expedientes judiciales ya cerrados y de sentencias, pero por parte de terceros, pues cada vez son más los colectivos que reclaman el conocimiento de la información judicial que se genera en un proceso civil. Para las nuevas sociedades de la información, que almacenan todo tipo de datos relacionados con una persona, es muy relevante la información judicial, ya que es un elemento determinante para realizar el análisis de riesgo que generalmente precede a una operación económica o a una contratación laboral. Ante esta creciente demanda de información judicial, algunos países se han visto en la necesidad de redefinir las políticas a seguir en materia de publicidad de actuaciones judiciales. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten incrementar la información que la Administración de Justicia puede poner a disposición de los ciudadanos y convierten así los portales de internet en verdaderos «escenarios de gestión documental y difusión de la información judicial».

El problema consiste ahora en la necesidad de establecer sistemas seguros de acceso que garanticen la protección de los datos personales, ya que la documentación judicial lleva anexada circunstancialmente información confidencial, datos personales aportados por las partes que por el hecho de quedar incorporados a los archivos judiciales no se transforman automáticamente en información pública, ni pierden la protección especial que les asigna el ordenamiento jurídico por ser expresión del honor e intimidad de las personas.

Como muy acertadamente señala la autora, la conexión entre publicidad de actuaciones judiciales y privacidad de los datos personales, se articula en torno a tres filtros que la Administración de Justicia tiene el deber de imponer: la separación de series documentales de acceso restringido referidas a actuaciones judiciales que conforme a la ley tienen carácter reservado; la necesaria concurrencia de un interés legítimo en el solicitante de la información que haga presumir un uso justificado y confidencial de la documentación judicial *ex* artículo 140 de la LEC y, finalmente, la decisión motivada del responsable de la documentación y de su conservación, el secretario judicial y, en última instancia, el juez.

Finalmente, en el capítulo cuarto, bajo la rúbrica «El coste del acceso al expediente judicial por medios electrónicos: hacia un sistema de pague por visión», la profesora MIRA ROS aborda la interesante polémica que se plantea en relación con la conexión a internet de los archivos judiciales, acerca de si el derecho a una información pública, como es la información judicial expuesta en la red, puede o no restringirse mediante el pago de un canon arancelario, cual sería la naturaleza jurídica de una tasa que gravara la obtención de la información judicial y si ese pago por visión sería repercutible o no como costas sobre la parte vencida en el pleito.

En definitiva, la autora señala que un acceso *on line* indiscriminado y una difusión en abierto de la información judicial a través de internet no resulta recomendable por los peligros provenientes de la aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito de la justicia. Estas razones imponen que la publicidad accesible *on line* a partir de la llamada digitalización del expediente judicial y de los archivos y registros judiciales, sea solo una réplica en extracto colgada en la red, tras una

labor previa de expurgo generalizado bajo la competencia extractora del secretario judicial, a fin de filtrar y fijar el contenido legítimo y seguro publicable en la red. Toda consulta telemática de la información judicial difundida *on line*, por personalizado y directo que pueda parecer el acceso al usuario de internet, siempre será una información obtenida a partir de una reproducción electrónica trasladada a la red. Se justifica así que esa consulta *on line*, no solo la conseguida mediante la recepción de un correo electrónico, sino incluso mediante el acceso directo a un portal de internet, pueda quedar sujeta a una tasa administrativa, conforme a un sistema de «pago por visión».

Por todo lo señalado, estamos ante una monografía elaborada con gran rigor intelectual, destacando la oportunidad del tema elegido abordando aspectos de gran actualidad, así como la sistemática empleada que facilita la lectura, análisis y comprensión de la materia, lo que la convierte en una obra de imprescindible consulta para todos los profesionales del Derecho.

La profesora Corazón MIRA Ros es autora de otros tantos trabajos que atestiguan la calidad y solidez de su línea de investigación. Ha sido nombrada Académica de la prestigiosa Real Academia de Doctores y para mí fue un placer coincidir con ella en el Máster en Derechos Fundamentales de la UNED en la especialidad «la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales».

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 15-16 (2012)

- «La contratación electrónica: una oportunidad para rediseñar las estructuras administrativas, las competencias de los órganos administrativos y las tareas de las unidades administrativas», por Jorge MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, pág. 1763.
- «El Real Decreto-ley 17/2012 y su incidencia en la potestad sancionadora local», por Juan Miguel ALCÁZAR AVELLANEDA, pág. 1774.
- «¿Conoce el Ministerio de Justicia la naturaleza y alcance del derecho de petición?», por Isaac IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 1777.
- «Racionalización de la estructura municipal para mejorar la gestión de las entidades locales. El caso de la Región de Murcia», por Tomás LLORENTE AGUADO, pág. 1786.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 15-16 (2012)

- «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», por Alberto M. SANTOS MARTÍNEZ, pág. 1571.
- «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?», por Jorge NIEVA FENOL, pág. 1585.
- «Principales novedades del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», por Diana MARCOS FRANCISCO, pág. 1597.
- «El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley del Registro Civil», por María LINACERO DE LA FUENTE, pág. 1611.

Número 17-18 (2012)

- «Comentarios a la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», por Jesús FLORES RODRÍGUEZ y Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, pág. 1735.

«Ejercicio del derecho de información y sociedades cerradas (en torno a las SSTS de 30 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012)», por María Aránzazu PÉREZ MORLONES, pág. 1757.

«¿Qué haremos con Rusia? (Un reto para la Unión Europea, y algunos aspectos comparativos)», por Gabriel GARCÍA CANTERO, pág. 1774.

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID Número 16 (2012)

«Política y bien común global», por José Luis MARTÍ, pág. 17.

«Provisión de bienes públicos globales y economía política internacional», por Gonzalo ESCRIBANO FRANCÉS, pág. 39.

«La “mirada cosmopolita” como requisito político y social para la provisión de los bienes públicos globales», por Caterina GARCÍA SEGURA, pág. 55.

«Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado», por Anne PETERS, pág. 75.

«Traducir derechos: la dignidad humana en el Derecho constitucional de la comunidad internacional», por Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, pág. 91.

«¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera como bien jurídico global?», por Bernardo FELJÓ SÁNCHEZ, pág. 109.

«Bases para un futuro Derecho Penal internacional del medio ambiente», por Adán NIETO MARTÍN, pág. 137.

«Conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos: ¿bien jurídico global?», por Bartolomé CLAVERO SALVADOR, pág. 165.

«El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua», por Ángel MENÉNDEZ REXACH, pág. 187.

«Los bienes globales y las fuentes de energía», por Alicia CAMPOS SERRANO, pág. 203.

«Los bienes públicos del medio ambiente: el reto de la gestión sostenible de los recursos naturales en la Unión Europea», por Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, pág. 219.

«Protección de los bienes jurídicos globales, el Registro y el medio ambiente», por Belén MADRAZO MELÉNDEZ, pág. 247.

«Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos», por Fernando GASCÓN INCHAUSTI, pág. 261.

- «Bienes globales y protección colectiva: el caso del derecho de consumo», por Fernando GÓMEZ POMAR, pág. 291.
- «Derechos humanos y acciones colectivas», por Marta REQUEJO ISIDRO, pág. 313.
- «La globalización económica y su incidencia sobre el Derecho financiero y tributario: ¿implicaciones sobre la protección de los bienes jurídicos globales?», por José Manuel CALDERÓN CARRERO, pág. 337.
- «Estabilidad económico-financiera y Derecho internacional», por Manuel LÓPEZ ESCUDERO, pág. 367.
- «Mercado financiero, responsabilidad y soluciones globales», por Félix OVEJERO LUCAS, pág. 407.

CRÓNICA TRIBUTARIA

Número 143 (2012)

- «La responsabilidad tributaria solidaria derivada de la sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas», por Juan CALVO VÉRGEZ, pág. 7.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus implicaciones en el delito de defraudación tributaria (análisis crítico de las últimas reformas legislativas)», por Olga CARRERAS MAÑERO, pág. 57.
- «Tributación, presupuesto y políticas públicas en Brasil», por José MARCOS DOMINGUES, pág. 81.
- «El blanqueo y la interferencia en la relación abogado-cliente (I)», por Antonio DOMÍNGUEZ PUNTAS, pág. 99.
- «El concepto de disposición en el régimen fiscal del patrimonio protegido», por Juan Antonio NAVARRO GARMENDIA, pág. 125.
- «Los impuestos sobre el vertido y la incineración de residuos en España», por Ignasi PUIG VENTOSA y Ana CITLALIC GONZÁLEZ MARTÍNEZ, pág. 155.
- «La regulación financiera global y la fiscalidad innovadora», por Tulio ROSEMBUJ, pág. 185.

DIARIO LA LEY

Número 7900 (12 de julio de 2012)

- «Verdades y mentiras sobre la composición y renovación del TC», por Sabela OUBIÑA BARBOLLA.

Número 7901 (13 de julio de 2012)

«Apuntes sobre el artículo 382 CP y los delitos contra la seguridad vial», por Rafael ESCOBAR JIMÉNEZ.

Número 7903 (17 de julio de 2012)

«La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje», por Nuria MALLANDRICH MIRET.

Número 7904 (18 de julio de 2012)

«Sobre el artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, y los recursos administrativos extemporáneos por un día», por Ramón RAMOS MÉNDEZ.

Número 7905 (19 de julio de 2012)

«El delito de violencia doméstica y su atenuación por la circunstancia de arrebatado», por R. Salvador CONCEPCIÓN.

Número 7906 (20 de julio de 2012)

«La intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo y el poder de vigilancia del empresario», por M. Lidia SUÁREZ ESPINO.

Número 7907 (23 de julio de 2012)

«Los nombramientos judiciales discrecionales y su motivación: nacimiento, evolución y expansión de una jurisprudencia del Tribunal Supremo», por Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA.

Número 7908 (24 de julio de 2012)

«Ejecuciones hipotecarias y dación en pago», por Gemma VIVES MARTÍNEZ.

Número 7909 (25 de julio de 2012)

«Sanciones internacionales por dopaje y jurisdicción española. Reflexiones a propósito del caso “Roberto Heras”», por G. PÉREZ DEL BLANCO.

Número 7910 (26 de julio de 2012)

«El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores», por E. SANJUÁN Y MUÑOZ.

Número 7911 (27 de julio de 2012)

«Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto fuente vulnerable», por Inmaculada VIVAS TESÓN.

Número 7912 (30 de julio de 2012)

«El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo», por Eugenio MOURE GONZÁLEZ.

Número 7914 (3 de septiembre de 2012)

«La convocatoria de junta general de sociedades de capital tras la reciente reforma del artículo 73 de la Ley de Sociedades de Capital», por Aránzazu PÉREZ MORIONES.

Número 7915 (4 de septiembre de 2012)

«El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming*», por Fátima PÉREZ FERRER.

Número 7916 (5 de septiembre de 2012)

«La prescripción de infracciones administrativas en vía de recurso y la sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de marzo de 2012», por Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ.

Número 7917 (6 de septiembre de 2012)

«La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria», por Javier NISTAL BURÓN.

Número 7918 (7 de septiembre de 2012)

«La problemática del embargo de sueldos y pensiones», por M.^a José ACHÓN BRUÑÉN.

Número 7919 (10 de septiembre de 2012)

«Las indemnizaciones coercitivas», por Pedro SÁNCHEZ RIVERA.

Número 7920 (11 de septiembre de 2012)

«Las penas de las personas jurídicas», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

Número 7921 (12 de septiembre de 2012)

«Las grabaciones de videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal», por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ.

Número 7922 (13 de septiembre de 2012)

«El Anteproyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas: una breve aproximación», por Héctor SIMÓN MORENO.

Número 7924 (17 de septiembre de 2012)

«Los controles preventivos de drogas en automovilistas», por Juan José PEREÑA MUÑOZ.

Número 7925 (18 de septiembre de 2012)

«El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial», por Jaime VEGAS TORRES.

Número 7926 (19 de septiembre de 2012)

«El derecho al silencio del imputado en el proceso penal», por Marta LOZANO EIROA.

«Relevancia penal del *phishing* y el *pharming*», por Luis Fernando REY HUIDOBRO.

Número 7928 (21 de septiembre de 2012)

«El final reconocimiento de la toma gubernativa del Derecho Procesal. Comentario a la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 28 de septiembre de 2011», por Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ.

Número 7929 (24 de septiembre de 2012)

«Instrumentos jurídicos para impulsar el crecimiento económico o cómo proteger el patrimonio personal del emprendedor», por Montserrat PEREÑA VICENTE.

Número 7931 (26 de septiembre de 2012)

«¿Qué podemos aprender de Edith STEIN sobre la investigación y la enseñanza del Derecho?», por Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA y Pedro M. HERRERA MOLINA.

Número 7932 (27 de septiembre de 2012)

«La competencia de la AN en delitos económicos», por Eloy VELASCO NÚÑEZ.

REVISTA ARANZADI DOCTRINAL

Número 4 (Julio 2012)

«Saneamiento por gravámenes ocultos», por Antonio MONSERRAT VALERO, pág. 131.

«Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», por Juan F. HERRERO PEREZAGUA, pág. 151.

«Deberes de autoprotección en el delito de estafa», por Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, pág. 175.

«Consideraciones jurídicas acerca de la práctica administrativa española en la elaboración de la tarjeta de identificación de extranjeros (TIE) y el derecho fundamental a la intimidad», por Juan Luis JIMÉNEZ RUIZ, pág. 183.

REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES Número 38 (2012)

- «La reforma del Régimen de las Cuentas Anuales de la sociedad de capital en concurso», por José Carlos VÁZQUEZ CUETO, pág. 19.
- «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos», por Arturo GARCÍA SANZ, pág. 55.
- «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», por Vincenc RIVAS FERRER, pág. 73.
- «Un apunte crítico sobre la Responsabilidad Social Corporativa (RSC/RSE)», por Miguel RUIZ MUÑOZ, pág. 155.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO Julio-Agosto (2012)

- «La anulación del contrato de *swap* por error en el consentimiento», por Javier BARCELÓ DOMÉNECH, págs. 3 a 46.
- «Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad», por Leire IMAZ ZUBIAUR, págs. 47-79.
- «El derecho al honor de los políticos frente a las acusaciones de corrupción en materia de urbanismo», por Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS, págs. 81-114.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE Número 275 (Julio-Agosto 2012)

- «La innovación del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Una visión desde la perspectiva de la administración autonómica», por José Antonio CARRILLO MORENTE, pág. 25.
- «El Reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales», por Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, pág. 41.
- «La gestión municipal del urbanismo: las sociedades urbanísticas», por Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, pág. 89.
- «La Directiva 2011/92/UE, codificación del régimen de la evaluación de impacto ambiental de proyectos. Una ocasión perdida para mejorar el sistema», por Juan-Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 127.
- «Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (Parte 2)», por Juan Antonio ÁLVAREZ MARTÍN, pág. 177.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 172 (Enero-Junio 2012)

- «Nueva edición de la *Summa super quarto libro Decretalium* de Juan de Andrés», por Carlos LARRAINZAR, págs. 13-36.
- «Cristóbal Gutiérrez de Moya, canonista salmantino del siglo XVI, y su doctrina sobre el proceso penal», por Justo GARCÍA SÁNCHEZ y Beatriz GARCÍA FUEYO, págs. 37-96.
- «Borrador de un esquema orgánico de los archivos diocesanos», por Eutimio SASTRE SANTOS, págs. 97-114.
- «*Quaerit Semper*. Una interesante posibilidad de cambio de óptica desde la reorganización de las competencias», por Rafael RODRÍGUEZ CHACÓN, págs. 115-148.
- «Alcune osservazioni sulla rilevanza della sacramentalità matrimoniale nel dettato teologico-canonico conciliare e codiciale», por Giannamaria CASERTA, págs. 149-161.
- «El delito contra el sexto mandamiento del decálogo cometido por un religioso a un menor», por Eduardo GÓMEZ MARTÍN, págs. 163-224.
- «La fama requerida en los candidatos a los altares a la luz de la instrucción *Sanctorum Mater*», por Alberto ROYO MEJÍA, págs. 225-246.
- «Simulación del matrimonio. Aspectos registrales», por Vicente BENEDITO MORANT, págs. 247-277.
- «La Santa Sede y la Conferencia Episcopal ante el cambio político en España (1975-1978)», por Pablo Martín DE SANTA OLALLA SALUDES, págs. 279-328.
- «Del diálogo interreligioso al matrimonio interreligioso. Disparidad de cultos y de tradiciones», por Irene María BRIONES MARTÍNEZ, pág. 329-369.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 95 (Mayo-Agosto 2012)

- «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», por R. BUSTOS GIBBERT, págs. 13-63.
- «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones», por M. CARRASCO DURÁN, págs. 65-93.
- «La excepción constitucional australiana. El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional», por E. RUIZ VIEYTEZ, págs. 95-138.
- «Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como formas de diálogo constitucional», por R. NIEMBRO ORTEGA, págs. 139-168.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO
Número 155 (Julio-Septiembre 2012)

- «Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización fiscal», por Manuela FERNÁNDEZ JUNQUERA, pág. 21.
- «La cláusula de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito contra la hacienda pública», por Olga CARRERAS MAÑERO, pág. 41.
- «La asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios y derechos», por Jesús Félix GARCÍA DE PABLOS, pág. 75.
- «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española y la subordinación de la deuda pública a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», por Luis MOCHÓN LÓPEZ, pág. 99.

**REVISTA ESPAÑOLA DE ESTUDIOS
AGROSOCIALES Y PESQUEROS**
Número 231 (2012)

- «Entre la propiedad agraria y la ambiental: El debate respecto a los derechos de propiedad de la tierra», por Dionisio ORTIZ-MIRANDA e Ian HODGE, pág. 31.
- «Abandono e infrutilización del suelo agrario en la cornisa cantábrica: El caso del País Vasco», por Juan Ramón MURUA, Inmaculada ASTORKIZA y Begoña EGUIA, pág. 63.
- «Tierra, democracia y capitalismo: La improbable convergencia (el caso latinoamericano con énfasis en Brasil)», por Zander NAVARRO, pág. 93.
- «La economía de las familias mapuches rurales: De la cuestión de la tierra a la diversificación de fuentes de rentas», por Ximena E. QUINONES DÍAZ, pág. 137.
- «El nuevo acaparamiento de tierras y las cambiantes dinámicas de la agricultura en el sur de África», por Ruth HALL, pág. 175.

**REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y
JURISPRUDENCIA**
Número 2 (Abril-Junio 2012)

- «Criterios para medir la calidad de las leyes», por M.^a Isabel GARRIDO GÓMEZ, pág. 135.
- «Los delitos contra los deberes del centinela», por Antonio MILLÁN GARRIDO, pág. 159.

- «El nuevo régimen de entrada, libre circulación, residencia y trabajo de ciudadanos comunitarios y “asimilados” en España, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, y el Real Decreto 1710/2011», por Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, pág. 193.
- «Panorama de la familia en la Constitución Española de 1978 y su aplicación por el legislador ordinario», por Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 223.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 52 (Julio-Diciembre 2011)

- «Las Nuevas Ordenanzas del Noble Valle y Universidad de Baztán de 2011», por Juan CRUZ ALLI TURRILLAS, pág. 11.
- «Los puntos de encuentro familiar de Navarra: fundamento jurídico, marco normativo, actualidad y perspectivas de evolución», por Raquel LUQUIN BERGARACHE, pág. 51.
- «Directiva de Servicios y Administración Local: cuestiones generales de su transposición en Navarra», por María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, pág. 107.

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO Número extraordinario (2012)

- «Pasado y futuro del albaceazgo», por Juan ÁLVAREZ-SALA WALTHER, pág. 7.
- «Vallet de Goytisolo y el arte del Derecho», por Estanislao CANTERO NÚÑEZ, pág. 21.
- «El panorama del Derecho Civil que Vallet de Goytisolo contempló», por José M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 45.
- «Notas para un estudio sobre el derecho de acrecer», por Antonio DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, pág. 53.
- «Una obra fundamental sobre Responsabilidad Civil», por Gabriel GARCÍA CANTERO, pág. 63.
- «Derecho. En torno a la obra de Vallet de Goytisolo», por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, pág. 141.
- «La aceptación tácita en el artículo 1000 del Código Civil», por Domingo IRURZUN GOICOA, pág. 155.
- «Derecho y crisis económica», por Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, pág. 167.
- «Nuevos retos para la Administración de Justicia ante el avance de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información», por M.^a Corazón MIRA Ros, pág. 183.

- «La sucesión del fiador en España. Las nuevas tendencias de Derecho Comparado», por Luis RUEDA ESTEBAN, pág. 203.
- «La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial», por Rodrigo TENA ARREGUI, pág. 229.
- «Domicilio electrónico en la Ley de Propiedad Horizontal», por Alfonso VENTOSO ESCRIBANO, pág. 251.

REVISTA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Julio-Diciembre (2011)

- «La nulidad de las enajenaciones en la regulación del ordenamiento territorial», por Raúl ANIDO BONILLA, pág. 315.
- «Calificación registral; regla de traducción y poder», por Néstor U. CAREAGA, pág. 327.
- «Ley 17.904. ¿Es necesaria la ratificación de un contrato otorgado por una sociedad antes de la inscripción de la declaratoria?», por Daniella CIANCIARULO BERTONE, pág. 335.
- «La libertad para elegir nombres y apellidos en el ámbito internacional», por Rubén B. SANTOS BELANDRO, pág. 345.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Número 128 (Mayo-Agosto 2011)

- «Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888», por Tomás Federico ARIAS CASTRO, pág. 21.
- «La inmunidad de la jurisdicción internacional dentro del Derecho Laboral interno», por Eric BRIONES BRIONES, pág. 47.
- «Judicialización de la política en la justicia electoral costarricense», por Luis Diego BRENES VILLALOBOS, pág. 73.
- «El Derecho Internacional público y el Derecho nacional», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 91.
- «La prestación de los servicios en régimen de competencia», por Carlos Alberto MATA COTO, pág. 117.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 2 (2012)

- «Las primarias electorales del 2012: Un estudio sobre los nuevos retos y tendencias en el Derecho Electoral de Puerto Rico», por Ramón L. ROSARIO CORTÉS y Carlo E. ZAYAS MORALES, pág. 251.
- «El Derecho Ambiental en Puerto Rico: ¿Evolución o estancamiento?», por Damaris MONTALVO MELÓN, pág. 299.
- «Derecho Comparado: Derecho del Consumidor en España», por Griselle V. LÓPEZ PEREIRA, pág. 323.
- «Confiabilidad en las pruebas de aliento: Pueblo V. Montalvo Petrovich», por María CARDONA GARCÍA, pág. 343.
- «Necesario erradicar la solidaridad impropia», por José J. LAMAS RIVERA, pág. 357.
- «Asuntos controversiales del examen poligráfico dentro del sistema del Derecho puertorriqueño», por Maritere DE JESÚS APONTE y Orlando R. ORTIZ LÓPEZ, pág. 373.
- «Los gravámenes y embargos de la propiedad inmueble a favor del Estado Libre Asociado por contribuciones *versus* la Sociedad Legal de Gananciales y otros», por Marcos Francisco SOTO MÉNDEZ, pág. 391.
- «Importancia de las Reglas 404 y la 609 de las de Evidencia de 2009: Todo está en el carácter», por Luis Alberto SIFONTE COLÓN, pág. 419.
- «Ruptura irreparable: lo que no dijo el legislador», por Carlía N. SOTO PADUA, pág. 441.

RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO (Enero-Marzo 2012)

- «Diritto alimentare italiano e integrazione europea», por Paolo BORGHI, pág. 3.

RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE Número 4 (Julio-Agosto 2012)

- «I terzi e il procedimento arbitrale», por Claudio CONSOLO, pág. 841.
- «L'abuso del processo nel Diritto Positivo italiano», por Francesco CORDOPATRI, pág. 874.

- «Allegazione giudiziale del contratto come fatto storico e prova testimoniale», por Massimo MONTANARI, pág. 895.
- «La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive», por Marta BARGIS, pág. 914.
- «Tutela cautelare e amministrazione dell'impresa nel processo di fallimento», por Massimo FABIANI, pág. 929.
- «Lo status processuale di aderente nell'azione di classe, ex art. 140 bis cod. Cons», por Lorenzo PELLE, pág. 955.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE Número 3 (2012)

- «L'unificazione della Corte di cassazione», por Nicola PICARDI, pág. 721.
- «Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione», por Pasquale CERBO, pág. 741.
- «Disposizione di un diritto altrui e indisponibilità nella cessione dei beni ai creditori», por Luigi FOLLIERI, pág. 767.
- «Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione», por Davide TURRONI, pág. 791.
- «La disciplina della sospensione dell'esecuzione: c'è qualcosa di nuovo?», por Carlo VELLANI, pág. 809.

SUPPLEMENTO AL NÚMERO 3

- «Rimedi contrattuali e restituzioni», por Elena BARGELLI, pág. 13.
- «Le restituzioni nel fallimento», por Luigi BALESTRA, pág. 51.
- «Diritto e processo nelle azioni di restituzione da contratto», por Antonio CARRATA, pág. 79.
- «Le azioni di restituzione da contratto e la successione nel diritto controverso», por Francesco P. LUISO, pág. 133.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO MODELO ÚNICO EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I.
- II. 1.
- III. 1. A.
- IV. 1. A. a)
- V. 1. A. a) a')

- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

- I. ...
- II. ...
- III. ...

- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato.*

Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto *editorial*, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad* de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas *las fechas de entrega*, no resultando posible su inclusión en caso contrario.

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia* (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la *sección* de Resoluciones Comentadas, se publicará *un único comentario según la distribución de autores y materias existentes*. Estos comentarios de jurisprudencia serán *artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial)*, por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.
- b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina: *Fecha*

de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL

1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.

- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:

I.

II. 1.

III. 1. A.

IV. 1. A. a)

V. 1. A. a) a')

- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).

- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de

Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR

PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

.....

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.